

THĒMIS

Revista de Derecho



Domingo García Belaunde | Pablo Muñoz Vicuña y Diego Muñoz Vicuña
| Miguel Ángel Soto y Leandro Ugaz Valencia | Oscar Alejos Guzmán |
Renzo Orlando Salazar Carpio | Ricardo Leyva Flores | Ximena Calderón
Rojas | Miguel Ángel Paz Sime | Paola Marlene Márquez Mantilla | José
Carlos González Cucho y Julio Alexis Vélez Cortez | Virginia Nakagawa
Morales | José Ignacio Hernández | Nataly Félix Acosta, Priscilla
Gavancho y Michael Luyo Castañeda | Valentina Hernández, Andrés
Encabo, Fernanda Franco Dulanto, Miguel Garcés y Alberto Varillas |
Sebastian Gamarra Abarca | Juan Carlos Morón Urbina y Carolina Annette
Ortiz Lozada | Leonardo Barco Hidalgo | Ramón Huapaya, Alejandro
Falla y Jorge Danós Ordoñez | Randal C. Picker | Robert Baldwin

Segunda Época. Edición 87

**60° Aniversario: Derecho Regulatorio
1965 - 2025**

THĒMIS

Revista de Derecho



**60° Aniversario: Derecho Regulatorio
1965 - 2025**

THĒMIS

d e s d e 1 9 6 5

87

© Asociación Civil THĒMIS, 2025
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

Editora: Mariana del Rosario Bazán Soriano
Diseño y diagramación: Gabriela Córdova Torres

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Agosto 2025
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501132300376
THĒMIS-Revista de Derecho 87
Año LX - Número 87

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2025
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

PRESENTACIÓN

Hace sesenta años, Thēmis surgió como un legado sólido del derecho peruano, un proyecto que entendió desde sus inicios que la tradición no es un límite, sino el cimiento para la innovación. Desde entonces, se ha consolidado como un espacio vital donde convergen la experiencia institucionalizada y la energía transformadora de las nuevas generaciones, convirtiéndose en un referente indispensable del medio jurídico peruano.

Esta edición, dedicada al Derecho Regulatorio, reafirma y expresa con claridad esa vocación de rigor y diálogo. En un mundo cada vez más complejo e interdependiente, el Derecho Regulatorio se configura como pilar estructural de una gobernanza eficaz y de la protección de derechos fundamentales. Más que una simple colección de ensayos doctrinales, este número propone repensar y profundizar en el diseño de modelos regulatorios, la distinción entre normar y administrar, la supervisión efectiva, la remediación voluntaria y los mecanismos de regulación responsiva en la contratación pública. Asimismo, ofrece un análisis minucioso de sectores estratégicos —energía, transporte, telecomunicaciones, finanzas y minería— y aborda los retos contemporáneos de la tutela judicial frente a los organismos reguladores, un espacio donde confluyen derecho, economía y política pública.

Complementan esta reflexión las entrevistas con Randal C. Picker y Robert Baldwin, dos referentes internacionales que enriquecen el debate con perspectivas interdisciplinarias, y una mesa redonda que confronta visiones diversas sobre el porvenir del derecho administrativo económico, reafirmando la apuesta por el diálogo abierto y la construcción conjunta de conocimiento.

Detrás de cada palabra publicada está el esfuerzo incansable de estudiantes editores que, conscientes de su rol en esta cadena generacional, abrazan la responsabilidad de perfeccionar cada texto. Esta labor, tan minuciosa como apasionada, implica largas horas de lectura, discusión y trabajo colaborativo, en las que la dedicación se combina con un profundo compromiso por la excelencia. Gracias a este empeño constante, la revista ha mantenido un ritmo sostenido de publicación y una calidad académica reconocida, superando sin titubeos los retos logísticos, editoriales y académicos que se presentan en cada edición. Así, THĒMIS ha logrado no solo adaptarse a los cambios vertiginosos del entorno jurídico, sino también anticiparlos; consolidándose como un espacio vivo, en permanente construcción, donde tradición y renovación se encuentran.

Al contemplar el camino recorrido, reconocemos que la historia de THĒMIS-Revista de Derecho es el resultado del esfuerzo conjunto de todas las generaciones que la han construido, fruto de un compromiso compartido que se renueva en cada edición. Que esta conmemoración nos recuerde que, desde hace sesenta años, nuestra tradición vive en la fuerza de la innovación y ese siempre será nuestro valor agregado.

Lima, agosto de 2025

EL CONSEJO EJECUTIVO



Reseña sobre la Pintura

La portada de esta edición presenta un óleo sobre lienzo de autoría desconocida, fechado en el siglo XIX y adscrito al estilo costumbrista europeo. La escena muestra a un grupo de hombres reunidos en torno a un tablero de ajedrez, captados en pleno desarrollo de la partida. La composición destaca por la disposición equilibrada de las figuras y el detallado tratamiento de gestos y posturas, que aportan dinamismo y realismo a la representación. En la pintura, el ajedrez funciona como un símbolo recurrente en el arte decimonónico para evocar la disciplina intelectual, la previsión y la estrategia.

Esta imagen establece un diálogo directo con el tema central de la presente edición, dedicada al derecho regulatorio. Al igual que en el ajedrez, la regulación jurídica demanda una visión estratégica integral que considere las interacciones complejas del sistema y las consecuencias de cada movimiento. La actividad regulatoria exige anticipar escenarios futuros, equilibrar intereses diversos y adoptar decisiones basadas en un análisis riguroso y fundamentado. Así, la imagen simboliza la precisión, la previsión y la adaptabilidad necesarias para alcanzar un equilibrio justo y efectivo en la aplicación normativa.

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2024-2

CONSEJO DIRECTIVO

Jackelyn Guianella Huayapa Chilingano (Actualidad Jurídica)
Isavo Nicol Rojas Tavera (Administración)
Jerome Ricker Gambarini (Cursos & Capacitaciones)
Arianna Lucia Almeida Palomino (Desarrollo Social)
Mario Genit Hereña (Financiamiento)
Claudia Guillermina Campos Camargo (Imagen Institucional)
Josue Alonso Zababuru Roman (Publicaciones)
Margaret Victoria Quispe Martínez (Recursos Humanos)
Sebastián Ezeta Tafur (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Jackelyn Guianella Huayapa Chilingano
Rosmery Juliet Pinares Martínez
Marialitz Armensia del Rosario Fasshauer Avalos
Fabricio Gabriel Rodríguez Rivas
Melissa Alexandra Gonzales Bacilio
Sergio Joaquín Cruzalegui Verde
Daniela Alejandra Mondragón Miranda

Administración

Isavo Nicol Rojas Tavera
Gabriela del Carmen Quiroz Ligarda
Fabrizzio Joaquín Gastello Echevarría
Dyanella Salas Molero
Ximena Rodríguez Mauricio

Contenido

Andrés Encabo Caballero
Mariana del Rosario Bazán Soriano
Adriana Patricia Vera Andrade
Betizabeth Victoria Arias Beltrán

Cursos & Capacitaciones

Jerome Ricker Gambarini
Isabel Almeyda Espinoza
Josefina de Fátima Moncada Alcántara
Aarón Paul Zababurú Roman
Juan Keppler Mendoza Anco

Desarrollo Social

Arianna Lucia Almeida Palomino
Francisco Sergio Taipe Taype
Luciana Camila Salas Cruz
Angélica Ximena Sánchez Mejía
Anapaula Muñoz Santillan

Financiamiento

Mario Genit Hereña
Juan Diego Vizarreta Rosas
Claudia Jimena Janampa Ñañez
Mariana Caro Vidal
Alay Stella González Koo

Imagen Institucional

Claudia Guillermina Campos Camargo
Daniella Patricia Velazco Razuri

Publicaciones

Josue Alonso Zababuru Roman
Sara Raquel Garcia Venero
Marlon José Gorbeña Peña
Johnn Jefim Huayanay Aquino

Recursos Humanos

Margaret Victoria Quispe Martínez
Daniela Alexandra Menendez Henostroza
Mayra Alejandra Gálvez Torrejón
Pablo Renato Heredia Marino

Seminarios

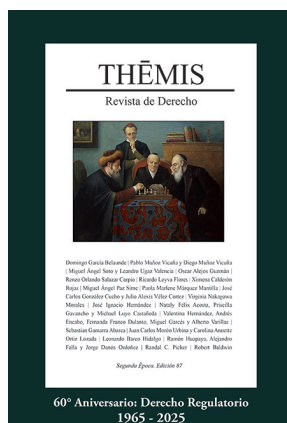
Sebastián Ezeta Tafur
Brigitte Ariadna Cabanillas Vela
Camila Tamara Arenas Valdivia
Leance Steven Zamudio Alvarez
Gabriela Samira Tenorio Mucha

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaunde López de Romaña (PUCP)
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)
Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)
Baldo Kresalja Roselló (PUCP)

César Landa Arroyo (PUCP)
Javier Neves Mujica † (PUCP)
Javier Pazos Hayashida (PUCP)
Richard A. Posner (U. de Chicago)
George L. Priest (U. de Yale)
José Daniel Amado Vargas (PUCP)

Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com
themis.com.pe



Editor General

Mariana del Rosario Bazán Soriano, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú

Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú

Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú

José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia

Rémy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia

Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia

Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España

Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Antonio Saccoccio, Università degli Studi di Brescia, Italia

René Provost, McGill University, Canadá

Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España

Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho

Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos

Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos

Javier de Belaúnde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Javier Neves Mujica†, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos

George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos

José Daniel Amado Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho

Clara Dafne Porras Sánchez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Adriana Vera Andrade, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Micaela Harumi Toyohama Barahona, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Liliana del Rocío Sánchez Gómez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Juan Keppler Mendoza Anco, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Victor Andres Fernandez Jove, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Lia Belén Florentino Clemente, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indizada en Latindex y Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco y vLex. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

TEMA CENTRAL: Derecho Regulatorio

Thēmis: 60 años tendiendo la mano a nuevas generaciones

Domingo García Belaunde

Ex traditione, innovatio: la tradición que funda, la juventud que transforma
Ex traditione, innovatio: tradition that founds, the youth that transforms

13

Modelos regulatorios

Diego Muñoz Vicuña y Pablo Muñoz Vicuña

Simplificación regulatoria: la necesaria distinción entre normar y administrar
Regulatory simplification: the necessary distinction between regulating and administrative management

21

Miguel Ángel Soto y Leandro Ugaz Valencia

Fiscalización administrativa y subsanación voluntaria: ¿una herramienta para promover el cumplimiento normativo o una figura limitada por la Administración?
Administrative supervision and voluntary remediation: a tool to promote regulatory compliance or a figure limited by the administration?

45

Oscar Alejos Guzmán

Regulación responsiva y contratación pública
Responsive regulation and public procurement

63

Renzo Orlando Salazar Carpio

La regulación peruana del régimen de plazos en las APP: consideraciones para su estructuración e incidencias económico-financieras de su ruptura
The Peruvian regulation of the deadline's regime in PPP: considerations for its structuring and economic-financial implications of its breakdown

85

Regulación sectorial

1. Energía

Ricardo Leyva Flores

El principio de servicio universal en el sector energía peruano
The principle of universal service in the Peruvian energy sector

99

Ximena Calderón Rojas

El mercado de servicios complementarios en el sector eléctrico peruano: evolución normativa y desafíos
The market for complementary services in the Peruvian electricity sector: regulatory evolution and challenges

119

2. Transporte e infraestructura

Miguel Ángel Paz Sime

133

El derecho de explotación en las concesiones de infraestructura vial en el Perú: relevancia, riesgos y casos críticos

Operational rights in road infrastructure concessions in Peru: relevance, risks and critical cases

3. Telecomunicaciones

Paola Marlene Márquez Mantilla

157

La política de asignación directa de espectro 5G en el Perú: ¿recuperar el tiempo perdido o fracasar en el intento?

The direct allocation policy for 5G spectrum in Peru: recovering lost time or failing again?

José Carlos González Cucho y Julio Alexis Vélez Cortez

173

Las telecomunicaciones y la regulación *Must-Carry* en el Perú: revisión de la obligación de retransmisión de señales y crítica a las propuestas presentadas

Telecommunications and Must-Carry regulation in Peru: review of the signal retransmission obligation and criticism of the proposals presented

Virginia Nakagawa Morales

193

El dilema de los peajes en los caminos digitales: el *Fair Share* o contribución justa por un uso efectivo de las redes de telecomunicaciones

The toll dilemma on digital roads: Fair Share for effective use of telecommunications networks

José Ignacio Hernández González

211

El espacio controlado de experimentación en el sector de telecomunicaciones: ¿otro caso de mimetismo isomórfico en el derecho administrativo de América Latina?

The controlled experimental space in the telecommunications sector: another case of isomorphic mimicry in Latin American administrative law?

4. Finanzas y crédito

Nataly Félix Acosta, Priscilla Gavancho y Michael Luyo Castañeda

231

Lineamientos para una regulación del principio de subsidiariedad en el mercado de créditos hipotecarios

Guidelines for regulating the principle of subsidiarity in the mortgage credit market

5. Minería

Valentina Hernández, Andrés Encabo, Fernanda Franco Dulanto, Miguel Garcés y Alberto Varillas

253

¿Expropiación encubierta? Análisis en torno a la regulación y el impacto de la servidumbre minera en el Perú

Hidden expropriation? An analysis of the regulation and impact of mining servitude in Peru

6. Actuación y control de los organismos reguladores

Sebastian Gamarra Abarca

El control de los organismos reguladores: del régimen de barreras burocráticas a la revisión judicial

Oversighting the regulatory agencies: from the regime of bureaucratic barriers to judicial review

277

Juan Carlos Morón Urbina y Carolina Annette Ortiz Lozada

La promoción del cumplimiento normativo: la visión del régimen sancionador administrativo de Ositran y Oefa

Enforcing compliance: the vision of the national administrative sanctioning regime of Ositran and Oefa

305

Leonardo Barco Hidalgo

Tutela administrativa sin ejecución: límites y desafíos en la regulación de la solución de reclamos de usuarios ante organismos reguladores en Perú

Administrative protection without enforcement: limits and challenges in the regulation of user complaint resolution by regulatory agencies in Peru

323

MESA REDONDA

Alejandro Falla, Jorge Danós Ordoñez y Ramón Huapaya

Mesa redonda: ¿Derecho administrativo económico, regulación o derecho regulatorio?

Round Table: Economic administrative law, regulation or regulatory law?

339

ENTREVISTAS

Randal C. Picker

Entrevista: inteligencia artificial, *Big Tech* y Regulación: entre la innovación y el control del Gobierno

Interview: artificial intelligence, Big Tech, and Regulation: between innovation and governmental control

351

Robert Baldwin

Entrevista: la evolución de la regulación desde una perspectiva global y sus desafíos contemporáneos

Interview: the evolution of regulation from a global perspective and its contemporary challenges

357

DERECHO REGULATORIO

EX TRADITIONE, INNOVATIO: LA TRADICIÓN QUE FUNDA, LA JUVENTUD QUE TRANSFORMA

EX TRADITIONE, INNOVATIO: TRADITION THAT FOUNDS, THE YOUTH THAT TRANSFORMS

Domingo García Belaunde*
Fundador de THĒMIS- Revista de Derecho

On the occasion of the sixtieth anniversary of THĒMIS, this interview gathers the founder's reflections on the origin, evolution, and enduring impact of a journal created by and for students. From the outset, THĒMIS sought to give voice to the student body, promote rigorous legal education, and foster dialogue across generations.

The interview revisits key milestones, challenges, and the current relevance of the journal. It also highlights opportunities to expand its international reach and preserve its core identity in a digital age. With a critical perspective, the founder emphasizes serious study, professional integrity, and civic commitment as essential foundations of legal vocation.

KEYWORDS: Foundation; constitutional law; institutional memory; legal culture.

A propósito de los sesenta años de THĒMIS, esta entrevista recoge las valiosas reflexiones de su fundador sobre el origen, evolución y proyección de una revista que nació como un espacio hecho por y para estudiantes. Frente a una estructura académica rígida y jerárquica, THĒMIS se propuso desde sus inicios reivindicar la voz estudiantil, impulsar la formación jurídica rigurosa y promover el diálogo entre generaciones.

A lo largo de la entrevista, se repasan los hitos fundacionales, los desafíos enfrentados y el impacto actual de la revista. También se destacan las oportunidades para fortalecer su proyección internacional y preservar su esencia en un entorno digital. Con mirada crítica, el fundador subraya la importancia del estudio serio, la honestidad profesional y el compromiso con el país como base de toda vocación jurídica.

PALABRAS CLAVE: Fundación; derecho constitucional; memoria institucional; cultura legal.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Expresidente de la comisión redactora de la Ley N.º 23506 sobre Hábeas Corpus y Amparo, así como del Código Procesal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional. Miembro fundador y presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Académico independiente en Lima, Perú.

La presente entrevista fue realizada el 13 de marzo de 2025 por Mariana Bazán Soriano (MBS), directora del Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho, con la intervención de Adriana Vera Andrade (AVA), comisionada del Consejo Ejecutivo, en el marco del trabajo editorial impulsado por dicho Consejo con ocasión del sexagésimo aniversario de la revista.

- I. **MBS:** En entrevistas previas ha mencionado que, desde muy joven, su vocación por el periodismo lo llevó a involucrarse en publicaciones y espacios afines. Sin lugar a duda, a través de THĒMIS, logró conjugar ese interés con el Derecho y construir un proyecto que, 60 años después, sigue vigente y ha trascendido generaciones. En su momento, ¿llegó a imaginar que THĒMIS se convertiría en lo que hoy en día representa y significa para el mundo jurídico?

No imaginé que THĒMIS llegaría a convertirse en lo que es hoy. En su origen, el objetivo fue claro: crear una revista hecha por estudiantes y para estudiantes, con una participación respetuosa, pero limitada, del profesorado. Pusimos en ello todo nuestro empeño. La intención era que siempre se mantuviera fiel al nivel, al lenguaje y al espíritu del estudiantado. Lamentablemente, por diversas circunstancias, ese primer impulso duró apenas entre 1965 y 1969. Cuando la generación fundadora se retiró, la revista desapareció, lo que me generó una profunda tristeza.

Años más tarde, un grupo de alumnos —a quienes no conocía— me buscó para resucitar el proyecto. Ese gesto me conmovió enormemente, sobre todo porque podrían haber elegido otro nombre. Ni siquiera teníamos el nombre THĒMIS registrado. Sin embargo, decidieron recuperar ese legado, y fue así como dimos nuestro respaldo. Lo que siguió superó, con creces, todo lo que habíamos imaginado. Me produce una gran alegría ver cómo se ha enriquecido y perfeccionado una idea que en su momento concebimos con tanto entusiasmo.

La revista fue fundada formalmente en 1965, y entre 1967 y 1968 constituimos la asociación mediante escritura pública, con el objetivo de realizar una serie de proyectos vinculados al Derecho. Solo llegamos a ejecutar algunas actividades: conferencias, seminarios y las primeras ediciones. Pero con la salida de la generación fundadora, el proyecto se detuvo. Si bien hoy no sigo de forma cercana todas las actividades de la asociación, verlos aquí, tan comprometidos, demuestra que THĒMIS está más viva y activa que nunca.

Y eso es lo que realmente importa. Estoy convencido de que lo que ustedes hacen hoy ha superado con holgura lo que en su momento logramos nosotros. Y así debe ser: lo natural —lo verdaderamente valioso— es que las nuevas generaciones superen a las anteriores. Si no fuera así, ¿cuál sería el sentido del esfuerzo de quienes vinieron antes?

- II. **MBS:** Si hoy pudiera regresar en el tiempo y reunirse con el primer equipo fundador

de THĒMIS, a partir de la vasta experiencia acumulada en estos años, ¿qué consejo les daría? ¿Hay algo que, en retrospectiva, hubiera hecho diferente en los inicios de la revista?

Honestamente, no lo creo. Y aunque pueda parecer vanidoso pensar que uno no cometió errores, la verdad es que hicimos una revista que logró reunir a estudiantes de los cinco años de Derecho. Además, invité a quienes eran de mi entorno más cercano. Elegimos un nombre que, en ese momento, era rarísimo: THĒMIS. Lo descubrí por casualidad mientras estudiaba el doctorado en Filosofía. Ahí, al profundizar en la mitología griega, encontré que Temis era la diosa del Derecho. Luego supe que, por influencia latina, se le añadía una “h” intermedia, como lo explicaba Julien Bonnecase en uno de sus libros. No me arrepiento de nada de eso.

Quizá podríamos haber hecho una revista más nutrida o con mayor alcance, pero creo que acertamos en los lineamientos básicos. Éramos jóvenes despiertos, con muchas ganas, y sobre todo con la humildad de pedir consejos. Consultamos, por ejemplo, con mi padre —que en ese entonces era juez supremo—, con Juan Lino Castillo Vargas —fundador de los Estudios Tributarios en el Perú y abuelo de Mario Castillo Freyre—, con Fernando de Trazegnies, y también con nuestro profesor Felipe Osterling.

Éramos muy jóvenes, pero teníamos las ideas claras. Por eso supimos apoyarnos en gente con experiencia. Lo esencial estuvo bien trazado. Queríamos desarrollar más el proyecto, pero nos faltó tiempo y el contexto no ayudó. Recordemos que en 1968 se instauró un gobierno militar, y las circunstancias cambiaron drásticamente.

Ahora bien, si me permiten decirlo con toda humildad y aprecio, ustedes han seguido ese camino y lo han superado ampliamente. Y eso me alegra profundamente. Considero que THĒMIS, en sus bases, no ha cambiado: sigue fomentando vocaciones, sigue muy presente entre el alumnado, sigue convocando. Tal vez se han sumado más actividades, y eso es muy positivo, pero no creo que se haya alterado su esencia, al menos en lo que respecta a la revista. En cuanto a la asociación, no podría afirmarlo con seguridad, porque ya no he seguido de cerca sus transformaciones.

- III. **MBS:** Ciertamente, THĒMIS ha sido un semillero de juristas y un fecundo espacio de formación y de debate para varias generaciones de estudiantes y abogados. Tomando en cuenta su experiencia, ¿de qué mane-

ra formar parte de un proyecto como este transforma la forma en que un abogado ejerce su profesión y entiende el Derecho?

Lo que una revista exige de sus editores es rigor, disciplina y vocación por la difusión del conocimiento. Y eso, sin duda, marca una diferencia en la formación profesional. Hoy ya no existe ese modelo de abogado verborreico, que se limitaba a repetir apuntes y recitaba con voz engolada. Eso quedó atrás.

El abogado contemporáneo debe ser riguroso, no solo en la práctica, sino también en su proceso de aprendizaje. Esa exigencia intelectual es la que permite distinguir a los verdaderos profesionales. En ese sentido, puedo afirmar con plena convicción que la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) ha formado abogados excepcionales.

Recuerdo que, cuando postulé a la universidad, era común considerar también a San Marcos. De hecho, yo mismo lo pensé, porque allí enseñaban los grandes maestros de la época. Sin embargo, mi padre —con su habitual sabiduría— me dijo: “San Marcos tiene, sin duda, a los mejores docentes, pero la PUCP es orden y disciplina. En San Marcos puedes ser abogado en veinte años; en la PUCP, lo serás en siete”. Y tenía razón. San Marcos era un semillero brillante, pero marcado por la inestabilidad: huelgas, protestas, caos.

Hoy la PUCP ocupa un lugar de liderazgo en el Derecho peruano. San Marcos ha logrado recuperar parte de su brillo, pero el lastre de más de una década de desorden no se borra fácilmente. Y eso es muy lamentable, porque se trata de una universidad con una historia formidable.

IV. MBS: Si tuviera que sintetizar en una frase lo que THĒMIS representa para el Derecho peruano y para quienes han sido parte de su historia, ¿cuál sería esa frase y por qué?

Diría: calidad. Porque eso es lo que siempre ha buscado THĒMIS: calidad académica, pero también calidad humana. Y esto último, aunque muchas veces se descuida, es esencial en el Derecho.

V. MBS: En entrevistas previas, ha mencionado que, en su momento, la revista tradicional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú no posibilitaba un lugar para la expresión estudiantil. En ese sentido, al fundar THĒMIS, ¿buscaban únicamente la creación de un espacio editorial que innovara en términos de presentación y contenido, o estaban motivados también por generar una rees-

tructuración en la relación entre alumnos, docentes y el mundo jurídico?

Lo segundo es cierto. Pero es aún más cierto que buscábamos un espacio como estudiantes. Es decir, cuando estuve en la Facultad de Derecho, había una exigencia de ingresar a la facultad con saco y corbata. Hoy en día, ese requerimiento no existe. Además, uno debía solicitar una cita para hablar con el secretario antes que con el profesor; es decir, no era fácil comunicarse directamente con los profesores.

Existía un ambiente muy ‘almidonado’, esto es, un ambiente estirado y muy formal. Cabe resaltar que los profesionales eran cordiales y muy buenas personas. Tuve profesores brillantes; por mencionar algunos, entre ellos están Jorge Avendaño, Héctor Cornejo Chávez y Roberto MacLean Ugarteche.

Frente a esa rigidez, decidimos crear un espacio que nos diera voz y presencia como estudiantes, y que al mismo tiempo promoviera una relación más cercana con el profesorado. Con el tiempo, THĒMIS fue sumando más actividades, pero el propósito inicial fue claro: **poner al estudiante en el centro del quehacer académico y jurídico**. Ese fue el verdadero punto de partida.

VI. MBS: ¿Cuál fue la reacción del profesorado ante este hito?

Fue, en líneas generales, positiva. El decano en ese momento era Jorge Avendaño. Recibió el proyecto con entusiasmo, aunque con cierta reserva. Siempre le tuve un enorme respeto y afecto, pero era un hombre de formación clásica, muy institucional. Su apoyo fue más bien moderado.

En cambio, quien realmente impulsó nuestra iniciativa fue Felipe Osterling. Fue un gran amigo del grupo fundador. Incluso nuestra promoción lleva su nombre: Felipe Osterling Parodi. Nos respaldó en todo momento, con entusiasmo y confianza.

A Jorge Avendaño, por cierto, le debo algo muy importante: mi ingreso a la docencia en Derecho Constitucional, en una época en que esa rama no gozaba de prestigio. Recordemos que, tras el golpe militar, se consideraba que la Constitución estaba muerta y que los constitucionalistas eran prescindibles. A pesar de ello, Avendaño me dio la oportunidad de enseñar, convencido de que —aunque en ese momento no lo pareciera— el Derecho Constitucional volvería a ocupar un lugar central. Y así fue.

Por eso, tanto Avendaño como Osterling fueron, sin duda, dos pilares fundamentales en mi vida académica y en la historia de THĒMIS.

VII. MBS: A 60 años de la fundación de THĒMIS, ¿cómo ha evolucionado su reflexión sobre su impacto y trayectoria? ¿cómo percibe su posicionamiento actual en el ámbito jurídico y qué nos aconsejaría para seguir siendo un referente en el Derecho?

Solo tendría que argüir sobre dos cuestiones: primero, han superado ampliamente mis expectativas. Segundo, recuerdo que, cuando aquellos estudiantes me buscaron, yo convoqué a mis compañeros de entonces para refundar la revista. No obstante, vimos que la revista circulaba y estábamos presentes en la comunidad jurídica. Por ello, no tendría que añadir más cuestionamientos, solo animarlos a que aspiren seguir aquella ruta y a que sigan alcanzando más ambientes.

En ese sentido, a una revista que se publica periódicamente, que se dedica al tema, que está bien impresa y que es de actualidad, solo se le puede pedir que siga en ese mismo camino, y dentro de este, mejorar en la medida de lo posible.

Considero que es más importante mejorar la calidad intelectual de la revista que mejorar su calidad física. Por ejemplo, algo que podrían añadir es lo siguiente: buscar traducciones de los grandes autores extranjeros. En mi época, me contacté con Giorgio Del Vecchio, el más grande filósofo del derecho italiano del siglo XX. Además, también contacté con Anri Massó (Henri Massis), un gran civilista francés. Por último, logré contactar con Hans Kelsen a través de una carta, la cual fue contestada; incluso, se encuentra publicada en THĒMIS. Asimismo, Kelsen me autorizó a publicar un artículo cuyo título era 'Por qué debe ser obedecida una Ley'. Este artículo fue traducido en Lima, luego fue corregido por mi persona. Al final, envié la corrección a Kelsen, quien me respondió de nuevo con algunas correcciones. En esa época, Hans Kelsen vivía en California.

Cabe mencionar que, por cuenta mía, conocí a Sebastián Soler, un gran penalista argentino. También conocí a Pontes de Miranda, a quien considero escritor del mejor tratado de *habeas corpus* en América Latina, en dos tomos. Asimismo, en España, conocí a Luis Sánchez Agesta y a Berdugo, dos grandes juristas de esa época. Además, a Lima llegó por una semana, en el año 86, Manuel García-Pelayo, un gran constitucionalista español. Él tenía un libro clásico llamado 'Derecho Constitucional Comparado'. Yo lo conocí en el año 80, cuando hubo una transición; entonces lo busqué y logré hablar con él.

Todo esto lo menciono por una razón muy concreta: creo que una de las áreas en las que la revista podría fortalecerse aún más es en su proyección

internacional. Buscar activamente el contacto con autores extranjeros, traducir sus textos, entrevistarlos, o incluso publicar colaboraciones exclusivas —bajo el compromiso de no reproducirlas en otras revistas de la región—, podría marcar una diferencia significativa.

Recuerdo también haber compartido un almuerzo con Luigi Ferrajoli en México, así como haber conocido en Italia a Gustavo Zagrebelsky, expresidente de la Corte Constitucional Italiana. Y en España, a otras figuras de gran renombre académico.

En suma, aunque puedo equivocarme, estimo que lo único que tal vez les falte es ampliar y consolidar el vínculo con juristas internacionales. Eso enriquecería aún más el proyecto. Todo lo demás, ya lo han hecho —y lo han hecho muy bien.

VIII. MBS: En una era de extrema digitalización y contenido al alcance de unos clics, es posible encontrar información jurídica en diversas plataformas, no siempre confiables ¿Cuál es el papel de THĒMIS frente a la marea actual de desinformación y desafíos?

Bueno, yo creo que el mundo digital se está imponiendo poco a poco, lentamente. Sin embargo, lo digital puede perderse —y para siempre. Por eso, siempre he creído en el papel. Se pueden tener ambas cosas: por un lado, la versión impresa, para que permanezca; y, por otro, la versión digital. No son incompatibles. Hay quienes leen en digital y otros que prefieren el papel. Pero insisto: lo digital se lo come el tiempo, así de simple. Puede desaparecer, por más que esté en la nube; hay que rastrearlo, buscarlo.

En ese sentido, considero que las plataformas digitales tienen un gran inconveniente. Yo, a priori, desconfío de ellas y de los mensajes que circulan en lo digital. ¿Por qué? Por ejemplo, me llaman para comentar sobre la condena a Vizcarra y, si no he leído el expediente ni soy penalista, ¿qué podría decir? En cambio, si me consultan sobre la inhabilitación en el Congreso, es distinto, porque ese es mi campo.

Entonces, hay que tener cuidado: primero, controlar lo que uno dice; segundo, no hablar de lo que no se sabe; tercero, no opinar sin haberse informado; y, sobre todo, evitar las simplezas.

Porque hoy, los medios están repletos de simplezas —por no usar palabras más fuertes.

IX. MBS: Aprovechando que estamos en este punto, nos gustaría hablar sobre su trayectoria profesional: ¿usted siempre estuvo in-

interesado en el área constitucional o cuando estaba en facultad tenía otros intereses?

Durante mis años en la Facultad, me interesaron varias ramas del Derecho. En primer año, por ejemplo, me fascinó Derecho Romano, que tuve con el profesor Carlos Luis Pastor, un hombre mayor que sabía latín y nos enseñaba incluso el origen etimológico de las palabras. También disfruté mucho Introducción al Derecho por su contenido filosófico. Luego, en segundo año, me gustaron Derecho Constitucional y Derecho Procesal, y más adelante Obligaciones, aunque era un curso bastante complejo, dictado por Felipe Osterling. En quinto año, tuve Sucesiones con Héctor Cornejo Chávez, un profesor brillante, cuya dedicación me marcó profundamente.

Mi orientación hacia el Derecho Constitucional se definió un poco más tarde. Jorge Avendaño me invitó a participar en un programa de intercambio en la Universidad de Wisconsin, organizado con apoyo del rector MacGregor y la Fundación Ford. Inicialmente, el curso de Constitucional lo iba a dictar Valentín Paniagua, pero al retirarse por motivos personales, Avendaño me propuso asumir ese curso. Acepté con gusto, y a partir de esa experiencia decidí dedicarme por completo al Derecho Constitucional.

MBS: Creo que nos quedamos con eso, que estuvo en el momento correcto y ahora son muchos años de trayectoria.

Sí, estuve en el momento correcto y fue una hazaña del destino, yo no lo busqué. Fue una casualidad que tuve en ese momento, considerando que el Derecho Constitucional, durante años, fue una disciplina que a nadie le interesaba. Y, cuando sale a la luz el tema, que es en los años 79-80 con la constitucionalidad, todo el mundo quería hacerlo, pero el más preparado era yo. No porque fuese un genio, sino porque estaba estudiando desde años atrás. Fue fruto de la casualidad o, como diría mi mujer, 'cosas de Dios'.

X. MBS: En un reciente artículo publicado por El Comercio (a propósito de la debatida extinción de dominio), usted mencionó que la falta de credibilidad institucional en el Poder Judicial condujo a la creación imprescindible de una entidad autónoma como el Tribunal Constitucional para resolver determinadas controversias ¿considera que la instauración del Tribunal Constitucional en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales ha supuesto alguna mejora o aún se refleja el mismo panorama desolador?

No, yo diría que ha mejorado. Recordemos que, cuando se plantea en el Perú, en el año 78, el Tribunal de Garantías Constitucionales —lo hizo Javier Valle-Riestra— no tuvo mucho eco en el Congreso. Lo digo porque, a Dios gracias, a través de Miguel Cano —que era secretario de Haya de La Torre— me dio un pase para entrar al Congreso libremente. Entonces, yo asistía a muchas sesiones, mientras Haya estaba de presidente.

Entonces, Valle-Riestra debatió mucho. De hecho, tiene una frase muy dura contra el Poder Judicial que dice: “los jueces prefieren la quincena a la historia”. ¿Por qué? Porque él cuenta —aunque no lo he comprobado— que en 1914 se da un golpe de Estado. A Billingham, un elegido democráticamente, lo deportan. En ese momento, la Corte Suprema mencionó que eso no podía ser y que se había quebrado el Estado de Derecho. Entonces, van a palacio a empezar con su rechazo de protesta. Pero el magistrado mayor, ‘el más vivo’, que era ‘el de más perspectiva’ aludió: “¿y quién nos va a pagar a fin de mes?”. Entonces pensaron, le dieron la razón, se dieron media vuelta y regresaron. De ahí se saca la anécdota.

Ahora bien, ¿cuál es la verdad del asunto? ¿para qué se hizo el Tribunal de Garantías Constitucionales? Para impedir los desaciertos del Poder Judicial y para que modificase las sentencias y revisase en casación el Habeas Corpus y el Amparo. Ese nombre se tomó de la Segunda República Española, que creó este Tribunal en 1931. Lo que pasa es que, posteriormente, el modelo español cambió: de Tribunal de Garantías Constitucionales —que fue el que trajo el proyecto del rey— al Tribunal Constitucional. El rey visitó la Asamblea Constituyente en octubre de 1978 y se hizo ese cambio.

No obstante, Fujimori, cuando viene el Congreso Constituyente Democrático, insistió en eliminar el Tribunal Constitucional. Sin embargo, ¿eliminarlo para qué? Chirinos Soto, que era un hombre muy inteligente —pero que estuvo al servicio de Fujimori, lamentablemente— mencionó: “¿para qué vas a una Sala Constitucional de la Corte Suprema, como en Costa Rica?”. “Sí”, le dijeron, pero no es lo mismo. “En Costa Rica hay una tradición cívica que acá no hay”. Entonces insistió, y al final se aprobó.

Entonces, yo creo que el Tribunal Constitucional ha reemplazado y esta enderezando muchos errores garrafales del Poder Judicial. Yo creo que es necesario. Por ello, hay un proyecto que no ha prosperado, que busca ampliar el Tribunal de siete miembros a doce. Y yo diría que, incluso, a quince, como es en Italia, en la cual hay siete miembros en dos

salas —con temas distintos— y un presidente. En España son doce, en Francia son nueve, me parece. Entonces, básicamente, en Europa, el Tribunal Constitucional se creó para suplir la labor de los jueces, que no podían ser controladores de la constitucionalidad. Sin embargo, acá se hizo para controlar los errores del Poder Judicial, y se mantiene así.

Por ejemplo, un caso patético: yo informé en el Tribunal —hace 3 o 4 meses— y, antes que yo, estubo informando Nakasaki, defendiendo la libertad del general Hermoza. Que estaba prisionero y tenía Alzheimer. Entonces, Nakasaki decía: “este señor estaba bien preso, el señor no sabe ni su nombre. Deben atenderlo en su casa”. Y el Tribunal ordenó la libertad. Lamentablemente, los jueces en este país no son garantistas; son carceleros, les encanta la cárcel, lamentablemente.

MBS: Claro, el derecho penal tiene este fin restaurador.

Así es, y lo cierto es que todo se resuelve con prisión preventiva, lo que ha generado, justamente, un amplio debate. Cito un caso extremo: el de Keiko Fujimori, a quien, dicho sea de paso, no asesoro y apenas conozco. Si una persona enfrenta un solo proceso y ha sido sometida a tres prisiones preventivas, ¿qué se puede concluir? Absolutamente nada.

Belaunde Lossio, que es un pariente mío lejanísimo, que yo no conozco, estuvo cinco años en la cárcel. Hasta ahora no hay nada. Con un agravante: yo he visitado las prisiones y las cárceles. Las cárceles son de horror en este país. Hay más o menos 90,000 internos en todo el país y hay una capacidad para 45,000. Entonces, están realmente hacinados. Los únicos que tienen cierta comodidad son los expresidentes o los altos funcionarios, que me parece muy bien. Entonces, en primer lugar, hay que hacer más cárceles, y segundo, a todo el mundo no se puede mandar a la cárcel, ¿por qué? Porque se sospecha.

MBS: Al profundizar en este tema, leí que en el Perú —a diferencia de otros sistemas en Iberoamérica— se aplica la figura de la ejecución inmediata de las sentencias, lo que incrementa significativamente la carga en los centros penitenciarios.

Así es, yo diría que, de arranque, se haga una política carcelaria que no existe, que es hacer más cárceles. Cosa que a nadie le interesa. En este país, para gobernar, debería establecerse una escala de prioridades. ¿Cómo es posible que, cuando vino la pandemia, no hubiera oxígeno en los hospitales del Estado?

Debe haber prioridades: salud, educación, cárceles y el Poder Judicial. De hecho, este último no da confianza a nadie. Tal es así que, en las contrataciones del Estado, siempre se pone una cláusula de arbitraje para resolver sus problemas por ese medio. No quieren ir al juez, porque no confían en el sistema judicial. El propio Estado no confía en el Poder Judicial. Es clarísimo.

XI. MBS: Respecto a la educación superior, ¿estima como necesaria la incorporación de un curso sobre la Constitución en carreras ajenas al ámbito del Derecho? En el caso que responda afirmativamente, ¿cuáles serían los retos y perspectivas?

Yo les diré, en Estados Unidos, yo descubrí que en el *college* —que es el intermedio entre la universidad y el *high school*— hay un curso de *government* (gobierno). Entonces, todos los muchachos aprenden lo que es la Constitución. Hay un sentimiento constitucional que significa ‘esta sociedad se rige por las reglas que todos deben respetar’. Cuando estaba en el colegio, hace muchos años, llevaba un curso de Educación Cívica, en esa época ese curso era de tres horas a la semana. Ahí me enteré de que había un Legislativo, Ejecutivo, un Poder Judicial, derechos fundamentales, etc. Eran nociones. Ahora no saben nada de nada. Entonces, ¿cómo se puede ser un buen ciudadano si no se saben sus derechos y sus obligaciones?

MBS: Claro, y es la cultura cívica básica para que ejerzas tus derechos.

Exacto, yo, por ejemplo, en el colegio aprendí encuadernación, primeros auxilios y Constitución. Sumamente elemental. Hoy en día la gente no sabe nada, me da mucha pena. Creo que hemos retrocedido. Entonces, yo creo que el colegio está hecho para formar a los jóvenes frente a la vida, lo básico. Cosa que no está sucediendo, lamentablemente.

MBS: Totalmente de acuerdo. Y, quizás, volvemos a la pirámide que usted mencionaba: salud, educación y cárceles.

Lo primero es la salud, sin duda, pero también debe considerarse la seguridad como una prioridad fundamental. Hoy, por ejemplo, en las inmediaciones de Camino Real —frente al Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú—, un empresario fue baleado alrededor de las ocho de la noche. Observé la imagen y quedé profundamente consternado. Fue interceptado por tres individuos que le dispararon en quince ocasiones. No recuerdo haber presenciado un hecho de tal violencia en el pasado reciente. La seguridad cons-

tituye, en efecto, una condición mínima e irrenunciable para una convivencia social ordenada.

La salud también debe ser una prioridad. Durante la pandemia fallecieron más de 200,000 personas en el Perú, una cifra elevadísima en proporción a nuestra población. Algunas de esas muertes ocurrieron, lamentablemente, por la falta de oxígeno.

Yo mismo contraí COVID-19 a inicios del año 2020, cuando aún no existían vacunas. Estoy asegurado en la Clínica Ricardo Palma desde hace treinta años, pero en ese momento no había camas disponibles. Tuve que esperar sentado, afuera, durante tres horas, hasta que me asignaron un espacio, justamente por mi antigüedad como asegurado. Estuve hospitalizado once días y al duodécimo me dieron el alta. Durante mi recuperación, me crucé en la clínica con el congresista Fernández Chacón —de filiación comunista—, quien, según me comentaron las enfermeras, había solicitado expresamente ser atendido en una clínica privada.

Las enfermeras me contaron, casi a modo de anécdota, que el congresista Fernández Chacón, al ser trasladado —en calidad de asegurado por su cargo— al hospital Rebagliati, al descender y observar el establecimiento, comentó: “creo que no me han entendido, yo quiero una clínica privada”. Entonces, fue derivado a la Clínica Ricardo Palma, donde coincidimos. Resulta irónico que un congresista identificado con posiciones comunistas prefiera ser atendido en el sector privado. Son las incongruencias que, con frecuencia, se observan en la vida pública.

Puedo decir, por experiencia, que cuando era joven estuve afiliado al Seguro Social de Salud, y en ese entonces el servicio funcionaba razonablemente bien. Por ejemplo, si uno solicitaba una cita, la conseguía en unos veinte días. Hoy en día, ese mismo trámite puede tomar hasta dos meses. No es que el servicio haya empeorado en sí mismo, sino que no se ha ampliado su capacidad. Está claramente sobrecargado, y lo más preocupante es que el Estado no parece mostrar interés en resolverlo.

MBS: Sí, muy claro. Me da la impresión de que muchos congresistas —y no solo ellos, sino también otras figuras involucradas en la opinión pública— emiten comentarios que no son consecuentes con los principios que dicen defender.

Exacto, eso es bastante común. El político —no todos, por supuesto— tiende a ser inconsecuente y busca el respaldo de la opinión pública. Pero, insisto, no todos son así; también hay personas muy coherentes. Lo que suele ocurrir es que el político promedio cree que debe darle siempre la razón al

público. Y no es así. El político debe escuchar al ciudadano, analizar si tiene razón, y si no es el caso, orientar. Esa es, en esencia, su función: orientar.

XII. MBS: A lo largo de su trayectoria, ha sido testigo y protagonista de momentos clave en la historia jurídica del país. En ese sentido, ¿cuál considera que es el mayor desafío que enfrenta el Derecho peruano en la actualidad y qué papel deben asumir las nuevas generaciones de estudiantes de nuestra facultad para afrontarlo?

Yo diría que el primer papel que deben asumir es la seriedad en el estudio. Hay que estudiar. Para mí, ya no se puede estudiar a base de copias, como se hacía antes, sino a base de libros. Porque hay un viejo refrán —que he leído en algún sitio— que dice: “la cultura es lo que queda después de haberse olvidado todo”. Y, efectivamente, cuando leo un libro de 300 páginas, no me acuerdo de todo, pero lo básico lo concentro.

Entonces, yo creo que, en primer lugar, hay que estudiar. Mi padre inculcó la costumbre de: “por cada curso, un libro”. Así, leí a Eugene Petit para Derecho Romano; después, a Couture, a Soler, un gran penalista argentino, a quien luego conocí en Buenos Aires. En Sucesiones y Familia, Cornejo era una autoridad, no solo peruana, sino latinoamericana.

Entonces: la formación y, luego, la honestidad. Honestidad en el ejercicio y con los clientes. Yo creo que al cliente no se le puede mentir; hay que decirle la verdad. Como decía Couture: si el cliente me pregunta si se va a ganar el juicio o no, respóndale usted: “yo no soy mago, no tengo una bola de cristal. Lo que sé es que voy a hacer todo lo posible para ganarlo, que es otra cosa. Pero el fallo depende de usted, de mí y del juez: tres partes”.

Entonces, no mentirle; ser mejores profesionales. Dar ejemplo de honestidad, de trabajo y de seriedad. Eso es lo que yo diría en términos generales.

XIII. AVA: Una última pregunta. Ahora que estamos por empezar las clases, muchos estudiantes pasan, por ejemplo, de los Estudios Generales Letras a Derecho, o muchas personas recién ingresan —en otras universidades también— a la Facultad. ¿Qué les diría usted a esos estudiantes?

Bueno, yo les voy a decir lo que yo sentí. Cuando dejé Letras, tras dos años de humanidades en los cuales leí mucho —inclusive, me acuerdo que hice una monografía, porque había un curso de pre-seminario—, en el primer año hice un trabajo de ocho páginas sobre Los comentarios reales de Garcila-

so, que me los leí íntegros. En el segundo año, me puse a leer Las confesiones de San Agustín, que me emocionaron mucho. Era un mundo amplio, generoso y simpático.

Luego entré a Derecho, que era la rigidez, la racionalidad: “el Derecho es lógica”. Eso me traumó. Lo primero que hice fue leer una buena introducción al Derecho, pero no de ningún autor nacional, sino de extranjeros. No quiero hablar mal de los nacionales —creo que son muy meritorios—, pero yo no leería a ningún autor de introducción al Derecho castellano en el Perú. Compré libros de extranje-

ros: argentinos y brasileños. Me acuerdo de Miguel Reale, un gran filósofo brasileño.

Cuando uno ingresa a Derecho, poco a poco va aclimatándose. Es fundamental mimetizarse con esta disciplina: el Derecho es orden, es lógica y es rigor. Eso forma parte del oficio. El primer año, uno suele estar algo desorientado; en el segundo, ya comienza a centrarse; y para el tercero, debería estar plenamente encarrilado. Si llegado ese momento aún no lo está, quizá es porque el Derecho no le gusta, y en ese caso, habría que considerar otra carrera [entre risas]. 

SIMPLIFICACIÓN REGULATORIA: LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE NORMAR Y ADMINISTRAR

REGULATORY SIMPLIFICATION: THE NECESSARY DISTINCTION BETWEEN REGULATING AND ADMINISTRATIVE MANAGEMENT

Diego Muñoz Vicuña*
Universidad Carlos III de Madrid

Pablo Muñoz Vicuña**
Superintendencia de Casinos de Juegos

Three bills are currently under discussion in the Chilean Congress, all with the common goal of simplifying regulation. These bills propose the creation of three agencies: (i) the Office of Sectoral Authorizations and Investment; (ii) the Committee of Undersecretaries for Regulation and Sectoral Evaluation; and (iii) the Agency for the Quality of Public Policies and Productivity.

In light of these legislative proposals and the limited conceptualization of the subject, both nationally and internationally, this article aims to propose a conceptual framework for regulatory simplification, distinguishing between normative and administrative simplification, and offering recommendations for its more effective implementation.

KEYWORDS: *Meta-regulation; better regulation; regulatory simplification; normative simplification; administrative simplification.*

Actualmente, se discuten tres proyectos de ley en el Congreso de Chile que tienen como objetivo común simplificar la regulación, proponiendo conjuntamente, la creación de tres entidades: (i) la Oficina de Autorizaciones Sectoriales e Inversión; (ii) el Comité de Subsecretarías y Subsecretarios para la Regulación y Evaluación Sectorial; y (iii) la Agencia para la calidad de las Políticas Públicas y la Productividad.

A propósito de estos proyectos de Ley y la escasa conceptualización en la materia, tanto nacional como en la experiencia comparada, el presente artículo tiene como finalidad proponer una conceptualización de la simplificación regulatoria, distinguiendo entre simplificación normativa y administrativa y formulando recomendaciones para su mejor implementación.

PALABRAS CLAVE: *Metarregulación; mejora regulatoria; simplificación regulatoria; simplificación normativa; simplificación administrativa.*

* Abogado. Magíster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente candidato a Doctor en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Práctica profesional centrada en Derecho Administrativo y mercados regulados. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0578-5527>. Contacto: diegomunozvicuna@gmail.com

** Abogado. Magíster en Políticas Públicas por la Universidad de Chile y Máster en Regulación por London School of Economics. Actualmente se desempeña como abogado coordinador de la División Jurídica de la Superintendencia de Casinos de Juego. Su práctica profesional se ha centrado en Derecho Administrativo y mercados regulados. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3403-8184>. Contacto: pablo.munoz.vicuna@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 05 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 28 de abril de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, se discuten en el Congreso de Chile tres proyectos de ley que tienen un denominador común: simplificar la regulación. Durante el año 2024, el presidente de Chile, Gabriel Boric, presentó el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales, que tiene entre sus objetivos declarados simplificar la tramitación de las autorizaciones sectoriales acorde a sus riesgos asociados¹. En ese mismo año, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley que crea la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y la Productividad con el objetivo de que este servicio vele por la calidad, eficiencia, eficacia y coherencia regulatoria². Más recientemente, en enero de 2025, el Ejecutivo presentó un nuevo proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales en materia de simplificación regulatoria y promoción de la actividad económica, declarando entre sus fundamentos que “la modernización y simplificación de las normativas vigentes son tareas constantes y fundamentales”³.

A partir del Instructivo Presidencial 001, del 28 de febrero de 2014, ha venido incorporándose, en el marco de la mejora regulatoria, el concepto de ‘simplificación regulatoria’⁴, idea matriz reforzada en el año 2015 por medio de la creación de la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad⁵, que tiene entre sus finalidades contribuir a la calidad regulatoria⁶ y que viene a asentarse con los proyectos de ley referidos.

La ‘simplificación regulatoria’, sin embargo, no es un concepto unívoco. Por una parte, no es claro qué se entiende por regulación y, por otra, qué se entiende por simplificar, en el contexto de la regulación. Creemos que esta falta de conceptualización es relevante, ya que, si no todos entendemos lo mismo, tanto el diagnóstico como las medidas que se busquen adoptar a partir de dicho análisis pueden no ser las idóneas.

El presente artículo, a propósito de los proyectos de ley antes referidos y tomando como referencia la experiencia comparada y la escasa regulación en la materia, tiene por objeto relevar la necesaria conceptualización de la simplificación regulatoria, proponiendo una distinción entre ‘simplificación normativa’ y ‘simplificación administrativa’. De esta forma, el artículo se divide en otras cinco secciones. En la segunda, se describe el origen y evolución del concepto de simplificación regulatoria en la experiencia comparada. En la tercera, se lleva a cabo una revisión del estado actual en la materia en Chile, desarrollando algunas precisiones conceptuales. En la cuarta sección, se efectúa un análisis crítico de la simplificación regulatoria en nuestro país, para, en la sección siguiente, realizar recomendaciones. Finalmente, se presentan las conclusiones.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA SIMPLIFICACIÓN REGULATORIA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

La simplificación regulatoria tendría sus orígenes en Estados Unidos cuando el expresidente Jimmy Carter suscribió en 1978 la Orden Ejecutiva 12.044, sobre mejoras a las regulaciones gubernamentales, estableciendo una política para tener regulaciones “lo más simples y claras posibles”, que “no imponga cargas innecesarias (*unnecessary burdens*) a la economía, a los individuos, a las organizaciones públicas o privadas, ni a los gobiernos estatales o locales” [traducción libre]⁷. Junto con ella, Carter firmó la *Paperwork Reduction Act*⁸, una ley que creó la *Office of Information and Regulatory Affairs* con el fin de revisar y aprobar las cargas de papeleo que afectasen al público (Vida, 2017a, p. 185; Dudley, 2020, p. 63).

Con la evolución de las políticas regulatorias estadounidenses, conceptos asociados a la simplificación comenzaron a adquirir mayor reconocimiento. Cuando Ronald Reagan llegó al poder,

¹ Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 10 de enero de 2024, p. 10.

² Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, pp. 10-11.

³ Boletín 17.322-03. Mensaje 298-372, 6 de enero de 2025, p. 1.

⁴ El Instructivo Presidencial 001, de 28 de febrero de 2014, que imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias, señala que busca “[...] establecer directrices en materia de regulación que se orienten a la simplificación de trámites, al fomento a la competitividad y a la menor carga en el cumplimiento de las normas para las personas” (2014).

⁵ La Comisión Asesora Nacional de Evaluación y Productividad, creada mediante Decreto Supremo 1510, de 13 de diciembre de 2021, es continuadora de la Comisión Asesora Presidencial de Productividad, creada mediante Decreto Supremo 270, de 09 de febrero de 2015.

⁶ Véase a la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (2025).

⁷ Texto original:

Policy. Regulations shall be as simple and clear as possible. They shall achieve legislative goals effectively and efficiently. They shall not impose unnecessary burdens on the economy, on individuals, on public or private organizations, or on State and local governments. (Executive Order 12.044, 1978)

⁸ Véase a García-Huidobro *et al.* (2024, p. 26).

suscribió la Orden Ejecutiva 12.291, de 1981, para “reducir las cargas de las regulaciones existentes y futuras” [traducción libre]⁹, la cual fue derogada por la Orden Ejecutiva 12.866, firmada por Bill Clinton en 1993, que tenía, entre otros objetivos: “reducir las cargas regulatorias” (*regulatory burden*)¹⁰.

A través de la Unión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), la simplificación comenzó a expandirse por el mundo. En el caso de la Unión Europea, se promovió la simplificación mediante el Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas de la Unión Europea del año 2007, cuyo objetivo era evaluar los costos administrativos impuestos por la legislación europea. En el mismo año, se constituyó el Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas (*High Level Group on Administrative Burdens*)¹¹, el cual culminó su trabajo siete años más tarde, emitiendo un informe con diversas recomendaciones en la materia (*Cutting Red Tape in Europe*)¹² (Vida, 2017b, p. 485). Por su parte, la OCDE publicó en el año 2010 el documento denominado *Cutting Red Tape. Why is Administrative Simplification So Complicated?*, entendiendo que la simplificación administrativa se centra en una parte de los costos regulatorios, denominados costos administrativos, que son producidos por la regulación y por “la burocracia, en el sentido negativo de la palabra” (OCDE, 2010, p. 41) [traducción libre]¹³.

Así, cuando el concepto de simplificación regulatoria se trasladó desde el mundo angloamericano a los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos,

trajo consigo asociados los términos **carga regulatoria** (*regulatory burdens*) y **carga administrativa** (*administrative burdens*), fusionando los términos **simplificación** con **regulación**, **normativa** y **administración**. Por ejemplo, cuando en España se aprobó la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, en su texto original, se estableció el “principio de simplicidad” como un “principio de buena regulación” para las iniciativas normativas de las administraciones públicas, con el objeto de alcanzar un “marco normativo sencillo, claro y poco disperso”, ordenando a los poderes públicos a mantener un “marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible”, sin más “cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general”¹⁴.

De esta manera, de la revisión comparada, se advierte una polivalencia del término **simplificación** que abarca, indistintamente, lo procedimental, administrativo y regulatorio¹⁵. Se trata de una dispersión que, en todo caso, fue reconocida hace más de 25 de años por el académico español Martín-Retortillo Baquer (1998, pp. 7-8), quien advertía la necesidad de fijar su alcance. En su opinión, el término simplificación alude, en primer lugar, a una **simplificación normativa** para alcanzar un ordenamiento legal y reglamentario más simple. En segundo lugar, simplificación hace referencia a una **simplificación orgánica**, que pretende alcanzar una mayor y mejor coordinación de las instituciones públicas. En tercer lugar, significa **simplificación procedimental**, lo cual implica aligerar los procedimientos administrativos de los complejos y numerosos trámites.

⁹ Texto original:

By the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States of America, and in order to reduce the burdens of existing and future regulations, increase agency accountability for regulatory actions [...]. (Executive Order 12.291, 1981)

¹⁰ Orden Ejecutiva 12.886, de 4 de octubre de 1993, sección 5.

¹¹ Decisión de la Comisión Europea (2007/623/CE), del 31 de agosto de 2007, por la que se crea el Grupo de alto nivel de partes implicadas independientes sobre cargas administrativas.

¹² High Level Group on Administrative Burdens (2014, p. 5).

¹³ Texto original:

On the other hand, these costs, especially those connected with filling in questionnaires, are usually seen as the most irritating, connected with the “bureaucracy” in the negative sense of the word. Fighting against these costs. (OCDE, 2010, p. 41)

¹⁴ Artículo 4. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

[...]

7. El principio de simplicidad exige que toda iniciativa normativa atienda a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

[...]

9. En todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general. (2011)

¹⁵ La polivalencia del término es compartida, además, por Gamero (2014, pp. 31-33) y Navamuel (2014, p. 159).

III. ESTADO DE LA SIMPLIFICACIÓN REGULATORIA EN CHILE Y ALGUNAS PRECISIONES INICIALES

A. Alcance del concepto de regulación

Como hemos revisado, desde la suscripción en Estados Unidos de la Orden Ejecutiva 12.044 de 1978, las políticas de mejora regulatoria han tenido entre sus principales objetivos declarados contar con regulaciones simples y claras. La primera pregunta que surge entonces, previo a la delimitación del concepto de ‘simplificación’, es qué significa ‘regulación’ para estos efectos.

Se sostiene que el concepto de ‘regulación’ adolece de una falta de entendimiento generalizado, ya que se trata de un concepto jurídicamente confuso y de carácter multidisciplinario, por lo que presenta diferentes concepciones. Uno amplio, que comprende la regulación como cualquier acción realizada por el Estado, independiente del mecanismo en que este se lleve a cabo. Otro, vinculado a la ordenación y disciplina de los diversos sectores de la economía. Un tercero, vinculado a la fase de supervisión del cumplimiento normativo. Un cuarto concepto considera regulación a todos los mecanismos de control social, incluida la autorregulación. Y una quinta concepción, más común, suele enfocar la regulación desde una perspectiva normativa (Muñoz & Muñoz, 2022, p. 4).

Este último es el entendimiento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo en la Guía Chilena Para una Buena Regulación, que define regulación “para hacer referencia a las leyes y normativa administrativa de carácter infra legal, como circulares, resoluciones, reglamentos, decretos, entre otros” (División de Competencia y Mejora Regulatoria, 2019, p. 9). En términos similares, la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad utiliza una acepción amplia, entendiendo por regulación a toda manifestación normativa (legal, reglamentaria, entre otras), mediante la cual el Estado fija condiciones para su desarrollo por razones de interés público en materia medioambiental, seguridad, salubridad o de otra naturaleza similar (Comisión Nacional de Evaluación y Productividad, 2023, p. 17).

Desde esta perspectiva, creemos que, para efectos de definir a la ‘simplificación regulatoria’, el con-

cepto de **regulación** debe estar acotado a la regulación en su acepción clásica normativa, la cual denominaremos **regulación normativa**. Pero, por otra parte, también estimamos necesario distinguir la regulación normativa de los mecanismos de aplicación de dicha regulación, en este caso, por parte de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, OAE). Desde esta última perspectiva, la simplificación de la regulación se refiere, más bien, a la ‘buena administración’, y corresponde a aquella a través de la cual los OAE cumplen su mandato de manera eficaz. Así, la regulación se vincula a la gestión y la simplificación, por lo que ya no es normativa, sino **administrativa**.

B. De la simplificación regulatoria en Chile

En Chile, el concepto de simplificación regulatoria no ha sido tratado en profundidad por la doctrina. Se destaca el Informe de Calidad Regulatoria sobre sectores estratégicos de la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad del año 2019, que entiende a la simplificación regulatoria como una estrategia de revisión periódica de la regulación vigente, que tiene por objeto identificar normas o partes de ellas obsoletas, contradictorias o que no entregan la mejor solución al problema que originalmente justificó su creación (Comisión Nacional de Evaluación y Productividad, 2019, p. 43). Más recientemente, a propósito de un estudio del Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales, García-Huidobro, García y Carrasco, hacen referencia en múltiples pasajes a la **simplificación regulatoria**, entendida esta como aquellas técnicas alternativas que permiten sustituir las autorizaciones administrativas por controles *ex post* (2024, pp. 2-4), cuestionando que el proyecto tenga en sí mismo tal característica (p. 32).

Normativamente, tampoco existe una regulación sobre simplificación regulatoria, aunque pueden encontrarse algunos aspectos de esta en normativa de rango legal. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, LOCBGAE), desde 1999, exige a los OAE procurar la simplificación en los trámites y en los procedimientos administrativos¹⁶. Por su parte, la Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos (en adelante, LPA), dispone el principio de **celeridad**, que ordena hacer expedito los trámites del expediente, removiendo

¹⁶ Artículo 8, Ley 18.575.-

Los Órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites. Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos. (Versión original de 1986, modificada por la Ley 19.653, hoy consolidada en el Decreto con Fuerza de Ley 1-19653, de 2001, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575)

todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión¹⁷; el principio de **economía procedimental**, que obliga a la administración, entre otras cosas, a responder con la máxima economía de medios, con eficacia, evitando trámites dilatorios, y a decidir en un solo acto aquellos trámites que admiten impulso simultáneo¹⁸; y el principio de **no formalización**, que instruye que el procedimiento se desarrolle con sencillez y eficacia, de manera tal que las formalidades exigidas sean aquellas indispensables¹⁹.

Esta regulación legal se complementa vía instructivos presidenciales. En el año 1998, a través del Instructivo Presidencial 014, el presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle promovió la simplificación de trámites, reforzado con posterioridad por el presidente Ricardo Lagos mediante el Instructivo Presidencial 005 del 2001, por medio del cual instaba al uso de las nuevas tecnologías en los servicios públicos para la ejecución de los trámites. El mismo presidente Lagos, en el año 2003, una vez entrada en vigencia la LPA, instruía a todas las autoridades a “facilitar el rediseño de procesos y simplificación de trámites” (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2003, p. 6). Años después, el presidente Sebastián Piñera, con el Instructivo Presidencial 001, de 2014, amplía el alcance de la instrucción de la simplificación, ya no solo al procedimiento;

sino que a la regulación en general, complementado luego, en su segundo mandato, a través del Instructivo Presidencial 004, del año 2019, en el que brinda directrices sobre medidas de simplificación legislativa y regulatoria.

A nivel institucional, y, como se analizará más adelante, encontramos al menos siete órganos con competencias en materia de simplificación regulatoria: (i) la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad; (ii) el Comité Asesor de Productividad y Emprendimiento del Comité de Ministros del Área Económica; (iii) el Ministerio Secretaría General de la Presidencia; (iv) la División de Competencia y Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía Fomento y Turismo; (v) la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda; (vi) el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputadas y Diputados; y (vii) la Secretaría de Gobierno Digital de la Subsecretaría de Hacienda.

C. Los proyectos de ley vinculados a simplificación regulatoria

1. Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales

El Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales surge del diagnóstico que las autorizaciones

¹⁷ Artículo 7.- Principio de celeridad.

El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia. (2003)

¹⁸ Artículo 9.- Principio de economía procedimental.

La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Toda comunicación entre órganos de la Administración que se practique en el marco del procedimiento se realizará por medios electrónicos, dejándose constancia del órgano requirente, el funcionario responsable que practica el requerimiento, destinatario, procedimiento a que corresponde, gestión que se encarga y el plazo establecido para su realización. Asimismo, deberá remitirse una copia electrónica de tal comunicación a todos quienes figuren como interesados en el procedimiento administrativo de que se trate.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario. (2003)

¹⁹ Artículo 13.- Principio de la no formalización.

El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

Quienes desempeñen cargos en la Administración no podrán exigir la presentación de autorizaciones notariales de firmas en documentos otorgados en soporte de papel o electrónico, salvo que dicha autorización sea expresamente requerida por mandato legal o reglamentario.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros. (2003)

sectoriales en Chile, en cuanto instrumentos de regulación²⁰, carecen de coherencia regulatoria o bien, se encuentran duplicadas o superpuestas, todo lo cual genera extensos tiempos de tramitación e incertezas jurídicas que obstaculizan, en definitiva, la inversión y el desarrollo del país²¹.

Lo anterior tendría su explicación en varios problemas regulatorios: (i) el crecimiento inorgánico de normativas que dan origen a las autorizaciones sectoriales; (ii) una amplia dispersión normativa, manifestado en un gran número de normas de distinta naturaleza que dificultan la identificación de los requisitos exigibles y de los procedimientos para su otorgamiento, afectando la certeza jurídica; (iii) la falta de instancias institucionalizadas de revisión y racionalización de los procesos de autorizaciones sectoriales, lo que limita la evaluación de su eficiencia; (iv) la inexistencia de espacios de coordinación y efectivo trabajo en conjunto entre los distintos órganos de la administración del Estado vinculados a los procesos de otorgamiento de autorizaciones sectoriales; (v) la inexistencia de un órgano responsable de armonizar y aplicar una perspectiva sistémica al régimen de autorizaciones sectoriales, con visiones de largo plazo, en torno a la 'mejora regulatoria'; (vi) una falta de proporcionalidad en el régimen de autorizaciones, el cual no distingue entre la envergadura del proyecto y los riesgos asociados a este; y (vii) una falta de transparencia e información en los procesos de otorgamiento de autorizaciones sectoriales²².

En este contexto, el proyecto tiene como principal objetivo agilizar el otorgamiento de las autorizaciones sectoriales necesarias para los proyectos de inversión, simplificando la tramitación de dichas autorizaciones. Así, se busca otor-

gar mayor certeza jurídica a la totalidad de los actores involucrados en los procedimientos de autorizaciones sectoriales: inversionistas, titulares, las comunidades y la ciudadanía en general. Adicionalmente, el proyecto propone solucionar la dispersión normativa actualmente existente, institucionalizando espacios de coordinación y mecanismos destinados a la mejora constante de la regulación²³.

Con este objetivo declarado, el proyecto contempla 'siete pilares' que, en su conjunto, pretenden dar respuestas a las dificultades detectadas: (i) un marco normativo común para la tramitación y regulación de autorizaciones sectoriales, que establezca lineamientos y principios generales, dejando el desarrollo de la regulación a normas especiales o de inferior jerarquía; (ii) la creación de un Sistema para la Regulación y Evaluación Sectorial, compuesto por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por la rápida tramitación de las autorizaciones sectoriales y al uso de técnicas alternativas a las autorizaciones; (iii) la creación de dos instituciones públicas para asegurar el perfeccionamiento de la normativa sectorial: la Oficina de Autorizaciones e Inversión²⁴ y el Comité de Subsecretarías y Subsecretarios para la Regulación y Evaluación Sectorial; (iv) la creación de instrumentos y mecanismos que propendan a la estandarización, simplificación y eficiencia en materia de autorizaciones sectoriales²⁵; (v) un sistema de ventanilla única digital para la tramitación de todos los permisos sectoriales, denominado Sistema de Información Unificado de Permisos Sectoriales; (vi) una revisión periódica y mejora constante de la regulación sectorial; y (vii) la modificación de 37 cuerpos legales, entre otros, el Código de Aguas, la Ley General de Servicios Sanitarios y el Código Sanitario²⁶.

²⁰ Señala el Mensaje 293-371 del 10 de enero de 2024, que:

Las autorizaciones sectoriales constituyen instrumentos de regulación de vital importancia, ya que permiten conciliar el desarrollo de actividades económicas —especialmente aquellas que traen aparejadas riesgos o impactos sociales— con la protección de intereses públicos tan relevantes como la salud, el cuidado del medio ambiente o la seguridad de las personas. (Boletín 16.566-03, 2024, p. 4)

²¹ En efecto, señala el Mensaje 293-371, del 10 de enero de 2024, que, en los últimos 10 años, el producto interno bruto (en adelante, PIB) de nuestro país ha alcanzado un promedio de 2,3% anual y la inversión ha tenido crecimiento de un 3,42% anual, en circunstancias que en la primera década de los 2000, el PIB fue de un 4,2% anual y la inversión de un 8,6% anual (Boletín 16.566-03, 2024, pp. 2-3).

²² Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 10 de enero de 2024, pp. 6-9.

²³ Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 10 de enero de 2024, p. 10.

²⁴ La Oficina de Autorizaciones Sectoriales e Inversión reemplazó al Servicio para la Regulación y Evaluación Sectorial. Véase a (Boletín 16.566-03, Oficio 19.918, 2024), que contiene el proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales aprobado por la Cámara de Diputados.

²⁵ Que corresponden a normas procedimentales mínimas de aplicación supletoria; la clasificación de las autorizaciones sectoriales en seis tipologías; la introducción de técnicas habilitantes alternativas a las autorizaciones sectoriales; la calificación de proyectos o actividades como priorizadas, lo que implica una reducción en plazos máximos de tramitación a la mitad; y regímenes de colaboración por parte de profesionales y entidades técnicas en la tramitación de autorizaciones sectoriales (Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 2024, pp. 14-15).

²⁶ Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 10 de enero de 2024, pp. 11-17.

2. Proyecto de Ley que crea la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y la Productividad

El Proyecto de Ley que crea la Agencia para Calidad de las Políticas Públicas y la Productividad (en adelante, la Agencia) surge como consecuencia del Pacto por el Crecimiento Económico, el Progreso Social y la Responsabilidad Fiscal, entre representantes de un amplio espectro de fuerzas políticas y el gobierno (2024, p. 2), con el fin de alcanzar una política regulatoria consistente, con una visión sistémica, cuyo centro sea la agilidad y productividad del Estado y de los sectores reguladores²⁷.

En este contexto, se propone contar con una institucionalidad que asuma un rol articulador de la evaluación de políticas públicas, la promoción de buenas prácticas regulatorias y el fomento de la productividad, labores que hoy día se encuentran dispersas en distintos organismos, lo cual representa un obstáculo para asegurar procesos que puedan informar oportuna y coordinadamente al desarrollo y adecuación de las políticas públicas²⁸.

El presente proyecto se organiza en cuatro títulos. En el título I, se crea la Agencia como un servicio público descentralizado de carácter técnico, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del presidente o la presidenta a través del Ministerio de Hacienda²⁹. En el título II, se regula el Consejo de la Agencia, estableciendo sus funciones y atribuciones³⁰. En el título III, se prescriben las principales actividades de la Agencia, incluyendo la evaluación de impacto regulatorio *ex ante*, la promoción de buenas prácticas regulatorias, la evaluación *ex post* de programas y la recomendación de problemas públicos y productividad³¹. En el título final, se establece que la Agencia será considerada, para todos los efectos, la sucesora y continuadora legal de la Dirección de Presupues-

tos del Ministerio de Hacienda respecto de sus competencias en materia de evaluación *ex post*³². Además, como se indica en el mensaje, la Agencia se construye sobre la institucionalidad vigente, en especial, la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad³³.

3. Proyecto de Ley de simplificación regulatoria y promoción de la actividad económica

El objetivo principal de este Proyecto de Ley consiste en remover obstáculos que afecten a distintas actividades económicas mediante ajustes normativos puntuales que confieran mayor certeza jurídica, facilitando, de esta manera, la toma de decisiones de los actores públicos y privados³⁴.

El Proyecto tiene por objetivo convertirse en una ley de aquellas que se definen como 'misceláneas'. En este caso, se modifican 23 artículos permanentes y dos artículos transitorios. Entre otros, se destacan las modificaciones a la Ordenanza de Aduanas, las cuales tienen por objeto mejorar normas procesales; al Código Tributario con el objetivo de adecuarlo a la facultad de aplicación de la norma general antielusiva; al Código del Trabajo, buscando propiciar una correcta implementación de Ley 21.561, que redujo la jornada laboral a 40 horas semanales; a la Ley 21.718, sobre agilización de permisos de construcción, con el objetivo de evitar la superposición de competencias entre la Comisión para el Mercado Financiero y el Servicio Nacional del Consumidor; a la Ley 21.094, sobre universidades estatales, con el objeto de fomentar la investigación e innovación en dichas universidades; al Decreto con Fuerza de Ley 382, Ley General de Servicios Sanitarios, con el objeto de regular compensaciones a usuarios por interrupciones o suspensiones en el suministro de agua potable; y a la Ley Orgánica de la Polla Chilena de Beneficencia, liberalizando los premios que puede pagar dicha empresa estatal, para hacerla más competitiva frente a la proliferación de plataformas de apuestas en línea³⁵.

²⁷ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, pp. 2-4.

²⁸ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, pp. 7-8.

²⁹ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, p. 10, artículo 1; Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 1.

³⁰ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, pp. 11-12, artículo 8; Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 7.

³¹ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, pp. 12-13, artículos 22, 23, 25, 26 y 27; Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículos 19, 22, 23 y 24.

³² Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, p. 35, artículo 33; Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 30.

³³ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, p. 10.

³⁴ Boletín 17.322-03. Mensaje 298-372, 06 de enero de 2025, pp. 1-2.

³⁵ Boletín 17.322-03. Mensaje 298-372, 06 de enero de 2025, pp. 2-24.

IV. ANÁLISIS DE LA SIMPLIFICACIÓN REGULATORIA EN CHILE

A. Sobre la simplificación regulatoria en su variante normativa

1. De la regulación normativa en Chile: legal, reglamentaria e infrareglamentaria

Regulación abarca, en su acepción normativa, la formación, aplicación y la evaluación de una norma, independiente de su jerarquía. La ausencia de distinción puede afectar la simplificación, toda vez que los procesos regulatorios son muy distintos y, obviamente, no es lo mismo una regulación legal que una regulación reglamentaria o una infrareglamentaria.

Así, consideramos esencial para nuestro análisis diferenciar, desde la perspectiva de la calidad regulatoria, la jerarquía normativa. También es relevante distinguir los respectivos procesos de formación de una norma, a fin de conocer el alcance que puede tener la simplificación regulatoria en su variante normativa.

En Chile, las bases del procedimiento para la elaboración de leyes se encuentran en la Constitución Política. Según el artículo 65 de la Carta Fundamental chilena, las leyes pueden originarse en un mensaje presidencial o en una moción parlamentaria.

El procedimiento por el que se rige la iniciativa legislativa presidencial tiene un carácter no reglado, carente de expediente y formalidad, al que no le son aplicables las disposiciones de la LPA (Soto, 2020, p. 218). Sin embargo, el carácter informal del procedimiento prelegislativo puede ser com-

plementado a través de evaluaciones e instancias participativas exigidas por una dispersa normativa legal e infralegal. Así, por el Instructivo Presidencial 003 del 2019 –modificado por Instructivo Presidencial 001, de 2022–, los proyectos de ley de iniciativa del Ejecutivo deben ir acompañados de una evaluación de impacto regulatorio³⁶. Además, todo proyecto de ley que suponga aprobar un nuevo gasto con cargo a los fondos de la nación debe contar con un informe financiero de la Dirección de Presupuesto³⁷. Así también, la LOCBGAE y el Instructivo Presidencial 007, suscrito por el presidente Gabriel Boric, establecen instancias de participación ciudadana que pueden utilizarse en el diseño de un proyecto de ley de iniciativa del Ejecutivo³⁸.

A diferencia de los proyectos originados por mensaje presidencial, los proyectos de ley iniciados por moción parlamentaria no están sujetos a evaluaciones de impacto regulatorio, lo cual ha sido criticado por cuanto se exige un estándar de calidad distinto a los proyectos de ley de iniciativa del Ejecutivo respecto de aquellos de iniciativa del Legislativo, en circunstancias en las que todos pueden finalizar en leyes³⁹. Si bien en la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile del año 2022 se propuso crear en el Congreso una Unidad Técnica compuesta por una Secretaría Legislativa y una Secretaría de Presupuestos, encargadas de asesorar en los aspectos jurídicos, presupuestarios y fiscales de las leyes en tramitación⁴⁰, y en la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile del 2023 se propuso crear una Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas y de Impacto Regulatorio que se encargue de la evaluación financiera y regulatoria de los proyectos de ley⁴¹, iniciativas de este estilo todavía no se materializan.

³⁶ Apartado II, numeral 1 del Instructivo Presidencial 003, 15 de abril de 2019, modificado por Instructivo Presidencial 001, de 21 de febrero de 2022.

³⁷ Véase a Soto (2020, p. 212 y p. 216).

³⁸ Véase a Muñoz (2022, pp. 321-322).

³⁹ Véase a Muñoz (2021, p. 75).

⁴⁰ Artículo 278 de la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022.-

1. El Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones contarán con una Unidad Técnica dependiente administrativamente del Congreso.

2. Su Secretaría Legislativa estará encargada de asesorar en los aspectos jurídicos de las leyes que tramiten. Podrá, asimismo, emitir informes sobre ámbitos de la legislación que hayan caído en desuso o que presenten problemas técnicos.

3. Su Secretaría de Presupuestos estará encargada de estudiar el efecto presupuestario y fiscal de los proyectos de ley y de asesorar a diputadas, diputados y representantes regionales durante la tramitación de la Ley de Presupuestos. (2022)

⁴¹ Artículo 64 de la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2023.-

1. La labor del Congreso Nacional recibirá apoyo técnico e independiente de la Biblioteca del Congreso Nacional y de la Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas y de Impacto Regulatorio, como servicios comunes a las dos ramas.

2. Corresponderá a la Oficina Parlamentaria de Finanzas Públicas y de Impacto Regulatorio el análisis del impacto financiero y regulatorio de los proyectos de ley, así como el análisis de la Ley de Presupuestos. En caso alguno la realización de este cometido podrá implicar el ejercicio de funciones ejecutivas o afectar las atribuciones propias del Presidente de la República, o realizar actos de fiscalización. (2023)

La ausencia de evaluaciones de impacto regulatorio no implica que los legisladores no reciban asesoría en materia presupuestaria y regulatoria. Pueden recibir asesoría, por ejemplo, de la Oficina de Información, Análisis y Asesoría Presupuestaria⁴², de la Biblioteca del Congreso Nacional⁴³ o del Departamento de Evaluación de la Ley⁴⁴. Sumado a lo anterior, la discusión parlamentaria también puede contar con el apoyo de diversas instancias de participación pública⁴⁵.

Por su parte, la potestad reglamentaria, en virtud del artículo 32.6 del texto constitucional⁴⁶, es una atribución especial del presidente de la República. Si bien el ejercicio de la potestad reglamentaria no está especificado por la ley, se ha sostenido que en este caso sí le serían aplicables ciertas disposiciones de la LBPA⁴⁷, como serían los mecanismos de coordinación previa establecidos en el artículo 37 bis de la LBPA⁴⁸. Los reglamentos, además, deben acompañarse de los Informes de Impacto Regulatorio y pueden sujetarse a instancias participativas abordadas por Instructivos Presidenciales (Muñoz, 2021, pp. 73-74; Muñoz, 2023, pp. 321-323). Sumado a lo anterior, los reglamentos deben superar

el trámite de toma de razón, un control preventivo efectuado por la Contraloría General de la República una vez dictado el reglamento, para examinar la juridicidad de la actuación administrativa (Bermúdez, 2011, p. 395). Además, en caso de que un reglamento afecte a empresas de menor tamaño, debe realizarse una estimación simple del impacto social y económico de la nueva regulación⁴⁹.

En lo que respecta a la regulación infrareglamentaria, se sostiene que en Chile radica principalmente en las Superintendencias⁵⁰ la función reguladora del Estado⁵¹. Esta potestad reguladora se expresa en la facultad de dictar normas, circulares e instrucciones de general aplicación, así como de interpretar la normativa legal y reglamentaria.

Con todo, la existencia de una 'regulación infrareglamentaria' es discutida. El debate doctrinario se centra en la naturaleza del principal acto administrativo ('circulares') mediante el cual se manifiesta la potestad normativa⁵²; en la legalidad y constitucionalidad de las potestades normativas⁵³, así como en el alcance de la potestad interpretativa⁵⁴. Asimismo, entendemos que el alcance regulatorio

⁴² Véase a García-Huidobro *et al.* (2023, pp. 18-21).

⁴³ Véase a Vicencio (2020, pp. 299-303).

⁴⁴ Véase a Muñoz (2021, pp. 88-92). Se debe hacer presente que, para mediados de 2024, el Departamento de Evaluación de la Ley se encontraba en un proceso de reestructuración (respuesta de solicitud de transparencia CD001W12989, 23 de julio de 2024).

⁴⁵ Véase a Muñoz (2023, pp. 325-326).

⁴⁶ Artículo 32.- Son atribuciones especiales del Presidente de la República: [...]

6.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. (1980)

⁴⁷ Véase a Cordero (2015, pp. 247-248).

⁴⁸ Véase a Valdivia (2018, pp. 179-180).

⁴⁹ Artículo quinto de la Ley 20.416.- Procedimiento para la Dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General.

Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la ley N° 20.285. Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración. [...]. (2010)

⁵⁰ En Chile, existen diez superintendencias: Superintendencia de Seguridad Social; Superintendencia de Electricidad y Combustibles; Superintendencia de Servicios Sanitarios; Superintendencia de Salud; Superintendencia de Casinos de Juego; Superintendencia de Pensiones; Superintendencia del Medio Ambiente; Superintendencia de Educación; Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento; y Superintendencia de Educación Superior.

⁵¹ Véase a García (2009, p. 327); García y Verdugo (2010, p. 264).

⁵² La discusión recae en el entendimiento del alcance del acto. Por una parte, se sostiene que corresponde a un acto administrativo que materializa la potestad de mando de la jefatura respecto a sus funcionarios (y, entre otros aspectos, puede indicarle cómo se debe aplicar la normativa), y, por otra, se sostiene que se trata de normas generales, abstractas y permanentes.

⁵³ Por ejemplo, Díaz de Valdés (2010, pp. 264-265) afirma que conferirles carácter de potestad normativa sería inconstitucional, toda vez que se trataría de una especie de delegación del legislador no autorizada.

⁵⁴ Una postura restrictiva discute la constitucionalidad de esta potestad, sosteniendo que es una labor reservada por la Constitución al legislador (Aróstica, 2006, p. 158). Por otra parte, Silva Cimma justifica esta facultad interpretativa, sosteniendo que esta sería una potestad delegada del presidente de la República entregada a sus subordinados con el objeto de tener una administración pública dinámica (1996, pp. 250-251).

de estas potestades normativas, salvo excepciones⁵⁵, es más bien restringido, toda vez que las circulares, en cuanto actos administrativos, no están exentas del control amplio de juridicidad de la Contraloría General de la República, a través de su potestad dictaminante, órgano que ha tenido un entendimiento acotado de dichas potestades⁵⁶.

2. De la simplificación normativa

La **simplificación normativa**, en nuestra perspectiva, se refiere al procedimiento que, en el marco de la metarregulación o políticas de mejora regulatoria, pretende alcanzar la coherencia normativa, evitando que las normas resulten contradictorias, incompatibles o duplicadas entre sí, con los perjudiciales efectos que ello importa para los regulados, en lo que ha sido denominado 'carga regulatoria' (*regulatory burdens*)⁵⁷.

Como parte de la simplificación normativa, la 'simplificación legal' es aquella que pretende dotar de coherencia a la actividad legislativa, salvando las duplicidades, contradicciones y ambigüedades que puedan existir a nivel legislativo. En Chile, existen cinco órganos llamados a procurar la coherencia legislativa: la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (en adelante, CNEP); el Comité Asesor de Productividad y Emprendimiento (en adelante, CAPE) del Comité de Ministros del Área

Económica; el Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante, SEGPRES); la División de Competencia y Mejora Regulatoria (en adelante, DCMR) del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, otrora Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional, y el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputadas y Diputados (en adelante, DEL).

La CNEP, junto con asesorar al presidente de la República respecto de la aplicación de metodologías de análisis de impacto regulatorio utilizadas por los organismos públicos en el proceso de elaboración de regulaciones con impacto en productividad⁵⁸, cuenta con la atribución de "desarrollar estudios y formular propuestas relacionadas con coherencia regulatoria de leyes y reglamentos que el presidente de la República determina en el ámbito de la productividad", conforme al artículo 2 del Decreto Supremo 1510 (2021).

El CAPE, integrado por siete subsecretarios⁵⁹, está llamado a complementar las funciones de la CNEP⁶⁰ para lo cual debe proponer al Comité de Ministros del Área Económica modificaciones normativas que posibiliten eliminar barreras de entrada al emprendimiento y a la innovación e incrementar la productividad nacional; proponer iniciativas de adecuación o armonización de la normativa chilena en relación con la normativa internacional, con

⁵⁵ En Chile, únicamente la Comisión para el Mercado Financiero y la Superintendencia de Pensiones tienen mayor autonomía en la materia, en la medida en la que sus leyes orgánicas disponen expresamente que la Contraloría General solo las fiscalizará en lo que respecta a la cuenta de sus gastos (artículo 2 de la Ley 21.000 y artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley 101). Asimismo, a la Comisión de Mercado Financiero conforme al artículo 1, inciso segundo, de la Ley 21.000, le corresponde "[...] velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero [...]" (2017).

⁵⁶ En efecto, un entendimiento restringido que la Contraloría General de la República ha dado a la naturaleza de las circulares es que corresponde a la potestad de mando de los jefes de servicios (dictámenes 2.965 y 36.737, ambos de 2008). Bajo este concepto, no se crean obligaciones para los particulares y, por lo tanto, no serían actos administrativos de carácter regulatorio.

⁵⁷ La CNEP, al respecto, ha señalado que la 'carga regulatoria' correspondería a aquella regulación innecesaria, obsoleta o que dejó de cumplir el objetivo inicial por el cual fue creado. Aunque no explicita, la distingue de la 'carga administrativa' que correspondería a la carga producto de problemas de gestión, tales como la ausencia de procesos estandarizados, escasez de recursos humanos y tecnológicos, así como falta de capacidades técnicas y operacionales de los organismos reguladores (Comisión Nacional de Evaluación y Productividad, 2019, p. 43).

⁵⁸ Artículo 2 del Decreto Supremo 1510.- De las funciones y atribuciones. Para el cumplimiento de sus objetivos, la Comisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones: [...]

iv. Asesorar al Presidente de la República respecto de la aplicación de metodologías de análisis de impacto regulatorio utilizadas por los organismos públicos en el proceso de elaboración de regulaciones con impacto en productividad. (2021)

⁵⁹ Según el artículo 3 del Decreto Supremo 118 de 26 de octubre de 2018, el Comité está integrado por los subsecretarios de Economía y Empresas de Menor Tamaño, quien lo presidirá; Fuerzas Armadas; Hacienda; Trabajo; Obras Públicas; Salud Pública; Agricultura; Minería; Bienes Nacionales; Energía; y Medio Ambiente.

⁶⁰ Considerando en el Decreto Supremo 118: [...]

7.- Que, el Comité Asesor de Productividad y Emprendimiento Nacional complementará las funciones y atribuciones de la Comisión Nacional de Productividad. De esta manera, mientras la Comisión Nacional de Productividad tiene como foco el análisis y definición de políticas y programas que permitan estimular directamente la productividad del país, el Comité Asesor de Productividad y Emprendimiento Nacional centrará su labor en apoyar y asesorar al Comité de Ministros del Área Económica, en el análisis de aquellas políticas y programas así como de toda otra que contribuya a generar las condiciones óptimas para incrementar la productividad, incentivar la innovación y el emprendimiento nacional, como asimismo los mecanismos necesarios para la implementación y ejecución de las mismas. (2018)

el fin de incrementar la productividad; incentivar la innovación y el emprendimiento nacional; informar al Comité de Ministros sobre los informes de productividad elaborados por los Ministerios respecto de sus iniciativas legales; y asesorar al Comité de Ministros en una política de gobierno “que permita abordar de manera efectiva y eficiente temas regulatorios”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, incisos c, d, e y f del Decreto Supremo 118 (2018).

El SEGPRES, conforme al apartado II.5 del Instructivo Presidencial 004, debe recibir anualmente, por parte del resto de Ministerios, un informe detallado de las leyes que se sugiere “revisar por considerarse redundantes, innecesarias, obsoletas, tácitamente derogadas o prescindibles”, o que “requieren de un texto refundido, coordinado y sistematizado cuando sea conveniente para su mejor ejecución” (2019).

A su turno, al DCMR le corresponde diseñar e implementar políticas públicas para aumentar la competencia, teniendo dentro de sus actividades “la implementación de cambios legales y reglamentarios para eliminar barreras que afectan la productividad y la competitividad; incrementar oportunidades de mejora regulatoria, implementando instrumentos de análisis de impacto regulatorio” (DCMR, 2025). En el sitio web de la DCMR se encuentran los Informes de Impacto Regulatorio⁶¹, y permite acceder directamente a las plataformas de participación ciudadana de los distintos ministerios⁶².

El Departamento de Evaluación de la Ley, entre otras funciones, debe “proponer medidas correctivas, si fuere necesario, para la acertada aplicación de la norma evaluada”, y “sugerir oportunamente las enmiendas necesarias a la legislación vigente, cuando corresponda” (2011).

La ‘simplificación reglamentaria’, por su parte, también se enfoca en la coherencia regulatoria,

pero en este caso, respecto de aquella que debe existir entre las normas reglamentarias. En nuestro país, la labor de simplificación reglamentaria recaería tanto en la CNEP, el CAPE como en la DCMR y la SEGPRES. Esta última, según el Instructivo Presidencial 004 de 2019, tiene dentro de sus funciones la revisión normativa y de propuesta de sistematización y coherencia regulatoria respecto de reglamentos⁶³.

Finalmente, la ‘simplificación infrarreglamentaria’ se pretende alcanzar respecto de aquella normativa desarrollada por los OAE, a través de actos administrativos, como circulares e instrucciones de general aplicación. Sostenemos que esta función también recaería actualmente, al menos en lo formal, en la SEGPRES, en tanto órgano al que le compete la simplificación, en los términos utilizados por los Instructivos Presidenciales, de la ‘normativa administrativa’. Con todo, dicha función coordinadora de la SEGPRES, podría colisionar con la independencia formal y material de las agencias reguladoras. Además, por temas de eficiencia, transparencia y especificidad, resulta, a nuestro juicio, más razonable que cada OAE con potestad regulatoria sea el órgano a cargo de la coherencia regulatoria de su competencia.

B. Sobre la simplificación regulatoria en su variante administrativa

La **simplificación administrativa**, en nuestra opinión, tiene relación con los procedimientos, trámites o controles que pueden ser eliminados o modificados en aras de optimizar la actividad administrativa o mejorar la gestión de un servicio público. Se trata de una simplificación que aspira a imponer una equilibrada ‘carga administrativa’, entendida esta última como los costes administrativos asociados a obligaciones de facilitar información que no se recogería de no existir disposiciones normativas al efecto (Canals, 2009, p. 51).

⁶¹ Véase a Informes de Impacto Regulatorio (DCMR, 2025).

⁶² Véase a Participación ciudadana (DCMR, 2025). El Ministerio de Educación cuenta con Procesos participativos prelegislativos, véase a COSOC (2025). El Ministerio de Economía, por su parte, cuenta en su sitio web con una sección denominada ‘consultas regulatorias’, véase a Consultas Regulatorias, Participación Ciudadana Ministerio de Economía Fomento y Turismo (2025).

⁶³ Apartado II del Instructivo Presidencial 004.-

5. Durante el mes de diciembre de cada año, presentar al Ministerio Secretaría General de la Presidencia un informe detallado en el cual se identifique:

a. Las leyes, decretos leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos y otra normativa administrativa de alcance general cuya vigencia se sugiere revisar por considerarse redundantes, innecesarias, obsoletas, tácitamente derogadas o prescindibles;

b. Las leyes, decretos leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos y otra normativa administrativa de alcance general que a su parecer requieran de un texto refundido, coordinado y sistematizado cuando sea conveniente para su mejor ejecución; y, [...]. (2019)

En lo formal, cuatro entidades estarían llamadas a cumplir funciones de simplificación administrativa. La primera sería la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda (en adelante, DIPRES), que realiza estudios, a nivel nacional, destinados a aumentar la eficiencia de la administración pública, proponiendo soluciones pertinentes, y asesorando en la aplicación de ellas. También debe requerir, sistematizar y procesar información acerca de los objetivos e indicadores de gestión, así como evaluar programas gubernamentales de los OAE, promoviendo una mejor utilización de los recursos del Estado. Además, debe efectuar los estudios e investigaciones que juzgue necesarios para una mejor asignación y utilización de los recursos financieros del Estado⁶⁴.

El segundo órgano llamado a ejecutar tareas de simplificación administrativa sería la DCMR, la cual, por mandato del Instructivo Presidencial 003 de 2019 (apartado I.6), que instruye la elaboración de Informes de Impacto Regulatorio, tiene como uno de sus principales objetivos “eliminar las cargas regulatorias excesivas” (2022) que, entendemos, refiere también a las ‘cargas administrativas’, habida consideración que entre sus competencias se encuentra la de contribuir en el desarrollo de “medidas que buscan reducir barreras de entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores o hacen al país poco competitivo con respecto a la región y/o al resto de las economías” (DCMR, 2025).

La tercera entidad con competencias en la materia sería la CNEP. Esta última no solo debe realizar estudios, propuestas e informes en materias que se relacionen con la productividad del país y con el sistema de evaluación del Estado⁶⁵, sino que también debe “analizar e identificar, entre otros,

aquellos obstáculos generados por la regulación o gestión del sector público”⁶⁶.

Finalmente, se encuentra la Secretaría de Gobierno Digital de la Subsecretaría de Hacienda, que tiene por función coordinar, asesorar y apoyar intersectorialmente en el uso estratégico de tecnologías digitales, datos e información pública para, según el artículo 1 de la Ley 21.658, “mejorar la gestión de los órganos de la administración del Estado y la entrega de servicios” (2024).

C. De la falta de distinción entre simplificación normativa y simplificación administrativa

El ordenamiento jurídico nacional suele tratar de manera indistinta la simplificación normativa con la simplificación administrativa. Ambos conceptos se utilizan como sinónimos de simplificación regulatoria. Además, ambos términos con frecuencia confunden objetivos, por lo que fácilmente puede encontrarse definiciones conforme a las cuales la simplificación administrativa pretende disminuir la ‘carga regulatoria’, cuando en rigor se centra en la ‘carga administrativa’. De forma similar, se observa una superposición de competencias entre las instituciones involucradas en la simplificación normativa y administrativa. En nuestra opinión, esta falta de distinción y de precisión no se aclara a través de los proyectos de ley en análisis.

1. Falta de distinción conceptual en los Instructivos Presidenciales

El Instructivo Presidencial 001 de 2014, persigue establecer directrices en materia de regulación que se oriente a la **simplificación de trámites** –vinculado a la simplificación administrativa–, fomentando la competitividad y una menor carga “en

⁶⁴ Artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley 106.- La Dirección de Presupuestos tendrá las siguientes funciones específicas: [...]

19.- Realizar estudios a nivel nacional destinados a aumentar la eficiencia de la Administración Pública, proponer las soluciones pertinentes y asesorar en la aplicación de ellas. [...]

23.- Requerir, sistematizar y procesar, en la formulación del presupuesto anual, información acerca de los objetivos e indicadores de gestión, así como de evaluación de programas gubernamentales de los organismos y servicios regidos por el Título II de la ley 18.575, promoviendo una mejor utilización de los recursos del Estado. [...]

25.- Realizar los estudios e investigaciones que considere necesarios para una mejor asignación y utilización de los recursos financieros del Estado, sean de ámbito nacional, regional o sectorial. (1960)

⁶⁵ Artículo 2 del Decreto Supremo 1510.- De las funciones y atribuciones.

Para el cumplimiento de sus objetivos, la Comisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones: [...]

ii. Realizar estudios, propuestas e informes en materias que se relacionen con la productividad del país y con el sistema de evaluación del Estado. (2021)

⁶⁶ Artículo 2 del Decreto Supremo 1510.- De las funciones y atribuciones.

Para el cumplimiento de sus objetivos, la Comisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones: [...]

iii. Analizar e identificar, entre otros, aquellos obstáculos generados por la regulación o gestión del sector público, la ausencia de bienes públicos, instancias de coordinación o acceso a capital, así como también las brechas productivas en capital humano, tecnología y otros factores, que pudieran limitar o restringir el emprendimiento y/o desarrollo de una industria o sector económico y proponer las acciones necesarias para su solución. (2021)

el cumplimiento de las normas para las personas” (preámbulo, numeral 1, 2014). En este último caso, entendemos que, aunque hace referencia a las ‘normas’, alude también a la simplificación administrativa, sin perjuicio de que pueda interpretarse como una simplificación normativa. Además, el mismo Instructivo Presidencial 001 pretende entregar directrices sobre buenas prácticas regulatorias, entendiendo a estas como “el conjunto de mecanismos y procedimientos a través de los cuales se elaboran y revisan las normas que inciden en el desarrollo del país” (preámbulo, numeral 2, 2014), más vinculado a la simplificación normativa.

El Instructivo Presidencial 004 de 2019, que complementa el Instructivo Presidencial 001 con medidas de **simplificación legislativa y regulatoria**, señala que “la densidad del sistema normativo nacional es fuente de una excesiva burocratización de los procedimientos que perjudica la productividad y la competitividad” (apartado I.22, 2019). De esta manera, reúne los efectos propios de la ‘carga regulatoria’ con las consecuencias de la ‘carga administrativa’, fomentando una simplificación normativa y utilizando en su título el concepto ‘regulatoria’ como sinónimo de ‘administrativa’.

El Instructivo Presidencial 003 de 2019, que instruye la elaboración de Informes de Impacto Regulatorio, alude a la DCMR —en esos entonces, OPEN— como un órgano que tiene dentro de sus principales objetivos **eliminar las cargas regulatorias excesivas** que, según explicamos, entendemos se encuentra ligado a la simplificación administrativa⁶⁷.

Así, se observa que los aludidos Instructivos Presidenciales tienen como objetivo alcanzar la simplificación regulatoria, incorporando en ella la ‘simplificación de trámites’, la ‘simplificación normativa’ y la ‘simplificación legal’ en orden a eliminar las cargas regulatorias y administrativas que las normas y trámites importan a los regulados.

2. Falta de distinción conceptual e institucional en el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales

El Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales prescribe que “las políticas, planes, programas, normas, acciones, procedimientos y actos

administrativos” deben regirse, entre otros principios, por el de **simplificación administrativa**. Conforme a este principio, los órganos sectoriales deberán implementar progresivamente mecanismos de mejora regulatoria, de “carácter normativo, administrativo y tecnológico”, orientados a reducir, eliminar y optimizar trámites existentes que eviten la duplicidad de funciones o revisiones, y velarán, en general, por la eficiencia en las interacciones entre particulares y la administración⁶⁸.

Por consiguiente, el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales contempla, en el marco de la mejora regulatoria, una simplificación administrativa, y esta última conlleva, simultáneamente, (i) una simplificación normativa; (ii) una simplificación administrativa; y (iii) una simplificación tecnológica.

Además, el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales comprende un nuevo principio de proporcionalidad, conforme al cual, los órganos sectoriales, velarán porque los requisitos exigidos para el otorgamiento de una autorización se adecúen al objetivo que esta persigue y propendan al justo equilibrio entre el interés general y el interés particular de los titulares de proyectos o actividades, evitando “la imposición de **exigencias y cargas innecesarias** para el correcto resguardo de los respectivos objetos de protección”⁶⁹ [el énfasis es nuestro].

Sumado a lo anterior, el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales establece que el aviso y la declaración jurada son técnicas habilitantes alternativas a la autorización. Estas técnicas habilitantes, en todo caso, “no podrán implicar una **carga administrativa** mayor para la persona titular que someter el proyecto o actividad a regímenes de autorización previa”⁷⁰ [el énfasis es nuestro].

En cuanto a la institucionalidad, el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales crea la Oficina de Autorizaciones Sectoriales e Inversión (en adelante, la Oficina), que está llamada a velar por la razonabilidad de los regímenes de autorizaciones, la estandarización, previsibilidad y eficiencia de sus trámites, la eliminación de barreras innecesarias y la reducción de **cargas administrativas**⁷¹. Además, la Oficina determinará, como mecanismo de mejora regulatoria, los lineamientos para que

⁶⁷ Véase el apartado I. 6 del Instructivo Presidencial 003 (2019).

⁶⁸ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 6, letra e.

⁶⁹ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 6, letra d.

⁷⁰ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 10.

⁷¹ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 42, numeral 13.

los organismos sectoriales revisen periódicamente “la **regulación** aplicable a los proyectos o actividades objeto de su competencia, con la finalidad de propender a su **simplificación**, coherencia, eficiencia, eficacia [...]”, para lo cual deberán revisar, cuando sea conveniente para su mejor ejecución, que la regulación “sea comprensible para los usuarios y usuarias” y deberán “identificar espacios de sistematización y actualización de regulación redundante, obsoleta, innecesaria o tácitamente derogada”⁷². La Oficina también podrá elaborar “recomendaciones de mejora regulatoria, con indicación de las **modificaciones normativas y las medidas administrativas** o de gestión a adoptar”⁷³ [el énfasis es nuestro].

El Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales crea también el Comité de Subsecretarías y Subsecretarios para la Regulación y Evaluación Sectorial, que tiene por objeto servir de instancia de coordinación y colaboración entre los OAE vinculados al otorgamiento de autorizaciones sectoriales aplicables a proyectos y actividades⁷⁴.

Así, aun cuando no sea un objetivo declarado del proyecto de ley la conceptualización de la simplificación regulatoria, queda de manifiesto la falta de distinción entre **simplificación administrativa** y **simplificación normativa**. El uso indistinto de ambos conceptos, estimamos, puede representar importantes efectos en las competencias de cada institución, máxime cuando ya existen entidades con atribuciones de simplificación regulatoria en un sentido genérico.

Con todo, es valorable el esfuerzo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo por ubicar y abordar diversos obstáculos en la regulación de los procedimientos administrativos de solicitud de autorizaciones sectoriales, proponiendo una modificación de diversos cuerpos legales. Estas propuestas, en sí mismas, podrían entenderse como una simplificación normativa que, como efecto secundario, importaría una simplificación administrativa⁷⁵.

3. Falta de distinción conceptual e institucional en el Proyecto de Ley que crea la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y la Productividad

El Proyecto de Ley que crea la Agencia confiere a esta última funciones de simplificación regulatoria en su variante normativa y administrativa. En materia normativa, la Agencia puede proponer al presidente de la República la derogación expresa de aquellas leyes “simplificación legal” o decretos “simplificación reglamentaria” que se encuentran en desuso, estén obsoletas, presenten inconsistencias internas o con otras leyes, o hayan sido tácitamente derogadas por leyes posteriores, velando “por la simplificación de la normativa vigente”⁷⁶. Esta nueva atribución se condice con su función de promocionar buenas prácticas regulatorias, que incluye la “evaluación de las regulaciones vigentes y simplificación normativa”⁷⁷, sin distinguir la jerarquía de los términos ‘regulación’ y ‘normativa’, por lo que bien puede entenderse que incluye también a la regulación infrarreglamentaria.

En cuanto a la simplificación administrativa, la Agencia podrá desarrollar procesos de “evaluación de **políticas, normas, leyes, decretos, planes, programas o prácticas** dentro de la administración del Estado, a fin de formular orientaciones y/o **recomendaciones regulatorias o de gestión** a los organismos con competencia en la materia”, estando habilitada para analizar e identificar “aquellos obstáculos generados por la regulación o gestión del sector público”⁷⁸ [el énfasis es nuestro].

En este contexto, resulta a nuestro juicio razonable que, a la Agencia, que se construye sobre la base de la CNEP⁷⁹, se le encomienden atribuciones de simplificación normativa y administrativa. Es rescatable, además, que el proyecto de ley refiera al vínculo que la Agencia tendrá con otros órganos que actualmente tienen competencia en la

⁷² Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 59.

⁷³ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 61.

⁷⁴ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 47.

⁷⁵ Estas modificaciones, como se indica en el mensaje del Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales, tienen por objeto simplificar trámites, eliminar escenarios de duplicidad de revisiones y reducir tiempos de espera (Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 10 de enero de 2024, p. 17).

⁷⁶ Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 3, número 5.

⁷⁷ Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 22, inciso segundo.

⁷⁸ Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 24, incisos primero y segundo.

⁷⁹ Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, p. 10.

materia, como la DIPRES⁸⁰ y el SEGPRES⁸¹, aunque se extraña que no se haya aludido a otros órganos de relevancia en estos asuntos, como el CAPE y el DEL. Además, quedaría por profundizar la relación que la Agencia tendrá con la Oficina de Autorizaciones Sectoriales e Inversión y con el Comité de Subsecretarías y Subsecretarios para la Regulación y Evaluación Sectorial, propuestos por el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales⁸², con quienes compartiría atribuciones de simplificación normativa y administrativa.

4. Falta de definición en el Proyecto de Ley de Simplificación Regulatoria y Promoción de la Actividad Económica

Por su parte, el Proyecto de Ley de Simplificación Regulatoria, si bien no precisa qué debe entenderse por este concepto, por su contenido se deduce que es una manifestación de lo que hemos denominado simplificación regulatoria normativa a nivel legal, toda vez que tiene por objeto destrabar aquella normativa de rango legal que resulta poco clara o que ralentiza el desarrollo de determinadas actividades económicas. En nuestra opinión, el ejercicio realizado por el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Hacienda, es valorable, práctico y, si logra ser ley, de efecto inmediato.

En ese sentido, el ejercicio de revisar las leyes que presenten ‘nudos regulatorios’, requieran interpretación o precisión, o bien, una actualización, es del todo necesario, siendo las leyes misceláneas un instrumento muy útil para ello.

V. RECOMENDACIONES EN MATERIA DE SIMPLIFICACIÓN REGULATORIA

- Distinguir conceptos: en primer término, es importante clarificar qué se entiende por simplificar y por regular al momento de hablar en esta materia. Así, sugerimos distinguir entre la simplificación normativa y

la simplificación administrativa. La primera, vinculada a la simplificación de la norma legal, reglamentaria e infrareglamentaria y la segunda, a la simplificación de la administración (‘desburocratizar’).

- Diferenciar los diagnósticos para las medidas a adoptar: hecha la distinción conceptual previa, se sugiere analizar si la incoherencia, duplicidad o ineficiencia que hace necesaria una simplificación obedece a la existencia de una norma o bien a una ineficiencia en la aplicación de esta por parte de la administración. Obviamente, las soluciones varían según cuál sea el motivo del ‘nudo’.
- Delegar regulación: gran parte de la ‘sobre regulación’ viene dada por la existencia de una regulación profusa detallada a nivel legal, con poca delegación a la potestad reglamentaria de ejecución y menos aún a potestades normativas de la administración. Ello puede obedecer, por una parte, a la discusión sobre la constitucionalidad y legalidad de las potestades normativas a la administración⁸³, pero, por otra, creemos, también a la falta de deferencia al Poder Ejecutivo y a los mismos OAE. Esta falta de delegación –que debe tener contrapeso– debilita el dinamismo que desde la perspectiva regulatoria se requiere.
- Definir la institucionalidad en la materia y robustecerla: como ya se expuso, actualmente, diversos organismos comparten funciones en el ámbito de la simplificación regulatoria. Los proyectos de ley analizados estimamos no logran resolver claramente ello⁸⁴.

En ese contexto, creemos que, al momento de simplificar la regulación, debe regularse un núcleo amplio a nivel legal que habilite que la regulación reglamentaria e infrareglamentaria pueda dar respuesta a la innovación.

⁸⁰ En el artículo 30 del Proyecto de Ley que Crea la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y Productividad, aprobado por la Cámara de Diputadas y Diputados, se indica que la Agencia será considerada para todos los efectos la sucesora y continuadora de la DIPRES en materia de evaluación *ex post* (Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículo 30).

⁸¹ Conforme a los artículos 3, numeral 5, 21 y 24, del Proyecto de Ley que Crea la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y Productividad, la Agencia podrá consultar a la SEGPRES para proponer la derogación de leyes o decretos que se encuentren en desuso, estén obsoletos, presenten inconsistencias internas o con otras leyes, o hayan sido tácitamente derogada por leyes posteriores, y deberá consultar a SEGPRES tanto para la elaboración del plan anual de evaluación de resultados como para la elaboración de recomendaciones regulatorias o de gestión (Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024, artículos 3, numeral 5, 21 y 24).

⁸² Así también lo entiende De la Maza (2024, p. 18).

⁸³ Véase a (Evans, 2002, p. 680; Aldunate, 2009, pp. 374-375).

⁸⁴ El Proyecto de Ley que crea la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y la Productividad señala que pretende materializar un compromiso de sucesivas administraciones de crear un servicio independiente que vele por la calidad, eficiencia, eficacia y coherencia regulatoria, “a la vez que se hace cargo de los desafíos que la atomización de funciones en materia de evaluación *ex-ante* y *ex-post* de las políticas públicas genera en nuestro país” (Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024, pp. 9-10).

Por lo anterior, sugerimos revisar las competencias de la Agencia y la Oficina, ya que algunas, a nuestro juicio, se traslapan. En este sentido, es posible pensar, por ejemplo, en un modelo de *'twin peaks'* de regulación y supervisión como ocurre con la CMF, o bien, de supervisión fragmentada de mercados en un mismo órgano, como ocurre en España con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Así, un área tendría el objetivo de la gestión de la administración y otra de la actividad normativa, lo cual evitaría costos de transacción y de coordinación y los riesgos de duplicaciones o competencias superpuestas.

Por otra parte, consideramos esencial definir y precisar con claridad las competencias de actuales órganos como el CAPE, la DCMR, el SEGPRES y el DEL en el caso que se materialice la nueva institucionalidad. Lo anterior porque, si bien nuestro ordenamiento jurídico consagra principio y deberes de coordinación entre los órganos de la administración⁸⁵, ello es costoso. Más simple es definir competencias y evitar eventuales duplicidades.

Por último, se sugiere robustecer las competencias e institucionalidad que se establezca, perfeccionando las facultades de recomendación normativa y dotándola de potestades sancionatorias para con los OAE que incumplan las instrucciones que se

dicten⁸⁶. El mayor costo que pueda significar este robustecimiento debe ser discutido tomando en consideración el beneficio que conlleva la simplificación (eficaz) normativa y administrativa.

- Potenciar medidas eficientes de simplificación normativa y administrativa: una medida eficiente de simplificación normativa, a nivel legal, son las leyes misceláneas, que resuelven en una sola norma múltiples nudos o incoherencias regulatorias. Este mismo ejercicio se puede desarrollar a nivel reglamentario. A nivel infrarreglamentario, debiera ser un mandato la revisión constante de la coherencia regulatoria, ya sea que se establezca en las respectivas leyes sectoriales, por aplicación supletoria de principios de eficiencia y eficacia consagrados en la LOCB-GAE, o bien, a través del establecimiento de indicadores de gestión a nivel de servicio. También, debiera ser exigible la sistematización de la normativa en un solo cuerpo, exigencia que actualmente constituye más bien una excepción⁸⁷ y que se recoge parcialmente en el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales⁸⁸.

A nivel de simplificación administrativa, se deben promover formularios armonizados, la supresión de requisitos formales, la aplicación efectiva de la nueva ley de transformación digital⁸⁹ y el uso de las ventanillas únicas.

⁸⁵ Artículo 3, inciso 2, del Decreto con Fuerza de Ley 1-19653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, y 37 *bis* de la Ley 19.880:

[...]

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes. (2001)

⁸⁶ Para estos efectos, pueden tomarse como ejemplo las potestades sancionatorias del Consejo para la Transparencia (artículo 33, letra a, en relación al título VI de la Ley 20.285), la Agencia Nacional de Ciberseguridad (artículo 11, letra o, en relación al título VII de la Ley 21.663) o la Agencia de Protección de Datos Personales (artículo 1, numeral 14, de la Ley 21.719, específicamente el nuevo artículo 30 bis, letra e, en relación al nuevo título VII de la Ley 19.628).

⁸⁷ Conforme a lo dispuesto en el artículo 20, letra p, de la Ley 21.091, la Superintendencia de Educación Superior tiene la obligación de mantener actualizadas, sistematizadas y mantenidas en registro público la normativa que dicte. Misma obligación tiene la Superintendencia de Seguridad Social en virtud del artículo 2, letra f de la Ley 16.395. Hay otros organismos que como buena práctica han elaborado 'Compendios Normativos' que sistematizan la normativa vigente. Por ejemplo, véase a Compendio Normativo (Superintendencia de Casinos de Juego, 2025).

⁸⁸ En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 59, inciso cuarto del Proyecto, los órganos sectoriales "cuando sea conveniente para su mejor ejecución" deberán "identificar espacios de sistematización y actualización de regulación redundante, obsoleta, innecesaria o tácitamente derogada" conforme al artículo 59, inciso cuarto, del Boletín 16.566-03 (Oficio 19.918, 2024). Estimamos que el ejercicio de sistematización por defecto es adecuado para la aplicación de la normativa.

⁸⁹ La Ley 21.180, sobre la transformación digital del Estado, entre otros aspectos, dispone que la administración deberá establecer formularios de solicitudes cuando se trate de procedimientos de común tramitación (artículo 1, numeral 15, letra d de la Ley 21.180).

- Potenciar buenas prácticas de mejora regulatoria: actualmente existen, de manera inorgánica, en nuestro ordenamiento jurídico buenas prácticas regulatorias que promueven la revisión de la normativa vigente.

Por ejemplo, la Comisión para el Mercado Financiero tiene el mandato de evitar vacíos regulatorios, promover la coherencia regulatoria y velar por la permanente actualización de la regulación del mercado financiero. Para ello, puede proponer al presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, la dictación de normas legales y reglamentarias necesarias⁹⁰. Potestad similar tienen también el fiscal nacional económico⁹¹ y la Superintendencia de Seguridad Social⁹². Existe así, una deferencia técnica del legislador hacia estos organismos para que puedan coadyuvar en el ejercicio de mejora

regulatoria. Y, el mecanismo actual para que se materialice esto es sencillo⁹³ y ha mostrado ser eficiente⁹⁴.

Por otra parte, el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales, estipula lo que en derecho comparado se denomina ‘cláusula *sunrise*’ (De Montalvo, 2016, p. 164), esto es, un mandato a la evaluación cada cinco años de los resultados de la implementación de ley⁹⁵. Misma cláusula que se establece en el proyecto de Plataformas de Apuestas en Línea⁹⁶. Se trata de una técnica regulatoria muy útil que asegura la revisión de la eficacia de la normativa, evitando que su análisis no se realice o se postergue producto de la agenda política.

- Promover aspectos de buena administración que ya se encuentran regulados en nuestro

⁹⁰ Artículo 5 de la Ley 21.000.- La Comisión está investida de las siguientes atribuciones generales, las que deberán ser ejercidas conforme a las reglas y al quórum de aprobación que determine esta ley:

[...]

24. Proponer al Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, las normas legales y reglamentarias necesarias para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado financiero y el cumplimiento por parte de las personas o entidades fiscalizadas de la normativa que las rige.

La Comisión, a través de la facultad consagrada en este numeral, procurará evitar la existencia de vacíos regulatorios que pudieren poner en riesgo el adecuado funcionamiento del mercado financiero, así como su debida fiscalización; promoverá la coherencia regulatoria entre los distintos mercados sometidos a su competencia; y velará por la permanente actualización de la regulación del mercado financiero, con el objeto de hacer frente a los desafíos y exigencias que pudieren surgir como consecuencia de nuevas actividades, mercados, agentes o instrumentos financieros. (2017)

⁹¹ Artículo 39, letra q, del Decreto con Fuerza de Ley 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211:

[...]

q) Proponer fundadamente al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Este tipo de proposiciones tendrán siempre como antecedente una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva de los mercados. (1973)

⁹² Artículo 2 de la Ley 16.395.- Son funciones de la Superintendencia las siguientes: “d) Asesorar al Ministerio del Trabajo y Previsión Social en materias de su competencia y proponer las reformas legales y reglamentarias que la técnica y experiencia aconsejen” (1966).

⁹³ Si bien el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales en actual tramitación contempla en el Título VII, Párrafo 1, artículos 59 y siguientes mecanismos de mejora regulatoria –distinguiendo entre recomendación de mejora regulatoria y recomendación de técnicas habilitantes alternativas a la autorización–, se trata de un proceso de mejora más complejo que el existente en la normativa vigente. Conforme al proyecto, los órganos sectoriales pueden presentar recomendaciones de mejora regulatoria a la Oficina de Autorizaciones Sectoriales, la que deberá en determinados casos coordinarse con otros organismos de la administración y ceñirse a un procedimiento específico, que incluye consulta ciudadana, si la recomendación de mejora regulatoria incluye tanto modificaciones normativas y medidas administrativas o de gestión a adoptar, como la supresión de regímenes de autorización o su reemplazo por técnicas habilitantes alternativas. Luego, las recomendaciones que se elaboren por la Oficina de Autorizaciones Sectoriales serán presentadas al Comité de Subsecretarías y Subsecretarios para la Regulación y Evaluación Sectorial en sesión especialmente convocada para dichos efectos para que se defina o actualice, en su caso, una agenda de mejora regulatoria que materialice las modificaciones normativas y la optimización o fortalecimiento de la gestión institucional. Véase a los artículos 59 y siguientes del Boletín 16.566-03 (Oficio 19.918, 2024).

⁹⁴ Así, por ejemplo, recomendaciones de la FNE han terminado en proyectos de ley (véase Proyecto de Ley ingresado por el presidente Gabriel Boric con fecha 19 de junio de 2023 que “mejora la competencia y perfecciona el mercado del gas licuado de petróleo, Boletín 16035-03); en leyes, véase a (Ley 21.634, que moderniza la Ley 19.886 de Compras Públicas), la cual recoge algunas recomendaciones formuladas por la agencia económica) o bien, en modificaciones de normativa administrativa, véase a (Norma de Carácter General 469, 2022 de la CMF), (Fiscalía Nacional Económica, 2022). Para recomendaciones normativas efectuadas por la FNE, véase a (Fiscalía Nacional Económica, 2025).

⁹⁵ Boletín 16.566-03. Oficio 19.918, 30 de septiembre de 2024, artículo 72.

⁹⁶ Boletín 14.838-03. Oficio 19.040, 12 de diciembre de 2023, artículo 3 transitorio.

ordenamiento jurídico: la solución a la simplificación regulatoria, en su variante administrativa, no tiene que estar necesariamente en regular más o duplicar la regulación ya existente (por ejemplo: silencio positivo), sino en buscar, por una parte, mecanismos de gestión que permitan dar cumplimiento a principios y reglas ya establecidas en la LOCB-GAE y la LPA, y, por otra parte, en hacerse cargo del costo agregado de la regulación.

En este sentido, la simplificación y rapidez de los trámites, el procedimiento ágil y expedito, la celeridad, la economía procedimental y el principio de no formalización son principios y reglas ya consagrados en el ordenamiento jurídico que, siendo ya exigibles, pueden no aplicarse, ya por una inadecuada gestión o bien por una realidad material que hay que hacerse cargo. Para la primera hipótesis, más allá de los deberes estatutarios de los funcionarios vinculados al cumplimiento de los objetivos de la institución⁹⁷, creemos que se deben establecer incentivos vinculados a resultados. Para la segunda hipótesis, creemos que la nueva regulación a nivel legal que implique un mayor costo para la administración, debe considerar el efecto agregado de esta, considerando el ya existente por la regulación vigente.

- Revisar la calidad en el proceso de formación de ley: gran parte de la discusión sobre la ‘permisología’ radica en la ineficiencia de los OAE. A veces, ella se produce por la mala aplicación de la ley por parte del gobierno de turno, y en otras ocasiones el problema obedece, como plantean Soto y Paul (2009, p. 591), a una deficiencia en la misma ley. Es por ello que, estimamos, existe una necesidad de contar con organismos y mecanismos que permitan garantizar que la normativa de rango legal sea simple, eficaz y de calidad.

VI. CONCLUSIONES

- En Chile, el concepto y alcance de la ‘simplificación regulatoria’ no ha sido desarrollado normativamente y tampoco abordado especialmente por la literatura académica, aun cuando es un tema contingente que atiende la tramitación de tres importantes proyectos de ley vinculados a la materia.

- En la experiencia comparada, el concepto ‘simplificación regulatoria’ se usa indistintamente para referirse a los términos ‘carga regulatoria’ (*regulatory burdens*) y ‘carga administrativa’ (*administrative burdens*), fusionando así, los conceptos simplificación con regulación, normativa y administración. Se advierte así una polivalencia en el concepto, que abarca indistintamente, lo procedimental, administrativo y regulatorio.
- Por su parte, los instructivos presidenciales y los proyectos de ley analizados en el presente artículo, al abordar el tema, suelen entregar directrices o presentar propuestas normativas vinculadas a la ‘simplificación de trámites’, ‘simplificación de trámites’, ‘simplificación legislativa y regulatoria’, ‘eliminar las cargas regulatorias excesivas’, ‘simplificación administrativa’, ‘cargas administrativas’, ‘mejora regulatoria’, ‘evaluación de las regulaciones vigentes y simplificación normativa’, ‘recomendaciones regulatorias’, entre otras.
- A nivel institucional, encontramos al menos siete órganos con competencias en materia de simplificación regulatoria a los que se agregarían tres nuevas entidades: (i) la Oficina de Autorizaciones Sectoriales e Inversión; (ii) el Comité de Subsecretarías y Subsecretarios para la Regulación y Evaluación Sectorial; y (iii) la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas y la Productividad. Si bien los proyectos de ley abordan los vínculos de las agencias con algunos órganos que actualmente tienen competencia, estimamos que no se abordan con claridad las competencias respecto de todos.
- En este contexto, el presente artículo propone, para efectos de comprender qué es la simplificación regulatoria, partir distinguiendo entre la simplificación normativa y la simplificación administrativa.
- La simplificación normativa, desde nuestra perspectiva, refiere al procedimiento que, en el marco de la metarregulación o políticas de mejora regulatoria, pretende alcanzar la coherencia normativa, evitando que las normas resulten contradictorias, incompatibles o duplicadas entre sí, con los perjudiciales efectos que ello importa para los regulados.

⁹⁷ El artículo 61 del Decreto con Fuerza de Ley 29 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo dispone: “Serán obligaciones de cada funcionario: [...] Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan” (2002).

- Dentro de la simplificación normativa, a su vez, creemos necesario distinguir entre la simplificación legal, reglamentaria e infra-reglamentaria. Conforme a esta distinción, la función propia de la simplificación varía, así como los órganos que deben intervenir en ella.
- La simplificación administrativa, por su parte, se refiere a los procedimientos, trámites o controles que pueden ser eliminados o modificados en aras de optimizar la actividad administrativa o a mejorar la gestión de un servicio público.
- Finalmente, y una vez hecha esta necesaria distinción conceptual, en el presente artículo presentamos las siguientes recomendaciones en materia de simplificación regulatoria: (i) diferenciar los diagnósticos para las medidas a adoptar; (ii) delegar la regulación por parte de la ley a nivel reglamentario e infrareglamentario; (iii) definir una institucionalidad en la materia y robustecerla; (iv) potenciar las medidas existentes de simplificación normativa y administrativa; (v) potenciar las buenas prácticas de mejora regulatoria; (vi) promover aspectos de buena administración que ya se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico; y (vii) revisar la calidad en el proceso de formación de la ley. 

CONTRIBUCIÓN DE LOS AUTORES

Pablo Muñoz Vicuña: Conceptualización, Metodología, Investigación, Redacción – borrador original, Redacción – revisión y edición, Visualización.

Diego Muñoz Vicuña: Conceptualización, Metodología, Investigación, Redacción – borrador original, Redacción – revisión y edición, Visualización.

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen enormemente los comentarios y sugerencias de Sergio Guzmán Silva, Isaura Reyes Erazo, y German Muñoz Escudero.

REFERENCIAS

- Aldunate, E. (2009). La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, auto acordados y facultades del Fiscal Nacional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (33), 371-390. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200010>
- Aróstica, I. (2006). Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa, *Revista Actualidad Jurídica*, (14), 149-160. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/los-dictamenes-y-la-interpretacion-de-la-ley-en-sede-administrativa/>
- Bermúdez, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters-Legal Publishing.
- Canals, D. (2009). Mejora normativa y reducción de cargas administrativas. *Informes comunidades autónomas*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3407165>
- Comisión Nacional de Evaluación y Productividad. (2019). *Calidad regulatoria en Chile: Una revisión de sectores estratégicos*. <https://cnep.cl/estudios-finalizados/revision-regulatoria-de-sectores-estrategicos>
- (2023). *Análisis de los permisos sectoriales prioritarios para la inversión en Chile*. <https://cnep.cl/estudios-finalizados/analisis-de-permisos-sectoriales-prioritarios-para-la-inversion-en-chile/>
- (2025). *¿Qué es la Comisión Nacional de Evaluación y Productividad (CNEP)?* <https://cnep.cl/presentacion/>
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters-Legal Publishing.
- De la Maza, T. (2024). Nueva institucionalidad en el Proyecto de Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales. *Puntos de Referencia, Centro de Estudio Públicos*, (714), 1-29. <https://www.cepchile.cl/investigacion/nueva-institucionalidad-en-el-proyecto-de-ley-marco-de-autorizaciones-sectoriales/>
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2016). Potestad legislativa y evaluación ex post de las nor-

- mas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente. *Revista De Las Cortes Generales*, (97-99), 79-184. <https://doi.org/10.33426/rcg/2016/97-99/18>
- Díaz de Valdés, J. (2010). Anomalías Constitucionales de Las Superintendencias: Un Diagnóstico. *Estudios Constitucionales*, (1), 249-282. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100009>
- División de Competencia y Mejora Regulatoria (2019). Guía Chilena para una Buena Regulación. <https://dcmr.economia.cl/guia-chilena-buena-regulacion/#fb0=3>
- (2025). Somos. <https://dcmr.economia.cl/sobre-dcmr/>
- (2025). *Informes de Impacto Regulatorio*. <https://dcmr.economia.cl/informes-de-impacto-regulatorio/>
- (2025). *Participación ciudadana*. <https://dcmr.economia.cl/participacion-ciudadana/>
- Dudley, S. (2020). Regulatory Oversight and Benefit-Cost Analysis: A Historical Perspective. *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 11(1), 62–70. <https://doi.org/10.1017/bca.2019.34>
- Evans Espíñeira, E. (2002). Las actividades económicas de las empresas en la constitución y las facultades normativas de los órganos de la administración y fiscalización del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, 29(3), 673-683. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/76564>
- Fiscalía Nacional Económica (25 de abril de 2022). CMF emitió norma que recoge recomendaciones efectuadas por la FNE para modificar la regulación sobre contratación de seguros asociados a créditos hipotecarios. *Fiscalía Nacional Económica*.
- (2025). Recomendaciones normativas. <https://www.fne.gob.cl/advocacy/recomendaciones-normativas/>
- Gamero, E. (2014). La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica. En E. Gamero (Coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (pp. 25-76). Tirant lo Blanch.
- García-Huidobro, L. et al. (2023). Antecedentes para la discusión constitucional sobre una Oficina Parlamentaria de Presupuestos. *Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos*, (667), 1-35. <https://www.cepchile.cl/investigacion/antecedentes-para-la-discusion-constitucional-sobre-una-oficina-parlamentaria-de-presupuestos/>
- (2024). Permisología Sectorial ante el Congreso. Examen crítico y propuestas de mejora. *Puntos de Referencia, Centro de Estudio Públicos*, (690), 1-62. <https://www.cepchile.cl/investigacion/permisologia-sectorial-ante-el-congreso/>
- García, J. (2009) ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica*, (19), 327-372. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/inflacion-de-superintendencias-un-diagnostico-critico-desde-el-derecho-regulatorio/>
- García, J. y Verdugo, S. (2010). De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio. *Revista Actualidad Jurídica*, (22), 263-305. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/de-las-superintendencias-a-las-agencias-regulatorias-independientes-en-chile-aspectos-constitucionales-y-de-diseno-regulatorio/>
- High Level Group on Administrative Burdens (2014). *Cutting Red Tape in Europe. Final Report*.
- Martín-Retortillo Baquer. S. (1998). De la simplificación de la Administración Pública. *Revista de Administración Pública*, (147), 7-37. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-147-septiembrediciembre-1998/de-la-simplificacion-de-la-administracion-publica-2>
- Ministerio de Economía. (2025). Consultas regulatorias. <https://pac.economia.gob.cl/consultas-regulatorias/>
- Ministerio de Hacienda. (2024). Pacto por el Crecimiento, el Progreso Social y la Responsabilidad Fiscal. <https://www.hacienda.cl/noticias-y-eventos/pacto-por-el-crecimiento-el-progreso-social-y-la-responsabilidad-fiscal>
- Ministerio de Educación. (2025). *Procesos participativos prelegislativos*. <https://inclusionyparticipacion.mineduc.cl/participacion/>
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2003). *Manual sobre Procedimiento Admi-*

nistrativo. https://observatoriodigital.gob.cl/sites/default/files/manual_procedimiento_administrativo.pdf

Muñoz Vicuña, D. (2021). Análisis de la metarregulación en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (34), 69-95. <https://doi.org/10.7764/redae.34.3>

(2023). Participación ciudadana en la metarregulación chilena. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (37), 319-332. <https://doi.org/10.7764/redae.37.11>

Muñoz Vicuña, D., y Muñoz Vicuña, P. (2022). Una revisión de las principales estrategias regulatorias y su implementación en Chile. *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (10), 1-46. <https://doi.org/10.7764/rda.10.53591>

Navamuel González, D. (2014). Diseño, ejecución y valoración de proyectos de simplificación: Experiencia desde la práctica profesional. En E. Gamero (Coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (pp. 157-195). Tirant lo Blanch.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE]. (2010). *Cutting Red Tape. Why Is Administrative Simplification So Complicated?* https://www.oecd.org/en/publications/why-is-administrative-simplification-so-complicated_9789264089754-en.html

Silva Cimma, E. (1996). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica.

Soto Velasco, S. (2020). El informe financiero y sus efectos en la tramitación de los proyectos de ley. *Revista Ius et Praxis*, 26(3), 211-233. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000300211>

Soto Velasco, S., y Paúl Díaz, Á. (2009). Legislar con eficiencia: La importancia de evaluar las leyes. *Revista Actualidad Jurídica*, (19), 585-614. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/legislar-con-eficiencia-la-importancia-de-evaluar-las-leyes/>

Valdivia, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.

Vaquero Caballería, M. (2017). Auge y problemas de la metarregulación: La iniciativa legislativa y potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. En J. Ponce y A.

Cerrillo (Coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: Ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (pp. 165-195). Instituto Nacional de Administración Pública.

Vicencio Eyzaguirre, F. (2020). Antecedentes históricos para el estudio de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile en su papel como centro de información y asesoría al servicio de la República. *Revista Chilena de Historia Del Derecho*, (26), 285-303. <https://historia-delderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/68230>

Vida Fernández, J. (2017a). El sistema de evaluación económica y supervisión de la regulación de las agencias en Estados Unidos. En E. González (Dir.), *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC* (pp. 175-223). Universidad del Externado de Colombia. <https://10.57998/bd.digital.handle.001.2697>

(2017b). La evaluación de impacto normativo como instrumento para la mejora de la regulación. En L. Parejo y J. Vida (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* (pp. 467-512). Tirant lo Blanch

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Boletín 14.838-03. Oficio 19.040, 12 de diciembre de 2023.

Boletín 16.566-03. Mensaje 293-371, 10 de enero de 2024.

Boletín 16.799-05. Mensaje 058-372, 23 de abril de 2024.

Boletín 16.799-05. Oficio 19.837, 10 de septiembre de 2024.

Boletín 16.566-03, Oficio 19.918, 2024, 30 de septiembre de 2024.

Boletín 17.322-03. Mensaje 298-372, 6 de enero de 2025.

Constitución Política de la República de Chile [Const.] (1980).

Consejo Constitucional. (2022). Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2022.

Consejo Constitucional. (2023). Propuesta de Constitución Política de la República de Chile 2023.

Contraloría General de la República, 23 de enero de 2008, Dictamen 2.965 (Chile).

Contraloría General de la República, 07 de agosto de 2008, Dictamen 36.737 (Chile).

Decisión de la Comisión Europea (2007/623/CE), de 31 de agosto de 2007, por la que se crea el Grupo de alto nivel de partes implicadas independientes sobre cargas administrativas, Diario Oficial Unión Europea, 28 de septiembre de 2007 (Unión Europea).

Decreto con Fuerza de Ley 106, fija disposiciones por la que se regirá la Dirección de Presupuestos, Diario Oficial, 03 de marzo de 1960 (Chile).

Decreto con Fuerza de Ley 101, establece el estatuto orgánico de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, su organización y atribuciones, Diario Oficial, 29 de noviembre de 1980 (Chile).

Decreto con Fuerza de Ley 1-19653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial, 17 de noviembre de 2001 (Chile).

Decreto con Fuerza de Ley 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211, de 1973, Diario Oficial, 07 de marzo de 2005 (Chile).

Decreto con Fuerza de Ley 29, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, Diario Oficial, 16 de marzo de 2005 (Chile).

Decreto Supremo 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005 (Chile).

Decreto Supremo 118, Crea Comité Asesor de Productividad y Emprendimiento Nacional, del Comité de Ministros del Área Económica, 26 de octubre de 2018 (Chile).

Decreto Supremo 1510, Crea Comisión Asesora Presidencial denominada Comisión Asesora Nacional de Evaluación y Productividad, y deroga Decreto que indica, Diario Oficial, 13 de diciembre de 2021 (Chile).

Instructivo Presidencial S/N, "Imparte instrucciones sobre aplicación de la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos", 11 de mayo de 2001, (Chile). https://www.dipres.gob.cl/598/articles-51683_procedimiento_instructivo4.pdf.

Instructivo Presidencial 001, "Imparte Instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias", 28 de febrero de 2014 (Chile).

Instructivo Presidencial 003, "Instruye la elaboración de Informes de Impacto Regulatorio, y deroga Instructivos Presidenciales que indica", 15 de abril de 2019 (Chile).

Instructivo Presidencial 004, "Complementa Instructivo Presidencial que indica, sobre medidas de simplificación legislativa y regulatoria", 15 de abril de 2019 (Chile).

Instructivo Presidencial 001, "Modifica Instructivo Presidencial 003, de 2019 y aprueba nuevo texto consolidado", 21 de febrero de 2022 (Chile).

Instructivo Presidencial 007, "Instructivo Presidencial para el fortalecimiento de la participación ciudadana en la gestión pública", 18 de agosto de 2022 (Chile).

Ley 2/2011, de Economía Sostenible, Boletín Oficial del Estado, de 5 de marzo de 2011 (España).

Ley 16.395, fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social, Diario Oficial, 28 de enero de 1966 (Chile).

Ley 19.880, establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003 (Chile).

Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008 (Chile).

Ley 20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, Diario Oficial, 03 de febrero de 2010 (Chile).

Ley 21.000, crea la Comisión para el Mercado Financiero, Diario Oficial, 23 de febrero de 2017 (Chile).

Ley 21.091, sobre educación superior, Diario Oficial, 29 de mayo de 2018 (Chile).

Ley 21.180, Transformación Digital del Estado, Diario Oficial, 11 de noviembre de 2019 (Chile).

Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Diario Oficial, 05 de diciembre de 1986 (Chile).

Ley 21.658, crea la Secretaría de Gobierno Digital en la Subsecretaría de Hacienda, y adecúa los cuerpos legales que indica, Diario Oficial, 09 de febrero de 2024 (Chile).

Ley 21.663, Ley Marco de Ciberseguridad, Diario Oficial, 08 de abril de 2024 (Chile).

Ley 21.719, Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de

Protección de Datos Personales, Diario Oficial, 13 de diciembre de 2014 (Chile).

Orden Ejecutiva 12.044, “Improving Government Regulations”, 23 de marzo de 1978 (Estados Unidos).

Orden Ejecutiva 12.291, “Federal Regulation”, 17 de febrero de 1981 (Estados Unidos).

Orden Ejecutiva 12.866, “Regulatory Planning and Review”, 30 de septiembre de 1993 (Estados Unidos).

Resolución 857, fija dependencia del Departamento de Evaluación de la Ley, 27 de enero de 2011 (Chile).

FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUBSANACIÓN VOLUNTARIA: ¿UNA HERRAMIENTA PARA PROMOVER EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO O UNA FIGURA LIMITADA POR LA ADMINISTRACIÓN?

ADMINISTRATIVE SUPERVISION AND VOLUNTARY REMEDIATION: A TOOL TO PROMOTE REGULATORY COMPLIANCE OR A FIGURE LIMITED BY THE ADMINISTRATION?

Miguel Ángel Soto Palacios*

Rubio Leguía Normand

Leandro Ugaz Valencia**

Rubio Leguía Normand

This article examines the concept of voluntary remediation as an exemption from liability in the administrative sanctioning procedure, highlighting its connection with the preventive and corrective approach to oversight provided for in the Consolidated Text of the Law 27444, General Administrative Procedure Law, approved by Supreme Decree 004-2019-JUS.

It questions the restrictive interpretation adopted by various administrative entities which, through unilateral requirements, distort the corrective purpose of correction. Through a normative, jurisprudential, and economic analysis, the authors argue that this legal concept must be applied in a manner consistent with the principles of regulatory compliance and administrative efficiency, promoting early correction rather than sanctioning.

KEYWORDS: Administrative supervision; voluntary remediation; regulatory compliance; administrative efficiency; administrative sanctioning procedure.

El artículo examina la figura de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad en el procedimiento administrativo sancionador, destacando su vinculación con el enfoque preventivo y correctivo de la fiscalización previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS.

Se cuestiona la interpretación restrictiva adoptada por diversas entidades administrativas que, mediante requerimientos unilaterales, desnaturalizan la finalidad correctiva de la subsanación. A través de un análisis normativo, jurisprudencial y económico, los autores sostienen que esta figura jurídica debe ser aplicada de manera coherente con los principios de cumplimiento normativo y eficiencia administrativa, promoviendo la corrección temprana antes que la sanción.

PALABRAS CLAVE: Fiscalización administrativa; subsanación voluntaria; cumplimiento normativo; eficiencia administrativa; procedimiento administrativo sancionador.

* Abogado con Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Administración Estratégica de Empresas por CENTRUM PUCP y en Innovación y Sostenibilidad por EADA Business School (España). Socio en Rubio Leguía Normand (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9593-8141>. Contacto: msoto@rubio.pe

** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asociado en Rubio Leguía Normand (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9802-3464>. Contacto: lugaz@rubio.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 16 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 2 de junio de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la actividad de fiscalización administrativa ha evolucionado hacia un enfoque que prioriza la prevención y la promoción del cumplimiento normativo por sobre una visión meramente punitiva y sancionadora. En este contexto, la subsanación voluntaria se presenta como una herramienta clave que permite a los administrados corregir presuntas conductas infractoras detectadas sin que medie una sanción.

Esta concepción se alinea con el artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹ (en adelante, TUO de la LPAG), que establece que la fiscalización debe orientarse a la gestión de riesgos y la tutela de bienes jurídicos protegidos.

No obstante, en la práctica del ordenamiento jurídico peruano, diversas entidades han interpretado de manera restrictiva la aplicación de la subsanación voluntaria, condicionando su procedencia a determinados criterios o incluso limitándola a través de requerimientos unilaterales. En particular, en el ámbito de la fiscalización ambiental, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Oefa) ha adoptado criterios que enervan la posibilidad de acogerse a esta eximente de responsabilidad, generando un problema jurídico de coherencia normativa con los principios que rigen la actividad fiscalizadora según el TUO de la LPAG.

En el presente artículo se analizará el fundamento de la subsanación voluntaria, su vinculación con el enfoque de fiscalización del TUO de la LPAG y la manera en que esta figura jurídica ha sido aplicada por diversas entidades administrativas en el Perú, con especial énfasis en el Oefa.

En ese sentido, se propondrá una visión alineada con el marco normativo y con los principios de la fiscalización efectiva, destacando la necesidad de un *enforcement* regulatorio que promueva el cumplimiento de las obligaciones ambiental y, de ser el caso, la corrección.

II. ENFOQUE DE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN

La policía administrativa, también conocida como ‘poder de policía’, ha sido denominada en la tradi-

ción francesa como *Estado Gendarme* o Estado de Policía. Esta denominación refleja la intención de supervisar a los ciudadanos para evitar que ejerzan sus derechos de manera que perjudiquen a los demás. Dentro de la administración pública, la policía administrativa constituye una de sus funciones más relevantes (Olano, 2010, p. 107).

Respecto de la actividad de policía de la administración pública, la doctrina ha indicado que es el poder o facultad que tiene la administración para aplicar limitaciones a la actividad de los gobernados, a fin de mantener el orden público (Rodríguez, 2007, p. 535). Asimismo, se considera a esta como el conjunto de operaciones materiales, cuyo objeto es asegurar la aplicación de reglamentaciones para prevenir la infracción de sus disposiciones (Younes, 2007, p. 242).

Sobre la base de ello, la policía administrativa es una función esencial de la administración pública que permite establecer limitaciones a la actividad de los ciudadanos para garantizar el orden público, buscando asegurar el cumplimiento de normativas y prevenir infracciones.

De ahí que la doctrina haya indicado que la policía administrativa, que es ejercida por la administración pública, tenga entre sus funciones el control y vigilancia sobre los asuntos de interés público, cuyo propósito es primordialmente preventivo (Olano, 2010, p. 109).

En esa misma línea, las disposiciones contempladas en el TUO de la LPAG han sufrido diversos cambios a lo largo de los años, con especial enfoque en la protección de los derechos y garantías de los administrados.

Así, uno de los cambios más importantes que ha tenido el TUO de la LPAG se produjo con la publicación del Decreto Legislativo 1272 en el Diario Oficial El Peruano el día 21 de diciembre de 2016. En efecto, como ha afirmado la doctrina, a través del Decreto Legislativo 1272, se ha cerrado cualquier duda respecto de que las condiciones establecidas en la LPAG no pueden ser consideradas simples reglas supletorias, sino que son verdaderas garantías mínimas del debido procedimiento para el administrado (Chang y Drago, 2018, p. 21).

Siendo ello así y tal como se indica en la exposición de motivos² del Decreto Legislativo 1272, el

¹ Aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS el 25 de enero de 2019.

² Véase a la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1272 que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/21/EXP-DL-1272.pdf>

TUO de la LPAG busca, entre sus objetivos, dotar de racionalidad a la normativa sobre la materia y encuadrar la regulación de la actuación de la administración pública de acuerdo con los valores democráticos y constitucionales. Por lo tanto, esta norma modificatoria tenía como premisa seguir avanzando en la obtención de estos objetivos.

En esa línea, con el Decreto Legislativo 1272 se incorporó el actual artículo 239 del TUO de la LPAG, el cual indica lo siguiente:

Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos [...]. (Texto Único Ordenado de la Ley 27444, 2019)

Esta disposición introducida es de gran importancia, toda vez que antes de esta no existía un criterio uniformizado de la actividad de fiscalización, sino que la misma dependía de lo que cada entidad aprobara de manera sectorial o según los criterios adoptados internamente. Como muy bien ha indicado Morón, el TUO de la LPAG “tiene el propósito de disipar cualquier duda que este régimen jurídico se convierte en el conjunto de normas comunes que se aplican a las expresiones sectoriales de la actividad de fiscalización, cualquiera sea el ámbito sectorial” (2019, p. 320).

Dicha problemática también fue advertida en la exposición de motivos³ del Decreto Legislativo 1272, al indicar expresamente que “el problema que tenemos en el país es que existe una alta dispersión y multiplicidad de reglamentaciones y criterios en la fiscalización, y esta se expresa en enormes diferencias en el establecimiento de los límites del poder de fiscalización y en la aplicación de medidas administrativas desde los distintos sectores del Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, que siguen diferentes (y propias) normas”.

De lo anterior se colige que el cambio introducido por el Decreto Legislativo 1272 es alinear la actividad de fiscalización para todas las entidades del sector público competentes para realizar ello, en estricto cumplimiento del siguiente enfoque según el artículo 239 del TUO de la LPAG:

- Promover el cumplimiento normativo
- Gestionar riesgos
- Tutelar los bienes jurídicos protegidos

Esto cobra mayor fuerza considerando que en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG se prevé que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la citada norma, novedad que también fue introducida por el Decreto Legislativo 1272.

Ahora bien, dado que ha quedado claro que la premisa en la actividad de fiscalización es bajo el enfoque indicado previamente, resulta ahora oportuno cuestionarse la siguiente interrogante: ¿Cómo una entidad de la administración pública puede materializar en la realidad este enfoque mencionado?

A juicio de los autores, la respuesta resulta clara: este enfoque se materializa cuando la administración pública –durante la fiscalización– busca promover una corrección de algún presunto incumplimiento por parte del administrado fiscalizado.

En efecto, toda vez que la fiscalización califica como el conjunto de actos para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y –lógicamente– es el paso previo a al potencial inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Entonces, ante el posible indicio de la comisión de un ilícito administrativo, la administración pública tiene el deber legal de actuar conforme al precepto de priorizar la corrección en función a la gestión del riesgo.

Es más, la Corte Suprema a través de la Sentencia recaída en la Casación 4165-2017-Lima, ha señalado que la actividad de fiscalización desplegada por las diversas instituciones que conforman la administración pública apunta a dos finalidades: la preventiva y la correctora. Así –continúa la Corte– se debe enfatizar en la finalidad preventiva de la fiscalización, lo cual implica la labor activa de la

³ Véase a la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1272 que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo en <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/21/EXP-DL-1272.pdf>

administración pública en publicar, difundir, y actualizar las normas acordes a los cambios sociales, económicos, culturales en favor de la sociedad⁴.

Aunado a lo anterior, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido preventivo y correctivo del enfoque de fiscalización. En efecto, en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC⁵, el máximo intérprete de nuestra Constitución Política ha manifestado que no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes, tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas, a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta, y que no es otro que el sancionador⁶.

Sumado a ello, indica que no debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica. Por tanto, ello no se logra imponiendo sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias⁷.

Justamente en virtud de dicho enfoque (validado por la Corte Suprema y por el propio Tribunal Constitucional) es que el TUO de la LPAG regula en el literal f) de su artículo 257 como eximente de responsabilidad administrativa, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

Conforme desarrollaremos en el siguiente apartado, la subsanación voluntaria se encuentra íntimamente ligada a los objetivos de la actividad de fiscalización según el artículo 239 del TUO de la LPAG: promover el cumplimiento normativo, gestionar los riesgos y tutelar los bienes jurídicos protegidos.

Por ende, cualquier interpretación y análisis de este importante eximente de responsabilidad debe responder a la finalidad de la actividad de

fiscalización, pues la misma dota de importancia y llena el contenido de la subsanación.

III. SOBRE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA Y LA PROMOCIÓN DE LA CORRECCIÓN

La figura de la subsanación voluntaria se encuentra regulada en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, conforme a lo siguiente:

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: [...] f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255. (Texto Único Ordenado de la ley 27444, 2019)

Esta figura jurídica estaba regulada de manera primigenia en el artículo 236-A de la LPAG, no obstante, su naturaleza era de 'atenuante' de responsabilidad administrativa. Esto significa que, en un inicio, nuestro ordenamiento jurídico tenía un enfoque represivo, pues, a pesar de que el administrado acreditara la corrección de la conducta, solo hubiese permitido reducir la cuantía de la multa que correspondiera imponer.

Sin embargo, más adelante, con la promulgación del Decreto Legislativo 1272 se generó un cambio de paradigma. Esta norma elevó a la subsanación voluntaria a la categoría de eximente de responsabilidad administrativa. De este modo, conforme a la normativa ahora vigente, si el administrado demuestra haber subsanado voluntariamente la infracción antes de recibir la notificación con la imputación de cargos que da inicio al procedimiento administrativo sancionador, no estará sujeto a sanción alguna.

Sobre el particular, Morón sostiene que el reconocimiento de la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad tiene como finalidad incentivar la corrección de conductas infractoras por parte de los administrados, al tiempo que permite a la administración pública optimizar sus

⁴ Véase a Casación 4165-2017-LIMA, numeral 1.3.

⁵ Véase a Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes acumulados 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC.

⁶ Véase a Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes acumulados 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, numeral 8.

⁷ Véase a Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes acumulados 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, numeral 10.

recursos y evitar la tramitación de procedimientos sancionadores innecesarios cuando la infracción ha sido corregida. En otras palabras, dado que la función principal de la sanción es generar un efecto disuasorio, dicho propósito ya se habría cumplido con la subsanación. Así, la normativa no pretende sancionar únicamente como mecanismo de castigo, sino fomentar que los administrados ajusten su comportamiento a la legalidad, reduciendo así la carga administrativa y el gasto estatal en la imposición de sanciones (2019, pp. 522-523).

A su vez, la doctrina extranjera ha señalado que la subsanación voluntaria introduce un enfoque responsable que permite comprender de mejor manera las nuevas regulaciones en el Derecho, dejando atrás la concepción tradicional del *ius puniendi* exclusivo del Estado. Este desarrollo busca garantizar que quienes enfrentan una contravención administrativa cuenten con protecciones equivalentes, estableciendo que tanto la sanción administrativa como la penal deben aplicarse como último recurso (última *ratio*), lo que restringe o condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los órganos administrativos estatales (Rojas, Ferrada y Méndez, 2021, p. 98).

Ahora bien, para tener un correcto entendimiento de la figura de la subsanación voluntaria, es necesario identificar el interés público que se busca alcanzar con la misma, ello considerando que el TUO de la LPAG prevé en su numeral 8 del artículo 86 que es deber de la administración pública el interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.

Siendo ello así, toda vez que la subsanación voluntaria implica que el Estado se debe abstener de imponer una sanción al administrado ante la comisión de una presunta infracción, en consecuencia, es lógico deducir que para entender esta institución resulta necesario recurrir a analizar la finalidad de la sanción administrativa.

Según la doctrina, hay dos fines que persigue la sanción administrativa: el fin represivo y el fin preventivo. La primera está referida a castigar a quien incurre en una conducta infractora; mientras que la segunda indica que la sanción no solo busca castigar o reprimir a quien incurre en una conducta prohibida, sino que busca prevenir que el sujeto infractor y terceros agentes del mercado incurran en dicha conducta (Huergo, 2007, p. 225; Muñoz, 2005, p. 1368).

Aplicando este razonamiento a nuestro ordenamiento, la subsanación voluntaria tiene como pro-

pósito incentivar que los infractores ejerzan auto-control y corrijan su conducta de manera espontánea, sin necesidad de activar el aparato estatal ni generar los costos que ello implica.

Por lo tanto, se desprende que con la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1272, el legislador ha priorizado el objetivo preventivo de la sanción sobre su función punitiva. Al reconocer la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, ha enfatizado que la restauración de la legalidad es un propósito superior al mero castigo del infractor, dejando atrás el fin represivo de la sanción.

Sobre la base de lo anterior, se colige válidamente que la razón de ser de la subsanación voluntaria como figura jurídica que permite eximir de responsabilidad al administrado tiene como sustento que nuestro ordenamiento ha establecido que la finalidad de la actividad de fiscalización es promover el cumplimiento normativo y tutelar los bienes jurídicos protegidos.

En esa línea y de cara a comprender mejor la importancia de la subsanación voluntaria, existe un análisis valioso en la doctrina en virtud del cual es importante establecer una relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador (Huapaya, Sánchez y Alejos, 2018).

Así, siguiendo esta opinión doctrinaria, resulta necesario recurrir al derecho penal cuando se requiere de la aplicación de determinadas garantías que resultan esenciales para tutelar la **libertad humana** (Prieto, 1982, p. 114) [el énfasis es nuestro]. Dada la importancia de esto, los profesores Rebollo y Izquierdo han definido con certeza a la infracción administrativa como una “acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la que la ley prevé la imposición de una sanción por una autoridad administrativa” (2016, p. 211).

Es decir, tanto los delitos como las infracciones deben ser conductas que tengan las siguientes características: típicas (que esté debidamente contemplada en la norma como una infracción), antijurídicas (que contravenga el ordenamiento jurídico), culpable (el sujeto que realizó la infracción debe ser plenamente identificable) y punible (necesidad de pena por factores o criterios políticos-legislativos).

La tesis que busca encontrar los fundamentos del derecho administrativo sancionador en el derecho penal permite interpretar *a contrario sensu* que toda infracción administrativa no será punible en tanto la conducta infractora carezca de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

Justamente los eximentes de responsabilidad del TUO de la LPAG encuentran su sustento en que la conducta infractora carece de uno de estos elementos. Para el caso que nos concierne, la subsanación voluntaria encuentra su sustento en que la conducta del administrado deja de ser punible.

Ello, puesto que, en estricto, se está ante una conducta típica, antijurídica y culpable. Empero, por razones extralegales vinculadas con la política legislativa señalada precedentemente, deja de ser punible por el enfoque de fiscalización adoptado en el TUO de la LPAG que es —justamente— de cumplimiento normativo y gestión de riesgos.

En consecuencia, el fundamento de la subsanación radica evidentemente en que nuestro legislador ha optado por una visión preventiva de la sanción administrativa. Por tanto, la corrección de la conducta antes de la notificación de la imputación de cargos hace que la conducta carezca de punibilidad y, por ende, se exima de responsabilidad.

Sobre la base de lo anterior, somos de la consideración que el término ‘subsanación voluntaria’ se debe interpretar disgregando los términos que conforman su supuesto de hecho, en concordancia de las consideraciones mencionadas.

En primer lugar, el término ‘subsanación’ debe entenderse como la acción material y jurídica, mediante la cual el administrado corrige la conducta u omisión que se le imputa como infracción administrativa. Esta subsanación supone la restauración del estado de legalidad, con lo cual se satisface la finalidad preventiva y correctiva de la potestad sancionadora. Vale decir, basta con acreditar el cumplimiento normativo.

En segundo lugar, el término ‘voluntaria’ debe ser interpretado en consonancia con el enfoque de fiscalización previsto en el artículo 239 del TUO de la LPAG, el cual prioriza la promoción del cumplimiento normativo por sobre una lógica meramente represiva. Así, la voluntariedad no puede entenderse como ausencia absoluta de intervención de la autoridad —pues su presencia y órdenes siempre permanecerá—, sino más bien como la existencia de una conducta espontánea del administrado para adecuar su actuar al cumplimiento normativo antes de la imputación de cargos.

Cabe precisar que toda interpretación jurídica debe realizarse de manera sistemática con las disposiciones que iluminan el ordenamiento jurídico, y no de manera aislada.

Finalmente, consideramos oportuno precisar que este enfoque preventivo y correctivo de fiscalización, así como su vinculación con la subsanación

voluntaria, encuentra también su sustento en el llamado y cada vez más conocido ‘Análisis Económico del Derecho’ (en adelante, AED).

Como ha señalado acertadamente Bullard, el AED emplea conceptos de la microeconomía y la teoría de la racionalidad individual, entre otros enfoques, con el objetivo principal de evaluar la eficiencia a través del análisis costo-beneficio. Este enfoque busca comprender los motivos que llevan a las personas a adoptar determinadas conductas en función de los incentivos existentes, permitiendo así determinar si las normas jurídicas contribuyen efectivamente a la eficiencia en su aplicación (2019, p. 27).

Cabe precisar que con ‘costo-beneficio’ no necesariamente se habla del dinero, sino también de aquellos motores que mueven la conducta humana, como el bienestar y malestar. Por ende, el AED analiza las normas en base a su consecuencia social en la práctica para determinar si la misma es eficiente o no.

Bajo estas premisas, la razón del cambio de paradigma del enfoque de fiscalización a uno que prioriza un enfoque preventivo y correctivo encuentra su sustento también desde el AED: lo que prioriza ahora el legislador es, por un lado, que los administrados adecúen su actuar al ordenamiento jurídico e internalicen voluntariamente su costo; y, por otro lado, que la propia administración no malgaste recursos en sancionar presuntas conductas que ya se adecuaron al marco normativo vigente.

En efecto, si nuestro ordenamiento permite que un administrado se exima de la imposición de una sanción por adecuar su actuar al ordenamiento, entonces la conducta humana que se promueve en los administrados es que cumplan con las normas vigentes, pues obtendrán como beneficio liberarse de un futuro procedimiento administrativo sancionador (que pudiese sancionarlos con una multa mucho mayor al costo incurrido por corregir su conducta).

Por su lado, la administración pública también obtendrá diversos beneficios, tales como (i) el ahorro de recursos al no tener que invertir presupuesto en iniciar y proseguir con ciertos procedimientos sancionadores en los que haya operado la subsanación voluntaria; (ii) la posibilidad de enfocar su atención en fiscalizar y sancionar otro tipo de incumplimientos; (iii) la materialización de su deber legal de promover el cumplimiento normativo por parte de los administrados, entre otras.

En consecuencia, el enfoque de fiscalización actual del TUO de la LPAG y su vinculación con la subsana-

ción voluntaria, encuentran también su sustento en el AED, en la medida que tanto el administrado como la administración pública obtengan un mayor beneficio al promover y cumplir con la normativa vigente.

IV. SOBRE LA ACTIVIDAD DE FISCALIZACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

Conforme ha sido indicado previamente, la actividad de fiscalización es *per se* transectorial a cualquier entidad a la que se haya atribuido estas facultades, ya sea por Ley o Decreto Legislativo⁸. En efecto, diversas entidades administrativas ejercen actividad de fiscalización en el marco de sus competencias, como puede ser el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) en materia de seguridad minera, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) en materia de servicios de telecomunicaciones, la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA) en materia de protección de los recursos hídricos, entre otros.

En el presente artículo, nos enfocaremos en la actividad de fiscalización en materia ambiental, en específico, de aquella realizada por su ente rector: el Oefa. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, se creó al Oefa como organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponda. De acuerdo con dicha disposición, dentro de las funciones básicas del Oefa están (i) dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental, y (ii) ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias.

Posteriormente, el 5 de marzo de 2009 se publicó la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Ley del SINEFA), que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

En la Ley del SINEFA se atribuye al Oefa como ente rector a cargo de dicho sistema⁹, y, a su vez, se designan diversas funciones al Oefa, dentro de las cuales se encuentra la función fiscalizadora y sancionadora, la cual comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, entre otras fuentes de obligaciones ambientales.

Asimismo, se le asignó la función supervisora directa que comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados.

De lo anterior se colige que al Oefa se le ha atribuido la función de supervisar, fiscalizar y –de ser el caso– sancionar a los administrados para verificar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales. Siendo ello así, si bien el derecho ambiental tiene sus propias características y regulación sectorial, no es menos cierto que la actividad de fiscalización se encuentra también contemplada en el artículo 239 del TUO de la LPAG, razón por la cual el enfoque de promoción del cumplimiento normativo, de gestión de los riesgos y de tutela los bienes jurídicos protegidos son plenamente extensibles al actuar del Oefa.

Como es de bien recordar, el artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG prevé en su numeral 2 que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la citada norma.

Por ende, la regulación ambiental, por más que tenga una normativa sectorial dispersa y específica, se sigue circunscribiendo a los parámetros de derechos mínimos contemplados en el TUO de la LPAG como norma rectora en materia de actuación administrativa.

En efecto, de los más grandes retos que pueda encarar los sistemas jurídicos –como el peruano–, es la estrategia legal que permita materializar el llamado *enforcement* de una norma o regulación sectorial como lo es la ambiental. El

⁸ Artículo 239 del TUO de la LPAG.- Definición de la actividad de fiscalización

[...] Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades [...]

⁹ Artículo 1 de la Ley del SINEFA.- Objeto de la Ley:

La presente Ley tiene por objeto crear el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el cual está a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - Oefa como ente rector.

*enforcement*¹⁰ es una palabra del inglés que se refiere a la correcta implementación del proceso para garantizar el cumplimiento de leyes, regulaciones, normas, estándares y normas sociales.

Si bien hay diversas teorías para lograr el *enforcement*, en el presente artículo nos enfocaremos en la teoría del *compliance*, la misma que indica que los seres humanos no son simples calculadores amorales que buscan beneficios, sino que en ocasiones cometen transgresiones debido a factores tan diversos como la falta de claridad en las fórmulas normativas o la imposición de exigencias incoherentes con sus posibilidades reales de cumplimiento (Gamarra, 2019, p. 108).

La variante más conocida del *compliance* es aquella desarrollada por Ayres y Braithwaite: la denominada *responsive regulation*. Esta teoría¹¹ sostiene que la colaboración entre el estado regulador y los agentes regulados, sumada a la adopción de ideas creativas, proporciona resultados eficientes para el cumplimiento, pero siempre que se adopten medidas adecuadas de persuasión y castigo (esto último como una alternativa posterior) en función de las respuestas de los regulados. Este enfoque tiene una íntima vinculación con el AED, en tanto parte de un análisis costo-beneficio que debe realizar la administración pública para mejorar su *enforcement*.

Como muy bien sostienen estos autores, el *responsive regulation* se fundamenta en que “cuantas más sanciones puedan mantenerse en segundo plano y más regulación pueda llevarse a cabo a través de la persuasión moral, más efectiva será la regulación”¹² (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 19) [traducción libre]. En efecto, el castigo es caro; la persuasión, barata. Por lo tanto, una estrategia basada principalmente en el castigo derrocha en

litigios, recursos que podrían ser gastados en monitorear y persuadir¹³ (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 19) [traducción libre] —en este caso específico— a los administrados.

Cabe precisar que la corriente del *responsive regulation* no es ajena en lo absoluto al Perú. Así, en el año 2016 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) publicó el informe *Regulatory Policy in Peru: Assembling the Framework for Regulatory Quality*¹⁴. Este informe contiene un capítulo específico dedicado al *enforcement* de la regulación en Perú, que arroja entre sus recomendaciones que el *enforcement* de los organismos debe estar basado en el *responsive regulation*.

Tal como se indicó en el Informe de la OCDE, la ejecución y las inspecciones en Perú, en general, no están enfocadas en el riesgo, ni basadas en la integración de información o en los principios del *responsive regulation*. En su lugar, se basan en un enfoque más tradicional de verificación de todos los requisitos legales, sin considerar los riesgos involucrados, las circunstancias específicas o el historial de cumplimiento de los sujetos supervisados (2016, p. 138) [traducción libre]¹⁵.

Por lo tanto, toda entidad administrativa como lo es el Oefa en materia de fiscalización ambiental, debe tener como premisa todo lo desarrollado a este punto respecto de la razón de ser de la actividad de fiscalización (enfoque preventivo y correctivo), y optar por el *responsive regulation* como parte del *enforcement* ambiental.

Habiendo dilucidado lo anterior, *prima facie* la regulación ambiental pareciera también ir de acuerdo con los objetivos del TUO de la LPAG vinculados con la finalidad de la actividad de fiscalización y su

¹⁰ Según Oxford Languages, el *enforcement* se define como “the act of compelling observance of or compliance with a law, rule, or obligation”.

¹¹ En el libro *Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate*, Ayres y Braithwaite sostienen lo siguiente:

Good policy analysis is not about choosing between the free market and government regulation. Nor is it simply deciding what the law should proscribe. If we accept that sound policy analysis is about understanding private regulation—by industry associations, by firms, by peers, and by individual consciences—and how it is interdependent with state regulation, then interesting possibilities open up to steer the mix of private and public regulation. It is this mix, this interplay, that works to assist or impede solution of the policy problem. (1992, p. 3)

¹² Texto original: “[...] the more sanctions can be kept in the background, the more regulation can be transacted through moral suasion, the more effective regulation will be” (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 19).

¹³ Texto original: “Punishment is expensive; persuasion is cheap. A strategy based mostly on punishment wastes resources on litigation that would be better spent on monitoring and persuasion” (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 19).

¹⁴ Véase a Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

¹⁵ Texto original:

As the foregoing suggests, enforcement and inspections in Peru are not in general risk-focused (see Principle 3), based on information integration (see Principle 8) or on “responsive regulation” principles (see Principle 4). They rather rely on the more traditional approach of checking all legal requirements without regard to the risks involved, the specific circumstances, or the historic compliance record of those being monitored. (OECD, 2016, p. 138)

relación con la subsanación voluntaria (esto es, el *enforcement* ambiental).

Por ejemplo, el actual Reglamento de Supervisión del Oefa, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD (en adelante, Reglamento de Supervisión), indica en su artículo 3 que la función de supervisión tiene por finalidad —entre otras— promover la subsanación voluntaria de los incumplimientos de dichas obligaciones.

Empero, de una lectura más cercana de las disposiciones sectoriales en materia ambiental y de su propia aplicación por parte de los órganos resolutivos del Oefa (que se detallará más adelante), se puede advertir que la subsanación voluntaria tiene ciertas limitaciones tanto legales como en la práctica.

Así, la Ley del SINEFA¹⁶ prevé que la función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales; sin embargo, condiciona a dicho eximente a que la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud.

Por su lado, el Reglamento de Supervisión prevé en su numeral 20.2 del artículo 20 que los requerimientos efectuados por la Autoridad de Supervisión o el supervisor mediante los cuales disponga una actuación vinculada al incumplimiento de una obligación acarrear la pérdida del carácter voluntario de la subsanación.

Para esos efectos, el Reglamento de Supervisión prevé un supuesto de excepción donde indica que, en caso la subsanación deje de ser voluntaria antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, pero el incumplimiento califique como riesgo ambiental leve; entonces, la autoridad de supervisión puede disponer el archivo del expediente en ese extremo.

Sobre el particular y como fuera indicado en apartados previos, la actividad de fiscalización y la razón de ser de la subsanación voluntaria están íntimamente vinculadas, pues con ambas se busca promover el cumplimiento normativo por parte de los administrados fiscalizados.

Esto parte de la premisa de que el legislador ha priorizado el objetivo preventivo de la fiscalización sobre su función punitiva, y he ahí la razón de que por razones político-criminales la subsanación im-

plique la pérdida de la punibilidad de la acción u omisión que —en cualquier otro contexto— calificaría como un ilícito administrativo.

Empero, a pesar de que el TUO de la LPAG tenga el enfoque mencionado a raíz de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1272, la normativa ambiental sectorial termina limitando la aplicación de la subsanación voluntaria.

Como desarrollaremos más adelante, esto deviene en un problema que —desafortunadamente— ha sido validado por los propios órganos resolutivos del Oefa en el trámite de procedimientos administrativos sancionadores, quienes en muchos casos terminan inaplicando la figura de la subsanación voluntaria, so pretexto que la misma ha ‘perdido el carácter de voluntario’.

V. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA EN EL OEFA

Tal como se indicó, de acuerdo con el Reglamento de Supervisión, la subsanación de la conducta puede perder el carácter de voluntario ante los requerimientos efectuados por la autoridad de supervisión o el supervisor. Al respecto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿de cara a un primer punto de partida del análisis: ¿Todo requerimiento efectuado por la autoridad de supervisión del Oefa acarrea la pérdida de voluntariedad de la corrección?

Según la actual línea argumentativa trazada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA), para que un requerimiento acarree la pérdida de voluntariedad, debe tener ciertos requisitos. Esta línea inició desde hace varios años atrás, donde dentro de estos pronunciamientos primigenios se encuentra aquel contenido en la Resolución 077-2018-OEFA/TFA-SMEPIM de fecha 27 de marzo de 2018, en virtud del cual el TFA argumentó¹⁷ que, para que un requerimiento de la autoridad de supervisión acarree la pérdida de voluntariedad, debe contener lo siguiente:

- a) Un plazo determinado para su ejecución, dado que dicha solicitud es presentada dentro del marco de la fiscalización.
- b) La condición del cumplimiento, la cual deberá estar relacionada directamente con las observaciones detectadas durante la supervisión, vale decir, la manera de cumplimiento de las obligaciones ambientales, lo cual garantizará que lo acreditado por el admi-

¹⁶ Véase a Ley SINEFA, artículo 11.

¹⁷ Véase a Resolución 077-2018-OEFA/TFA-SMEPIM, numeral 49.

nistrado resulte acorde con lo requerido por la administración.

- c) La forma en la cual debe ser cumplida, es decir, el medio idóneo para que el administrado pueda remitir la información solicitada y la misma pueda ser evaluada por la autoridad competente. Para estos efectos el administrado deberá presentar, además, medios probatorios idóneos que permitan corroborar lo acreditado como es el caso de fotografías georreferenciadas y fechadas, reportes de monitoreo, informes técnicos, entre otros.

Para el TFA¹⁸, en caso no se cumpla con el plazo, condición o forma descrita previamente, entonces no se acarrearía la pérdida del carácter voluntario¹⁹ y, en consecuencia, sería de aplicabilidad el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. Si bien este criterio del TFA brinda ciertos parámetros para limitar la discrecionalidad de los requerimientos que puedan ser considerados como válidos. Ello, de igual manera, no exige que existan problemas en la práctica cuando la autoridad supervisora sí cumple con el plazo, condición y forma en su requerimiento.

Un ejemplo de lo descrito en el párrafo precedente se puede encontrar en la Resolución 240-2023-OEFA/TFA-SE de fecha 23 de mayo de 2023. En esta resolución, el TFA analiza un caso de un administrado del subsector electricidad, donde el hecho imputado estaba vinculado con que la zona de su almacén temporal no tiene una superficie impermeabilizada ni sistema de contención.

En principio, esta conducta es subsanable, puesto que se trata de una infracción permanente, toda vez que la voluntad infractora se mantiene a lo largo del tiempo, esto es, la situación antijurídica persiste y la infracción sigue consumándose (Baca, 2016, pp. 39-40). Así, el administrado pudo haber acreditado la subsanación de la conducta haciendo la acción contraria: implementando una superficie impermeabilizada y un sistema de contención.

No obstante, el TFA al analizar el elemento de la voluntariedad de la subsanación, advierte que en el Acta de Supervisión había un requerimiento

de subsanación válido (entiéndase, con plazo, condición y forma), por lo que habría perdido la voluntariedad, desapareciendo así la espontaneidad y la posibilidad de acogerse a la eximente de responsabilidad.

En suma, el entendimiento de la subsanación voluntaria en el Oefa se puede resumir en los siguientes tres supuestos:

1. Cuando no media ningún tipo de requerimiento por parte de la autoridad de supervisión, entonces no hay limitación de la subsanación voluntaria. En este supuesto, es posible acogerse a la eximente de responsabilidad.
2. Cuando media un requerimiento inválido por parte de la autoridad de supervisión (sin plazo, condición o forma), entonces no hay limitación de la subsanación voluntaria. En este supuesto, es posible acogerse a la eximente de responsabilidad.
3. Cuando media un requerimiento válido por parte de la autoridad de supervisión (con plazo, condición y forma), entonces sí hay limitación de la subsanación voluntaria. En este supuesto, solo es posible acogerse a la eximente de responsabilidad si es que el incumplimiento califica como leve, tal como lo prevé el numeral 20.3 del artículo 20 del Reglamento de Supervisión²⁰.

Ahora bien, como un punto adicional que hemos advertido a través de la práctica, es que las autoridades de supervisión del Oefa están implementando lo que denominan 'Actas de Compromiso', cuya implementación a la fecha no tiene una base legal expresa. Estas actas son firmadas tanto por el administrado como por el Oefa, y establecen las actividades que el primero se compromete a realizar, dentro de un plazo establecido y con una forma y plazo de acreditación.

Es decir, a través de estas Actas de Compromiso, el Oefa termina cumpliendo con las 3 condiciones para enervar la voluntariedad de la conducta, entendiéndose, un plazo, condición y forma de cumpli-

¹⁸ También se puede evidenciar este criterio en diversos pronunciamientos, véase a la Resolución 106-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 04 de mayo de 2018, la Resolución 237-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 22 de agosto de 2018, la Resolución 287-2019-OEFA/TFASMEPIM del 11 de junio de 2019, la Resolución 031-2020-OEFA/TFA-SMEPIM del 21 de enero de 2020, o la Resolución 270-2021-OEFA/TFA-SE del 26 de agosto de 2021.

¹⁹ Véase a Resolución 167-2022-OEFA/TFA-SE, numeral 64.

²⁰ Artículo 20 del Reglamento de Supervisión.- Subsanación y clasificación de los incumplimientos

[...] 20.3. En el caso que la subsanación deje de ser voluntaria antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador y el incumplimiento califique como leve, la autoridad de supervisión puede disponer el archivo del expediente en este extremo.

miento. Si bien estas tienen como finalidad llegar a acuerdos entre el administrado y la autoridad a fin de que se dicten medidas administrativas, en el fondo termina impidiendo que el primero se pueda acoger a la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria y, por ende, de la posibilidad de eximirse de una sanción.

Dichas actas —a la fecha— carecen de base legal alguna. En efecto, en ninguna parte de la Ley del SINEFA o del Reglamento de Supervisión se puede apreciar expresamente la facultad del Oefa de suscribir las mismas.

De hecho, la regulación de estas actas y su razón de ser, recientemente se ha podido dilucidar a través de la publicación del proyecto de Resolución del Consejo Directivo que aprobaría el nuevo Reglamento de Supervisión, publicado a través de la Resolución del Consejo Directivo 00005-2025-OEFA/CD el 22 de febrero de 2025 en el Diario Oficial El Peruano (en adelante, Proyecto de nuevo Reglamento de Supervisión). Si bien este es un proyecto normativo y, por ende, carece de fuerza legal; de igual manera sirve como insumo para comprender la figura de las actas de compromiso que se vienen suscribiendo en la práctica.

Así, en el artículo 29 del Proyecto de nuevo Reglamento de Supervisión, se indica que la autoridad de supervisión, previo al dictado de una medida administrativa, puede optar por suscribir un Acta de compromiso con el administrado, en el cual se consigna el compromiso asumido por este, así como el plazo y la forma para su cumplimiento.

Hay dos posibilidades una vez suscrita el acta: que el administrado la cumpla o la incumpla. Si es la primera posibilidad, no correspondería el dictado de medida administrativa ni la recomendación de inicio de procedimiento administrativo sancionador por el hecho que motivó la suscripción del acta de compromiso. Si es la segunda posibilidad, se ordenaría la medida administrativa, en caso corresponda, y el administrado no podrá asumir nuevos compromisos de cumplimiento durante los próximos cuatro años.

El Proyecto de nuevo Reglamento de Supervisión no indica si en caso de incumplimiento se recomendaría el inicio de un procedimiento sancionador por el hecho que motivó la suscripción del acta de compromiso. No obstante, bajo un

análisis a *contrario sensu* y considerando la línea argumentativa del TFA, entendemos que —para el Oefa— se ‘perdería’ la voluntariedad de la conducta, y, por ende, la posibilidad de acogerse a la eximente de responsabilidad.

Conforme desarrollaremos en el siguiente apartado, a juicio de los autores, es flagrantemente ilegal y contrario al TUO de la LPAG, pretender limitar la aplicación de la subsanación voluntaria a través de un requerimiento unilateral de la propia entidad fiscalizadora.

Sobre este punto, recientemente pareciera que el Oefa se ha percatado de que la limitación de a subsanación voluntaria tal como está prescrito en su Reglamento de Supervisión termina generando un bajo nivel de cumplimiento normativo en los administrados. En efecto, en la exposición de motivos²¹ del Proyecto de nuevo Reglamento de Supervisión, se indica que durante el periodo 2019-2023 donde se supervisó un total de 29 501 obligaciones ambientales, solo 6% de los incumplimientos fueron subsanados. De estos, el 93% correspondió a incumplimientos de riesgo leve y el 7% a incumplimientos de riesgo trascendente, evidenciando una notable disparidad con respecto a los incumplimientos no subsanables, cuyo número se incrementó aceleradamente en el periodo 2021-2023, con una tasa de crecimiento promedio anual de 111%²².

Así, con este Proyecto de nuevo Reglamento de Supervisión, el propio Oefa busca cambiar de paradigma sobre la interpretación de la subsanación voluntaria, y optar por definir a este eximente por simplemente el límite temporal del TUO de la LPAG (entiéndase, hasta antes de la imputación de cargos) y así fomentar que el administrado alinee su conducta al cumplimiento de manera temprana²³.

VI. APLICACIÓN DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA EN DIVERSAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

La aplicación de la figura de la subsanación voluntaria no es uniforme a lo largo de las diversas entidades administrativas en nuestro país. A pesar de que este eximente está regulado en el TUO de la LPAG y tenga como premisa un enfoque preventivo de la actividad de fiscalización, jurisprudencialmente no hay un criterio uniforme en la aplicación de esta figura en la práctica.

²¹ Véase a Proyecto de Reglamento de Supervisión: Exposición de Motivos (2024).

²² Véase a Proyecto de Reglamento de Supervisión: Exposición de Motivos (2025, p. 6).

²³ Véase a Proyecto de Reglamento de Supervisión: Exposición de Motivos (2025, p. 32).

Por su lado, el Osinergmin si bien no es común que limite la subsanación voluntaria a través de requerimientos de corrección como lo realiza el Oefa, de igual manera tiene una interpretación restrictiva de esta figura en ciertos supuestos. Así, cualquier conducta que en cualquier otro contexto podría ser subsanable, dejaría de serlo si estamos, por ejemplo, frente a infracciones relacionadas con un evento mortal. Por ende, si el trabajador falleció, entonces no se podrían –bajo su entendimiento– revertir los efectos de la conducta infractora y, por lo tanto, implicaría la imposibilidad de acogerse a este eximente.

Por ejemplo, en la Resolución 98-2024-OS/TASTEM-S2 de fecha 20 de junio de 2024, el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería (en adelante, TASTEM) en calidad de máximo órgano resolutorio del Osinergmin, al analizar un caso vinculado con un accidente mortal, determinó que no es posible revertir los efectos de los incumplimientos, puesto que la propia realidad es la que determina la existencia de casos en los cuales ya no es posible la subsanación.

Otro ejemplo se encuentra en la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera 737-2025 de fecha 17 de febrero de 2025 (en este caso, resolución de primera instancia), en la cual se determinó que una infracción vinculada con no proteger una chimenea devendría en insubsanable al estar vinculada con un accidente mortal. Así, la primera instancia textualmente indicó lo siguiente:

[...] el incumplimiento materia de imputación se relaciona con las circunstancias del accidente mortal lo que conlleva una trasgresión en la que no cabe admitir el supuesto de subsanación voluntaria y eximente de responsabilidad, ya que ello supondría atentar contra la finalidad del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional²⁴.

El criterio del Osinergmin se puede sintetizar, en buena cuenta, en que al haber fallecido un trabajador producto de la infracción del administrado, entonces no se podría corregir los efectos porque es materialmente imposible traer a la vida al trabajador fallecido.

Empero, esta interpretación implica una confusión de la causa con los efectos. La subsanación de una conducta se da con el cumplimiento normativo de la norma que se atribuye como infringida. Por lo

tanto, la corrección se da sobre la causa del ilícito, pues una vez acreditado esto se puede colegir que el administrado ha adecuado su conducta a la norma sustantiva presuntamente infringida.

Por otro lado, el Osiptel también tiene una concepción restringida de la subsanación voluntaria en cuanto al cese de los efectos de la conducta infractora. A manera de ejemplificación, en la Resolución del Tribunal de Apelaciones 00028-2024-TA/Osiptel de fecha 18 de agosto de 2024, la máxima instancia resolutoria del Osiptel determinó que la conducta infractora referida a incumplir con soluciones anticipadas de reclamos no es pasible de la reversión de sus efectos.

Así, el Osiptel consideró que no resulta aplicable la subsanación voluntaria, al no haberse acreditado el cese de la conducta infractora en la totalidad de los casos y considerando que los casos analizados –en su mayoría– versan sobre materias vinculadas con aspectos que afectan la prestación del servicio, entonces bajo su criterio no es posible aplicar la reversión de los efectos de la conducta infractora.

Otro caso curioso es aquel vinculado con los criterios de subsanación que maneja la normativa del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (en adelante, OSINFOR) para ciertas infracciones.

Esta entidad tiene un Reglamento de Infracciones y Sanciones en Materia Forestal y de Fauna Silvestre aprobado por Decreto Supremo 007-2021-MI-DAGRI; y en su Anexo 1 han determinado que las infracciones vinculadas con no entregar o presentar información o documentación en el plazo previsto o cuando la autoridad lo requiera, puede ser subsanable si se cumple con entregar la misma. Incluso, esto lo promueven a través de una cartilla informativa²⁵.

Lo curioso es que este tipo de infracciones vinculadas con no entregar información oportunamente (sea por mandato legal o por requerimiento de la autoridad), en la mayoría de las entidades administrativas se consideran como ‘insubsanable’, habida cuenta de que nos encontramos frente a una infracción instantánea. En efecto, si este caso fuera analizado por el Oefa, sin duda alguna, el hecho de remitir la documentación así sea de manera extemporánea, calificaría como infracción no pasible de subsanación. Un caso como

²⁴ Véase a Resolución de Gerencia de Supervisión Minera 737-2025 (2025, p. 18).

²⁵ Véase a Cartilla sobre subsanación voluntaria (2022).

este se encuentra recogido en la Resolución 020-2023-OEFA/TFA-SE de fecha 10 de enero de 2023, donde el TFA indica²⁶ que presentar extemporáneamente los informes de monitoreo, no podría calificar como una subsanación, puesto que no cumplir con el plazo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental es suficiente para agotar la conducta infractora.

En suma, a pesar de que el TUO de la LPAG sea aplicable para cualquier entidad administrativa, a pesar de que la actuación punitiva del Estado (el *ius puniendi*) sea una misma y de que el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria sea aplicable transversalmente en todo procedimiento sancionador, en la práctica cada órgano resolutorio ha interpretado dicha figura jurídica según sus criterios propios y las normas sectoriales que se tienen.

En consecuencia, no hay un criterio uniformizado a nivel jurisprudencial sobre cómo se debe entender y aplicar la subsanación voluntaria, sino que mucho dependerá de los criterios internos que tenga cada máximo órgano resolutorio de cada entidad y la normativa sectorial que se tenga aprobada.

VII. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA SUBSANACIÓN Y SU LIMITACIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

De antemano a realizar el análisis de nuestra opinión, consideramos oportuno recapitular las siguientes premisas que se desarrollaron al inicio del presente artículo:

- La actividad de fiscalización tiene como premisa (i) la promoción del cumplimiento normativo, (ii) la gestión de riesgos, y (iii) la tutela de los bienes jurídicos protegidos.
- Este enfoque de fiscalización se materializa cuando la administración pública –durante la fiscalización– busca promover una corrección de algún presunto incumplimiento por parte del administrado.
- La subsanación voluntaria está íntimamente ligada a los objetivos de la actividad de fiscalización. En efecto, nuestro ordenamiento ha priorizado el objetivo preventivo de la sanción sobre su función punitiva, por lo que se debe premiar al administrado que adecúe su actuar al ordenamiento jurídico, a través de la posibilidad de acogerse a la eximente de responsabilidad.

- Para el caso específico de la eximente por subsanación voluntaria, la conducta habría dejado de ser punible, dado que por razones extralegales vinculadas con la política legislativa se ha priorizado el cumplimiento normativo y gestión de riesgo (en línea con el enfoque de fiscalización del artículo 239 del TUO de la LPAG).

Sobre la base de lo anterior y enfocándonos en la interpretación realizada por el Oefa, es evidente que un requerimiento unilateral de la administración pública no puede –en lo absoluto– ser sustento para deslegitimar o inaplicar la figura de la subsanación voluntaria, a partir de lo siguiente:

- a) Si la actividad de fiscalización del Oefa debe tener como finalidad (i) la promoción del cumplimiento normativo, (ii) la gestión de riesgos, y (iii) la tutela de los bienes jurídicos protegidos (que en este caso es el medio ambiente); entonces no resulta coherente que la autoridad de supervisión busque realizar requerimientos válidos –bajo el criterio del TFA– para impedir que el administrado se acoja a la eximente por subsanación voluntaria.

Así, el propio TUO de la LPAG en ningún extremo establece la posibilidad de que se pueda ‘enervar’ la voluntariedad de la subsanación. De hecho, el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, lo único que hace es regular este eximente, mas no desarrolla ni contempla la posibilidad de su inaplicación.

Pretender que existe la posibilidad de ‘enervar’ la voluntariedad (como a través de un requerimiento válido), es una contravención al numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG, pues se estarían imponiendo condiciones menos favorables a través de un procedimiento especial (el Reglamento de Supervisión).

Lo anterior, aparte de atentar contra las disposiciones del TUO de la LPAG, es también una contradicción intrínseca a la razón de ser del Oefa y los objetivos que –como ente rector del SINEFA– debe velar por cumplir. Como fue indicado, el artículo 3 del Reglamento de Supervisión indica que la función de supervisión tiene por finalidad “promover la subsanación voluntaria de los incumplimientos de dichas obligaciones”.

²⁶ Véase a Resolución 020-2023-OEFA/TFA-SE, numerales 47-49.

- b) Empero, ¿cómo se puede promover la subsanación voluntaria si, a la vez, la misma autoridad supervisora impedirá que me pueda acoger a dicho eximente? Cabe recalcar que, si bien el TFA ha trazado ciertos lineamientos sobre cómo debe ser un requerimiento de corrección válido, ello no es óbice para que la autoridad de supervisión incluya en su requerimiento un plazo, forma y condición en cualquier situación que lo considere pertinente, considerando que realizar dicho ejercicio no es, en lo absoluto, algo complicado.

A manera de ejemplo, si la autoridad de supervisión advierte que un administrado ha almacenado de manera inadecuada sus residuos sólidos, podría fácilmente indicar en el acta de supervisión que (i) cumpla con almacenar sus residuos sólidos de acuerdo a la Norma Técnica Peruana vigente (condición de cumplimiento), (ii) que, para efectos de acreditar ello, remita fotografías o videos fechados y georreferenciados que evidencien el adecuado almacenamiento, sustentado en un informe técnico a través de la mesa de partes virtual (forma de cumplimiento), y (iii) en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles de suscrita el Acta correspondiente (plazo de cumplimiento).

Del ejemplo anterior se colige que es un ejercicio muy simple poder cumplir con las tres condiciones que exige el TFA. Esto, a nuestro juicio, resulta un criterio muy peligroso, pues en la práctica (y como viene ocurriendo actualmente), se estaría volviendo en 'insubsanable' cualquier infracción que es —en principio— 'subsancable'. Ello a través de una decisión unilateral de la administración pública sobre la cual el administrado no tiene poder alguno.

- c) Cabe acotar que si bien en la doctrina existe un debate de si todas las infracciones son subsanables o no, es importante mencionar que esta discusión suele radicar en la naturaleza propia de la infracción (instantánea o permanente). Así, hay una diferencia sustancial entre dicha discusión y aquella problemática presentada en el presente artículo.

En efecto, debatir si es posible subsanar una conducta por la naturaleza de la infracción implica un análisis consustancial del ilícito y su posibilidad de corrección (factor que no depende de ningún particular ni de la voluntad de nadie), mientras que debatir si se puede 'enervar' la voluntariedad implica un análisis de cara a la decisión unilateral de la

administración pública (factor que depende única y exclusivamente de la entidad fiscalizadora, y no de la naturaleza del ilícito).

Por ende, no resulta acorde a la actividad de fiscalización ni acorde a la finalidad y razón de ser de la subsanación voluntaria, que la propia autoridad supervisora pueda en cualquier momento impedir que el administrado se acoja a este eximente de responsabilidad. Nuevamente, dicha decisión está en completa esfera de control de la administración, sin que el administrado pueda objetar o cuestionar la 'enervación' de la voluntariedad en caso el requerimiento sea válido (plazo, forma y condición).

- d) También, como fue indicado en apartados previos, esta limitación de la subsanación voluntaria resulta contraria no solo al TUO de la LPAG, sino también al *responsive regulation* que debe guiar el actuar de la administración pública, actuar que ha sido exigido por la propia OCDE.

Así, haciendo nuestra la lógica de los autores Ayres y Braithwaite (1992), promover el castigo derrocha en litigios recursos que podrían ser gastados en monitorear y persuadir a los administrados bajo competencia del Oefa. Un verdadero *enforcement* ambiental tiene como premisa promover verdaderamente la subsanación voluntaria en todos los casos en los que la corrección sea posible.

Siguiendo la línea del AED, la promoción del cumplimiento normativo genera beneficios superiores a los costos, beneficios tanto para los administrados como para la administración pública. Por el lado de los administrados, algunos de los beneficios a citar podrían ser: (i) evitar la imposición de una sanción mayor al costo de las actividades para corregir la conducta; (ii) ser más consciente de que el cumplimiento oportuno de las normas evita futuras sanciones; (iii) no incurriría en gastos de defensa legal en el marco de un futuro procedimiento administrativo sancionador; (iv) enfocar su atención y presupuesto en optar por una política empresarial de prevención de riesgos, entre otros. Mientras que, por el lado de la administración pública —como el Oefa—, los beneficios que obtendría son: (i) el ahorro en no utilizar presupuesto o personal para iniciar y proseguir procedimientos sancionadores donde las conductas se hayan subsanado; (ii) promover el cumplimiento de la normativa ambiental; (iii) se reducen costos en sa-

lud humana puesto que se protege el medio ambiente; (iv) reduce la carga procesal de los procedimientos sancionadores, entre otros.

- e) Consideramos que las autoridades administrativas deben avanzar hacia la implementación de mecanismos concretos que incentiven la adecuación voluntaria a la normativa. Para ello, resulta fundamental abandonar una lógica puramente sancionadora y adoptar herramientas de fiscalización centradas en el cumplimiento. Por ejemplo, podrían diseñarse programas de corrección temprana con reconocimiento normativo expreso o capacitar a los supervisores en criterios de evaluación para que prioricen la restauración de la legalidad.
- f) En consecuencia, lo que debería realizar el Oefa para actuar de manera coherente con las disposiciones del TUO de la LPAG y a la propia finalidad de su Reglamento de Supervisión, es permitir que todo administrado (de cualquier subsector) pueda acogerse a la eximente por subsanación voluntaria, aún si la autoridad supervisora realizó un requerimiento de corrección válido (plazo, forma y condición).

Como lo indica la Ley del SINEFA²⁷, el ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Oefa.

Por ende, la manera idónea de incentivar a los administrados –bajo el ámbito de competencia del Oefa– a que cumplan con sus obligaciones ambientales es justamente permitiéndoles corregir su conducta y acogerse a la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. Este criterio ha sido incluso advertido por el propio Oefa en la exposición de motivos del Proyecto de nuevo Reglamento de Supervisión.

Solo de esta manera el Oefa estaría actuando conforme al TUO de la LPAG y acorde a la propia normativa en materia ambiental, toda vez que (i) estaría priorizando un enfoque de fiscalización de cumplimiento norma-

tivo, (ii) estaría promoviendo la subsanación voluntaria, y (iii) estaría velando y promoviendo la protección del medio ambiente como bien jurídico protegido (pues habría mayor incentivo para los administrados de adecuar su actuar conforme a Derecho).

VIII. CONCLUSIONES

El enfoque moderno y actual de la fiscalización administrativa, establecido en el TUO de la LPAG, busca promover el cumplimiento normativo a través de mecanismos que prioricen la prevención y la corrección de conductas infractoras antes de recurrir a sanciones. En este contexto, la subsanación voluntaria se configura como un eximente de responsabilidad que permite a los administrados adecuar su actuar a la normativa. Sin embargo, su aplicación ha sido objeto de interpretaciones restrictivas por parte de diversas entidades administrativas, tales como el Oefa, lo que ha generado distorsiones en su finalidad y razón de ser.

El análisis realizado evidencia que las limitaciones impuestas a la subsanación voluntaria a través de requerimientos de la autoridad fiscalizadora carecen de sustento normativo en el TUO de la LPAG y contradicen los principios de fiscalización eficiente. Si bien la supervisión ambiental tiene particularidades sectoriales, no puede ni debe desconocer el marco legal que rige la actividad fiscalizadora en general, ni establecer condiciones menos favorables para los administrados mediante normas reglamentarias o prácticas administrativas discrecionales.

Asimismo, el enfoque de fiscalización adoptado por el Oefa, al condicionar la subsanación voluntaria a la inexistencia de requerimientos previos de la autoridad, desincentiva la corrección oportuna de incumplimientos y prioriza un esquema jurídico sancionador sobre uno preventivo. Esta interpretación no solo contradice la finalidad de la fiscalización ambiental, sino que también afecta la eficiencia del *enforcement* regulatorio, al incrementar la carga administrativa de procedimientos sancionadores cuyo inicio podría evitarse.

En consecuencia, es necesario que la interpretación y aplicación de la subsanación voluntaria se realice en estricto cumplimiento del TUO de la LPAG y bajo un enfoque que favorezca la corrección de conductas infractoras.

Un sistema de fiscalización eficiente debe priorizar mecanismos que incentiven la adecuación voluntaria a la normativa, en lugar de restringir su apli-

²⁷ Véase a Ley del SINEFA, artículo 11.

cación mediante criterios que distorsionan su propósito original. Solo así se logrará una fiscalización que no solo garantice la protección de los bienes jurídicos tutelados, sino que también optimice el uso de los recursos públicos y refuerce el cumplimiento normativo de los administrados. ¶

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Ayres, I., y Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford University Press.
- Baca, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. *THĒMIS Revista de Derecho*, (69), 27-43.
- Bullard, A. (2019). *Análisis económico del derecho* (1ra ed.). Fondo Editorial PUCP.
- Chang, J., y Drago, M. (2018). La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Ius et Veritas*, (56), 16-27. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.001>
- Gamarra, S. (2019). De la indulgencia a la condena: La responsive regulation en el régimen de fiscalización ambiental en Perú. *THĒMIS Revista de Derecho*, (74), 107-125. <https://doi.org/10.18800/themis.201802.016>
- Huapaya, R., Sánchez, L. y Alejos, O. (2018). El elemento de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (pp. 581-604). Palestra.
- Huergo, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Iustel.

Morón, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (Tomo 2, 14va ed.). Gaceta Jurídica.

Muñoz, S. (2005). *Diccionario de derecho administrativo* (Vol. 2). Iustel.

Olano, H. (2010). La policía administrativa. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 1(2), 106-116.

Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD] (2016). *Regulatory policy in Peru: Assembling the framework for regulatory quality. OECD Reviews of Regulatory Reform*. <https://doi.org/10.1787/9789264260054-en>

Prieto, L. (1982). La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (4), pp. 99-122.

Rebollo, M., y Izquierdo, M. (2016). Derecho administrativo sancionador: Caracteres generales y garantías materiales. En Rebollo M. & Vera V. (coord[s].), *Derecho administrativo* (Tomo 2), pp. 201-224. Tecnos.

Rodríguez, L. (2007). *Derecho administrativo general y colombiano* (15va ed.). Editorial Temis.

Rojas, C., Ferrada, J., y Méndez, P. (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (34), 97-130. <https://doi.org/10.7764/redae.34.4>

Younes, D. (2007). *Curso de derecho administrativo* (8va ed.). Editorial Temis.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2018, Casación 4165-2017-Lima (Perú).
- Decreto Legislativo 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2008 (Perú).
- Decreto Legislativo 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo general y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 007-2021-MIDAGRI, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Infracciones y Sanciones en Materia Forestal y de Fauna Silvestre, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de abril de 2021 (Perú).

Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de marzo de 2009 (Perú).

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Oefa), 27 de marzo de 2018, Resolución 077-2018-OEFA/TFA-SMEPIM (Perú).

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Oefa), 19 de febrero de 2019, Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD (Perú).

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Oefa), 10 de enero de 2023, Resolución 020-2023-OEFA/TFA-SE (Perú).

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Oefa), 23 de mayo de 2023. Resolución 240-2023-OEFA/TFA-SE (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerghmin), 20 de junio de 2024. Resolución 98-2024-OS/TASTEM-S2 (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerghmin). 17 de febrero de 2025. Resolución 737-2025 (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), 18 de agosto de 2024. Resolución 00028-2024-TA/OSIPTTEL (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de mayo de 2020, sentencia recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (Perú).

REGULACIÓN RESPONSIVA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

RESPONSIVE REGULATION AND PUBLIC PROCUREMENT

Oscar Alejos Guzmán*
CMS Grau

Regulation, understood in a broad sense, encompasses all forms in which the state intervenes in the lives of individuals (through regulations and administrative acts). However, over the years, the approach to regulation has changed, especially regarding regulatory techniques and ways to ensure compliance. In this context, responsive regulation emerges as a paradigm shift that involves regulating according to the context. This shift can have significant implications for the Peruvian public procurement regime, specifically in its sanctioning regime. Under a responsive regulation logic, a response strategy can be promoted that better harmonizes the interests of the state (as contractor and regulator) and the private sector (as contractors).

KEYWORDS: Regulation; responsive regulation; sanctioning law; administrative law; public procurement.

La regulación, entendida en sentido amplio, abarca todas aquellas formas en las que el Estado interviene en la vida de los particulares (mediante reglamentaciones y actos). Sin embargo, a lo largo de los años, ha variado la aproximación que se tiene de la regulación, especialmente en los que se refiere a las técnicas de regulación y a las formas de asegurar su cumplimiento. En dicho escenario surge la regulación responsiva como cambio de paradigma que implica regular conforme al contexto. Dicho cambio puede tener repercusiones importantes en el régimen peruano de contratación pública, específicamente en su régimen sancionador. Bajo una lógica de regulación responsiva, se puede fomentar una estrategia de respuesta que armonice mejor los intereses del Estado (como contratante y regulador) y los privados (como contratistas).

PALABRAS CLAVE: Regulación; regulación responsiva; derecho sancionador; derecho administrativo; contratación pública.

* Abogado. Egresado de la maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado por la Universidad de Piura. Asociado del Área de Derecho Administrativo y Contratación Pública en CMS Grau. Código ORCID: 0000-0002-9485-638. Contacto: oscar.alejos@cms-grau.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THEMIS-Revista de Derecho el 31 de enero de 2025, y aceptado por el mismo el 02 de junio de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo parte de dos premisas fundamentales: (i) la mejor forma de hacer cumplir las normas no es sancionando; y (ii) la sanción no es nunca un fin en sí mismo; por ende, su imposición implica el previo descarte de otras medidas menos gravosas para el ciudadano.

Sobre la base de estas premisas es que se desarrolla el concepto de regulación responsiva, el cual es objeto del presente estudio. Este enfoque regulatorio que, en términos sencillos, puede conceptualizarse como regular y hacer cumplir la regulación de acuerdo al contexto, resulta trascendental hoy en día para comprender cómo debe actuar la administración. En particular, este enfoque es sumamente importante para el derecho administrativo sancionador, especialmente para delimitar sus alcances y límites.

En este contexto, es necesario partir de la distinción entre lo que se puede denominar ‘el ciclo de la norma’ y ‘el ciclo del *enforcement*’. En mi opinión, bastante atención se viene prestando al primer tema, en comparación con la atención dada al segundo. Ello pese a la importancia que amerita.

El ciclo de la norma es, básicamente, el camino que se debe seguir para que una norma sea un producto de calidad. Ahí entran a tallar el análisis de impacto regulatorio, el análisis de calidad regulatoria, el análisis costo-beneficio, etc. Sin duda, una norma que sea un producto de calidad es algo positivo que todos queremos.

Sin embargo, un producto de calidad que no se consume no ha logrado su propósito. De nada sirve un producto de calidad si la gente no lo consume. De nada sirve una norma buena si la gente no la cumple. De ahí que el ciclo del *enforcement* o ciclo del cumplimiento de la norma es igualmente importante.

Lamentablemente, la lógica que ha guiado el ciclo del *enforcement* es muy simplista y de naturaleza exclusivamente represiva. Bajo la lógica del comando-control, se ha interpretado que, dada una norma, corresponde controlar su cumplimiento mediante la imposición de sanciones. La sanción sería la mejor forma de desincentivar el incumplimiento. Así, la figura del garrote como mecanismo para hacer cumplir la norma ha sido la más habitual entre nosotros.

Ahora bien, la regulación responsiva implica un cambio de enfoque. Este cambio parte de dos premisas indisolubles que básicamente reconocen

que la sanción no es ni el mejor ni el único mecanismo para hacer cumplir la norma. Existen medidas alternativas que el propio ordenamiento jurídico se ha encargado de reconocer paulatinamente al comprender que la sanción no era, en la mayoría de casos, la herramienta más idónea.

Dicho ello, el propósito del presente artículo no es solo esbozar algunas ideas sobre la regulación responsiva en el ordenamiento jurídico peruano. Mi objetivo es analizar si este enfoque de regulación puede y debe ser aplicado al régimen sancionador de las contrataciones públicas. A diferencia de otros países, el Perú cuenta con un régimen sancionador en contrataciones públicas que excede a las respuestas típicamente contractuales (como las penalidades). Es más, las sanciones que se imponen en este sector pueden llegar a ser las más duras, como la inhabilitación definitiva que, en buena cuenta, constituye la pena de muerte para el contratista del Estado.

En ese contexto, donde nos encontramos ante un régimen que fácilmente podría calificarse de draconiano, surge la duda sobre si es posible o deseable aplicar un enfoque responsivo. Más aún cuando se toma en cuenta que las sanciones de inhabilitación tienen un impacto social que excede los intereses del contratista individual. En efecto, al inhabilitar al contratista, el Estado reduce su oferta; es decir, se queda con menos contratistas, menos opciones, menos competencia y, por ende, asume el riesgo de precios más altos. De ahí que sea interesante evaluar cómo el enfoque responsivo puede coadyuvar a mejorar un régimen anclado en la filosofía del garrote.

Sobre la base de ello, explicaré primero en qué consiste la regulación responsiva y cómo se viene materializando en nuestro país. Luego, analizaré si es posible o deseable aplicar la regulación responsiva a la contratación pública, centrándome en el régimen sancionador que rige en la legislación peruana. Seguidamente, analizaré el marco normativo actual –con la novísima Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (en adelante, LGCP), y su Reglamento– a fin de verificar si hay rastros del enfoque de regulación responsiva y proponer algunas reformas. Por último, brindaré algunas conclusiones.

II. LA REGULACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como se ha precisado en la doctrina nacional (Huapaya, 2010, p. 304), existe una suerte de sinonimia conceptual entre la regulación y el derecho administrativo. Si bien el origen del primer término lo encontramos en la tradición anglosajona, mien-

tras que el segundo es europeo continental (Del Guayo, 2017, p. 246), lo cierto es que en ambos casos se hace referencia a la intervención que tiene el Estado en la vida de los ciudadanos.

En efecto, no puede pasar desapercibido que cuando los anglosajones y norteamericanos hablan de regulación no hacen sino hablar de su derecho administrativo (Huapaya, 2010, pp. 309-310), de manera que no existe propiamente un ‘derecho regulatorio’¹, pues precisamente el derecho administrativo sería la forma en que se analiza la regulación desde una perspectiva jurídica².

Claro está que el encuadre de la regulación en los conceptos tradicionales de derecho administrativo no implica un calce perfecto (Esteve, 2009, p. 390; Laguna de Paz, 2016, p. 34; Parejo, 2017, p. 1404). De hecho, bajo una concepción amplia de regulación, se puede señalar que “comporta, pues, la utilización de poderes de diverso signo: ordenación, supervisión, resolución de controversias y poder sancionador” (Laguna de Paz, 2016, p. 32).

Como se puede apreciar, el concepto así descrito no dista mucho de lo que se conoce como ‘actividad de limitación’, entendida como:

aquella en la que la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena imperativamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila el cumplimiento de todo ello; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer el interés público. (Rebollo, 2017, p. 19)³

Siendo así, es posible conceptualizar la regulación como la intervención del Estado en la vida de los particulares mediante instrumentos propios del

derecho público, en un ciclo que comprende el dictado de reglas, su fiscalización y *enforcement*.

III. REGULACIÓN RESPONSIVA

Ahora bien, existen múltiples formas de regular. Dichas formas o modelos regulatorios dependen, a su vez, del entendimiento que se tiene respecto de por qué y para qué se regula.

Este no es el espacio para desarrollar este punto, por lo demás revisado profundamente tanto en nuestro país (Falla, 2009, pp. 522-523; Huapaya, 2010, pp. 326-333; Haro, 2005, pp. 154-162) como en el extranjero (Aguilar, 2005, pp. 32-34). En ese sentido, no analizaré aquí los modelos de ‘comando-control’ o regulación por incentivos.

Lo que interesa destacar aquí es que, frente a los modelos tradicionales que podríamos llamar absolutos (en los que o se reprime o se premia), surge la noción de ‘regulación responsiva’ como aquella que procura usar determinado mecanismo de *enforcement* dependiendo del contexto (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 5; Gunningham, 2010, pp. 126-130). Así, en algunos casos corresponderá otorgar incentivos para conseguir el cumplimiento de las reglas; mientras que, en otros casos, corresponderá sancionar con todo el abanico de sanciones que otorga la ley.

Cabe aclarar que, si bien la regulación responsiva ha sido pensada para el *enforcement*, es aplicable también al diseño de la regulación. En otras palabras, la regulación responsiva constituye una herramienta útil al momento en que se diseñan las reglas aplicables a un sector (como podrían ser las reglas de contratación pública o medio ambiente). Dependiendo del contexto⁴, podemos encontrarnos en escenarios en donde será mejor tener más reglas o menos reglas (Sunstein, 2013, p. 12).

¹ Señala Parejo:

No existe, pues, un Derecho de la regulación como rama diferenciada, por estructurada, del Derecho administrativo, pero sí desde luego como denominación apelativa de las normas ordenadoras de ciertos sectores capaz para otorgar soporte al desarrollo de modelos regulatorios para cuestiones y problemas comunes a ellos y, por tanto, de sistemas que –en el sentido de E. Schmidt-Assmann– imprimen orden a las diferentes soluciones normativas. (2017, p. 404)

² Diferente posición asume Íñigo del Guayo (2017, p. 124): “La regulación es globalmente un sustitutivo del Derecho administrativo, porque varían radicalmente los presupuestos y las técnicas de intervención. [...] Tanto la regulación como el Derecho administrativo presuponen una presencia de la Administración en el sector regulado o intervenido, pero la regulación incorpora pautas provenientes de otras disciplinas distintas de la jurídica, la regulación se hace desde fuera del sistema y persigue que el sistema regulado alcance sus propios fines”.

³ De ahí que Rebollo no acepte el término ‘regulación’, señalando lo siguiente:

A la intervención pública que se da en estos sectores se alude con la denominación –inexpresiva, desconcertante e importada– de “regulación” o de “regulación económica”. [...] El dato mismo de que la actividad administrativa se proyecta sobre actuaciones de sujetos privados frutos de su libertad es lo que permite incluirla en la actividad de limitación, aun reconociendo singularidades notables, que se explicarán en su momento. (2017, p. 20)

⁴ En palabras de Cass Sunstein: “To make progress on this question, we need to avoid abstractions and chest-thumping. The context matters” (2013, p. 12).

También, habrá casos en donde no sea necesario contar con muchas reglas, sino con estándares que dotan de mayor discrecionalidad⁵.

Por otro lado, el enfoque de regulación responsiva a nivel de diseño de las reglas justifica la existencia de los *nudges* o acicates, como mecanismos que son menos restrictivos de la libertad individual. Los *nudges* implican cambios en la arquitectura de decisiones, aplicando los resultados de las investigaciones sobre sesgos cognitivos, a fin de permitir que las personas tomen decisiones más racionales por sí mismas, sin ser obligadas por el Estado (Thaler & Sunstein, 2009, p. 6).

Sin perjuicio de ello, en el presente artículo, me centraré en la aplicación de la regulación responsiva en el *enforcement*.

IV. REGULACIÓN RESPONSIVA Y ENFORCEMENT

No solo no es suficiente que la regulación exista o sea una regulación de calidad, es imprescindible también que la misma se cumpla. Para ello, es necesario contar con mecanismos de *enforcement*, es decir, con herramientas que permitan a la autoridad hacer cumplir las reglas.

Así, este ciclo de *enforcement* ha tenido tradicionalmente una secuencia simple de dos pasos: primero se investiga (fiscaliza, supervisa, etc.) y, de detectarse la inobservancia de la regulación, se sanciona.

Entre nosotros se ha prestado demasiada atención a la potestad sancionadora, lo cual consideramos tiene sus pro y contras. Es positivo porque es necesario estudiar adecuadamente la potestad de imponer sanciones, sus contornos y límites, así como las garantías que tiene el ciudadano frente al ejercicio de dicho poder. Sin embargo, también es negativo porque, salvo contadas y recientes excepciones, tenemos un déficit de atención a la potestad de inspección⁶.

Ello representa un error porque la actividad de inspección es más importante con miras al cumplimiento de la norma, si aceptamos que la misma debe tener un enfoque preventivo y correctivo. Si partimos de dicha premisa, no cabe duda que la actividad de inspección es sumamente importante, consustancial a la actividad de limitación y a la regulación en general (Rojas, 2019, p. 43).

Lamentablemente, el estudio de la actividad de inspección ha sido relegado bajo la premisa que su única función era servir de antesala al uso de la potestad sancionadora. Con esta lógica, es comprensible que se pretenda garantizar el cumplimiento de la norma con una política exclusivamente represiva que potencie el derecho administrativo sancionador.

Por ello, al caracterizar a la potestad sancionadora, se ha escrito que “se trata de un complemento de las facultades materiales de gestión, cuya eficacia refuerza. En el fondo, la sanción es un instrumento para asegurar que los mandatos y prohibiciones establecidos en el ordenamiento jurídico sean realmente efectivos” (Laguna de Paz, 2016, p. 367). En sentido similar, Huergo resalta que la sanción es el instrumento del que dispone la administración para reaccionar contra quien incumple la norma; de ahí que hable de un ‘administrar sancionando’ (2019, p. 521).

Ahora bien, esta perspectiva cambia desde que se realiza una diferencia sustancial y cualitativa entre las medidas u órdenes administrativas y las sanciones. Esa diferencia radica en el fin mismo de dichos actos. Mientras las órdenes administrativas (comprendidas dentro de la actividad de limitación) tienen como propósito restablecer la legalidad, las sanciones son castigos con un fin represivo (Rebollo, 2017, p. 43; Tirado, 2016, pp. 58-59).

De ahí que, si bien la sanción puede tener un efecto desincentivador, debe quedar claro que su esencia no radica en garantizar el cumplimiento de la regulación. En efecto, la imposición de una multa no garantiza que el administrado adecue su conducta y cumpla la norma. Lo dicho no quita que la sanción sea efectivamente una herramienta más de *enforcement* bajo una perspectiva funcional del derecho público (Soto, 2016, p. 195). Sin embargo, sobre la base de esta apreciación es que se puede empezar a considerar medidas distintas a la sanción como mecanismo para hacer cumplir la regulación.

Ese cambio forma parte de lo que se conoce como regulación responsiva, es decir, la idea que la regulación y su *enforcement* deben responder a las circunstancias, al contexto, etc. (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 5). Como tal, la regulación responsiva atiende a una serie de estrategias dependiendo del caso.

⁵ Señala Cass Sunstein: “We can therefore identify two fallacies. The first is that the future of government lies in fewer rules and more discretion. The second is that the future of government lies in more rules and less discretion” (2013, p. 12).

⁶ Sin perjuicio de destacar los aportes trascendentes de Tirado (2022, pp. 19-48), Morón (2020, pp. 17-43), Sánchez (2019, pp. 445-466), Zegarra (2018, pp. 237-246).

Este nuevo enfoque responde también a una concepción del derecho administrativo distinta, bajo lo que se denomina ‘perspectiva de la luz verde’ (Mont, 2010, pp. 18-23; Rojas, 2019, p. 63). En buena cuenta, se deja de lado la idea de que el derecho administrativo es un derecho de los límites y el control de la actividad de la administración (teoría de la luz roja), para pasar a comprender al derecho administrativo como un derecho de dirección⁷, es decir, un derecho que propende a la actuación eficaz y eficiente de la administración pública (teoría de la luz verde) (Harlow & Rawlings, 2009, pp. 31-33).

Ahora bien, precisamente, la elección de la mejor estrategia de *enforcement* parte de cómo hacer que el derecho administrativo garantice su actuación eficaz. En ese contexto es que se opta por un enfoque de regulación responsiva (con las variantes que pueda tener, incluyendo estrategias de regulación inteligente), es decir, regulación adecuada al contexto. Se espera así que la administración responda de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Estas circunstancias no lo son solo sobre los hechos, sino también sobre las personas. La regulación responsiva parte del hecho que no todas las personas reaccionan igual, ni tienen los mismos incentivos ni manejan el mismo nivel de información (Ochoa, 2016, p. 166).

No solo ello, sino que –como han advertido Baldwin y Black (2008, p. 61)– para que la regulación sea ‘realmente’ responsiva se requiere ser responsivo no solo respecto del agente regulado, sino además del contexto del sector regulado (por ejemplo, si existe una tendencia a la informalidad), de las herramientas disponibles (por ejemplo, si la regulación permite la imposición de compromisos

de mejora) y de los potenciales cambios de estos aspectos (por ejemplo, si por medio del seguimiento se ha corroborado que los incentivos han funcionado mejor que los castigos)⁸.

Para ello, la administración debe contar con una variedad de herramientas y estrategias⁹. Se parte de la premisa de que una estrategia eminentemente punitiva puede perjudicar la buena voluntad de aquellos motivados por un sentido de responsabilidad (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 19). En otras palabras, “la aplicación indiscriminada de una estrategia general de castigo inhibe la buena voluntad de los regulados que se muestran dispuestos a cooperar, pues, son tratados como si no lo estuvieran” (Guiloff & Soto, 2015, p. 105).

En ese sentido, se dice que el truco para una regulación exitosa es establecer sinergia entre castigo y persuasión (Ayres & Braithwaite, 1992, pp. 25-26). El castigo estratégico permite asegurar que el ciudadano tome en cuenta que la administración tiene un arma potente que puede usar cuando sea necesario. Sin embargo, el uso de la persuasión legitima el castigo como razonable, justo e, incluso, como algo que puede generar remordimiento o arrepentimiento.

En términos prácticos, es útil para el Estado que el ciudadano sepa que se le puede imponer una cuantiosa multa de 500 UIT (por poner un ejemplo), pero ello no quiere decir que necesariamente deba imponerla en todos los casos. Así, contar también con una estrategia de persuasión e incentivos (por ejemplo, mediante la imposición de compromisos de mejora o medidas correctivas) como primer paso antes de la sanción, permite legitimar esta última. En efecto, si primero se opta por persuadir y se sanciona solo frente

⁷ En palabras de Guiloff y Soto:

El Derecho Administrativo se orienta a la eficacia o efectividad de objetivos. Es una herramienta que permite hacer cumplir las finalidades dispuestas por las políticas públicas. En este contexto, las condiciones o presupuestos de acuerdos a los cuales una determinada regulación se torna eficaz también deben ser tratados por la ciencia jurídica. (2015, p. 104)

⁸ Manifiestan una posición similar, Guiloff y Soto:

Tal concepción permite al regulador adaptarse al contexto y responder a las necesidades públicas que el ejercicio de sus funciones debe asegurar. Así, la conducta de la Administración dependerá del tipo de relación que tiene con el regulado (ocasional o iterativa); de la actitud del mismo, en términos de mayor o menor apego por las normas que le rigen; de los recursos con que la agencia cuenta; o del modo en que funciona el ámbito regulatorio. (2015, p. 101)

⁹ Utilizando un símil muy interesante, Yeung y Ranchordás sostienen lo siguiente:

As every parent knows, deciding on an appropriate sanction to impose on a child for rule-breaking requires attention to several matters, including the nature and severity of the infraction, the purpose the parent seeks to achieve and, for responsible parents at least, a concern to act fairly and proportionately in relation to the child's conduct. Similarly, a variety of concerns must be considered in determining the appropriate regulatory sanction. (2024, p. 291)

al incumplimiento reiterado, la sanción se percibe como un castigo más razonable.

En un escenario en donde las multas son cuantiosas, esta legitimidad en su imposición es importante, a fin de no ver a la administración como un gran ente recaudador, cuyo único objetivo sería imponer y recaudar multas (Ochoa, 2016, p. 169).

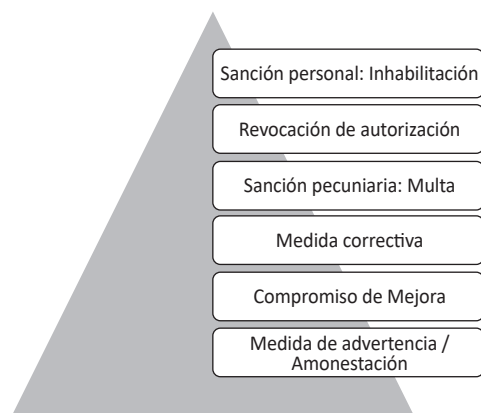
Surge así la idea de una pirámide regulatoria de medidas subsidiarias que van escalando conforme se mantenga el incumplimiento. La base implica una estrategia de persuasión o diálogo (como resulta ser la imposición de una advertencia), cuya falla recién permite utilizar una estrategia más dura o punitiva (como resulta ser la imposición de una multa o la sanción de inhabilitación temporal)¹⁰.

La base de la pirámide es lo que Braithwaite (2002) llama ‘justicia restaurativa’ (*restorative justice*). La justicia restaurativa se aleja del enfoque punitivo y privilegia su concentración en restaurar a la víctima, al agente infractor y a la comunidad (Braithwaite, 2002, pp. 10-12). ¿Qué implica restaurar? Depende del diálogo que se entable con las partes interesadas, pero una aproximación nos lleva a considerar que restaurar implica restituir la propiedad dañada, corregir el incumplimiento, implementar medidas para que no vuelva a ocurrir el incumplimiento, recuperar la sensación de seguridad para la sociedad, alinear la conducta del infractor a derecho, entre otras cosas (Braithwaite, 2002, p. 15).

Es por ello que el enfoque de justicia restaurativa —que forma parte de la regulación responsiva— no se centra solamente en ‘deshacer lo hecho’ como parecen entender las autoridades locales. Restaurar implica mucho más y nos impone a reconfigurar nuestra noción de ‘corrección’ y ‘subsanción’, dejando de lado el enfoque exclusivamente retrospectivo, para pensar en uno preventivo y restaurativo, con la amplitud que se ha indicado.

Ahora bien, siguiendo los trabajos de los autores citados, pero contemplando los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, propongo la siguiente pirámide regulatoria:

Figura 1: Pirámide regulatoria



Fuente: Elaboración propia.

La lógica de la pirámide es que siempre se empieza por la base y se va escalando conforme el contexto lo reclama. Los tres primeros escalones, empezando por la base, responden a la ‘justicia restaurativa’, en donde la clave es la persuasión. El rol legitimador de la persuasión es clave. Sobre todo, en un escenario como el peruano, en donde el ciudadano se enfrenta a un sinfín de tipificaciones (prácticamente, cualquier incumplimiento es infracción) y, por ende, a un sinfín de procedimientos sancionadores.

El uso exclusivo de sanciones en estos casos resulta contraproducente (Mont, 2010, p. 21) y deslegitimador de la sanción, en la medida que el ciudadano ve la sanción como algo que necesariamente va a ocurrir por capricho de la administración. Ante estas circunstancias, el administrado pierde incentivos para cooperar o subsanar.

Vale insistir en que una estrategia de regulación responsiva no implica negar la existencia de una potestad sancionadora fuerte. Por el contrario, lo que propone la regulación responsiva es asegurar que las sanciones sean fuertes (*benign big guns* o “pistolas benignas pero grandes” en la terminología de Ayres y Braithwaite (1992, p. 19), pero aplicables solo en caso el diálogo falle.

En otro trabajo, Braithwaite (2011, p. 476) ha sintetizado los principios que serían la esencia de la regulación responsiva, los mismos que me permito resumir en lo siguiente: (i) piensa en contexto

¹⁰ Lucio Sánchez, por ejemplo, define así la regulación responsiva:

Surge así la idea de una pirámide regulatoria de medidas subsidiarias que van escalando conforme se mantenga el incumplimiento. La base implica una estrategia de persuasión o diálogo (como resulta ser la imposición de una recomendación o una medida correctiva), cuya falla permite utilizar una estrategia más incisiva (como resulta ser la imposición de una multa o la revocación de una autorización). (2019, p. 462)

y nunca bajo nociones preconcebidas¹¹; (ii) escucha activamente a todos los actores¹²; (iii) mira el incumplimiento como una oportunidad para mejorar el diseño regulatorio; (iv) valora a los que muestran compromiso de cumplir; (v) muestra que se prefieren los resultados conseguidos a través de educación/orientación; (vi) muestra que existen sanciones fuertes que eventualmente podrían ser usadas (último recurso); (vii) promueve un gobierno piramidal; (viii) privilegia la responsabilidad activa, antes que la responsabilidad pasiva; y (ix) aprende y comunica lo aprendido (retroalimentación).

Quiero resaltar el primer principio esbozado por Braithwaite que, creo, define la esencia de la regulación responsiva. El 'pensar en contexto', abandonando nociones preconcebidas, nos impone evaluar siempre el caso concreto. Por caso concreto no me refiero al tipo infractor específico mirado en abstracto, sino al caso real, al que el fiscalizador tiene ante sus ojos en un tiempo y lugar determinados. Eso es pensar conforme al contexto.

Esta lógica nos impone descartar de plano la costumbre (muy extendida entre nosotros) de catalogar de antemano las respuestas (por ejemplo, sanciones, medidas correctivas, advertencias, etc.) que corresponden a cada grupo determinado de hechos. Se debe abandonar la idea de una tabla impuesta de antemano en donde se fijen qué casos ameritan sanción, qué casos ameritan compromisos de mejora, etc. Eso no es pensar en contexto. Eso no es regulación responsiva.

De ahí que Braithwaite ha sido claro al enfatizar que el uso estratégico de la pirámide regulatoria

debe pasar por evitar la tentación de categorizar los incumplimientos, como lamentablemente se viene haciendo entre nosotros. Incluso, en los asuntos más serios, debemos mantener la presunción que es mejor empezar con el diálogo en la base de la pirámide. Presunción que, claro está, puede ser desvirtuada si el caso concreto lo amerita, pero siempre la estrategia se deberá definir en concreto y no en abstracto.

Ahora bien, ¿cómo se traduce el enfoque de regulación responsiva en el derecho administrativo sancionador? Primero, recordemos que la premisa esencial es que el uso de la potestad sancionadora no siempre es necesario bajo un enfoque de regulación responsiva. Bajo esta premisa, considero que tres son los cambios de enfoque que la regulación responsiva impregna en el derecho sancionador: (i) el reconocimiento del principio de oportunidad en el uso de la potestad sancionadora; (ii) el uso de mecanismos no tradicionales para detectar incumplimientos; y (iii) la aceptación del uso de medidas menos gravosas a la sanción.

Así, un primer cambio de paradigma en el derecho administrativo sancionador es el paso del principio de oficialidad¹³ al principio de oportunidad (Nieto, 2012, p. 103)¹⁴. Es decir, con el enfoque de regulación responsiva se pasa de considerar que la administración debe iniciar un procedimiento sancionador siempre que detecte un posible incumplimiento a considerar que tiene un margen de discrecionalidad para iniciar dicho procedimiento¹⁵.

Ello es así porque, en principio, no todo incumplimiento constituye un incumplimiento sancionable.

¹¹ Interesantes son las apreciaciones de Guilloff y Soto al respecto:

La denominada 'regulación responsiva' no proporciona un programa definido ni un conjunto de prescripciones acerca de cuál es la mejor forma para regular. Por el contrario, es una **actitud** que permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo del contexto, la cultura regulatoria y el historial de los regulados, en un momento particular, tomando en cuenta que el respeto a las normas no puede ser obtenido por el solo hecho de establecerlas, sino que se requiere **hacer efectivo** su cumplimiento, cuestión que dependerá de las herramientas de la Administración para llevar a cabo esa función. (2015, p. 104) [el énfasis es nuestro]

¹² Así, se refuerza el rol de cooperador que tiene el administrado. En palabras de Soto:

La cooperación con el regulado es, pues, una variable a considerar tratándose de la aplicación o no de sanciones u otras medidas de cumplimiento de la regulación. Esto significa que es necesaria una Administración competente para hacer las distinciones pertinentes, pero también que se excluye el trato uniforme respecto a los obligados. (2016, p. 198)

¹³ Sobre este principio, véase el trabajo de Lozano, quien además se muestra a favor del mismo:

Esta posición resulta hoy, a nuestro entender, "la única defendible en cuanto consecuencia ineludible del principio de legalidad que rige la potestad sancionadora de la Administración" y es la única, además, que permite que la potestad sancionadora siga expandiéndose sin poner en grave peligro la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad de los interesados. (2003, p. 94)

¹⁴ Explica las diferencias, Nieto:

Frente al principio de la oficialidad, que implica **el deber** de perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece 'la posibilidad o permisibilidad' de poner en marcha tales consecuencias jurídicas. O lo que es lo mismo: la Administración no está obligada por ley a castigar, sino que simplemente se le autoriza a hacerlo. (2012, p. 100) [el énfasis es nuestro]

¹⁵ Así, Laguna de Paz sostiene: "Cuestión distinta es que las autoridades administrativas no puedan investigar todos los indicios ni tramitar todas las denuncias que se les plantean. A este respecto es forzoso reconocer a la Administración facultades discrecionales para priorizar unas investigaciones sobre otras, así como para acordar o no el inicio del procedimiento" (2016, p. 376).

De ahí que para el dictado de medidas correctivas “lo determinante debe ser el incumplimiento normativo y la situación de riesgo o lesión para los intereses públicos y no que la conducta sea sancionable, que es un problema bien distinto donde entran en juego otras variables” (Izquierdo, 2019, p. 398). En otras palabras, ante el incumplimiento corresponde —en primer lugar— corregir; un asunto distinto será si cabe o no sancionar.

En una línea similar, pero no tan tajante, Rebollo reconoce la necesidad de considerar espacios de discrecionalidad. En particular, resalta que dicho margen de discrecionalidad:

[...] sería pertinente para los casos de menor gravedad en que el responsable se avenga a modificar su conducta y a reparar todos sus efectos, en los que compense a la víctima —o a la Administración si es ésta la dañada—, en los que colabore positivamente con la Administración... Todo ello, dentro de ciertos límites, optimizaría los reducidos medios administrativos, conseguiría mejores resultados globales y serviría a una mayor eficacia de la potestad sancionadora y de la Administración en la satisfacción de los intereses generales, sin grave merma de la justicia y de la seguridad jurídica. (2019, p. 550)

Como se ha señalado, hay esencialmente aquí un tema de realismo¹⁶, en el sentido que debe comprenderse que no siempre es lo más eficiente sancionar, considerando los limitados recursos que posee la administración pública (García Luengo, 2018, p. 110). Considerando este punto, Braithwaite ha sostenido incluso la efectividad de la regulación responsiva en economías en desarrollo, en las cuales puede ser de mucha utilidad recurrir a herramientas menos costosas (2006, p. 884).

En la misma línea, se debe considerar un segundo cambio de paradigma que implica el uso de medios no tradicionales para detectar incumplimientos. Bajo la premisa que los recursos no son infinitos, la regulación responsiva propone —como hemos visto— la interacción con otros agentes (privados) para establecer una estrategia efectiva y eficiente de *enforcement*.

Surgen así mecanismos no tradicionales, como los conocidos ‘programas de clemencia’ que justamente buscan la colaboración del administrado en la detección de ciertos incumplimientos (Braithwaite, 2006, p. 894). De la misma naturaleza son los ‘compromisos de cese’ que permiten a la administración recabar información necesaria sobre el incumplimiento (básicamente, la confesión de parte) para no tener que instruir un costoso procedimiento sancionador.

Claro está que estos mecanismos implican una exoneración o, por lo menos, una atenuación de la sanción (Morón, 2016, p. 375). No obstante, ello no es relevante, siempre que se garantice el cumplimiento de la regulación y la corrección de cualquier incumplimiento (bajo la lógica de la justicia restaurativa).

En línea con ello, se cambia el paradigma de la sanción como la panacea. Si lo que se pretende es el cumplimiento de la ley, entonces se debe reconocer que la sanción no es la única alternativa para lograr dicho cumplimiento. De ahí que necesariamente se deba pensar en otras alternativas menos gravosas y más idóneas, lo cual nos lleva al tercer cambio de paradigma.

Es así como el derecho administrativo sancionador debe reconocer la noción de pirámide regulatoria que responde, a su vez, a la noción de diversidad de mecanismos disuasorios¹⁷. Entre ellos está la sanción, obviamente; sin embargo, existen también medidas alternativas cuya característica diferenciadora de la sanción es que precisamente no tienen una finalidad represiva (Covilla, 2018, p. 1034).

¿Cuándo elegir una o la otra?, depende de varios criterios. Covilla parte de la premisa que la sanción es *ultima ratio*, es decir, es la opción subsidiaria cuando las demás no son admisibles (2018, p. 1040). Partiendo de ahí, habrá múltiples criterios como los intereses en juego en el caso concreto, el impacto sobre el administrado, la posibilidad de cumplimiento de la sanción, la afectación al interés tutelado, etc. (Covilla, 2018, p. 1042).

Entre dichos mecanismos alternativos, destacan las ‘cartas admonitorias’. Al respecto, García

¹⁶ García Luengo indica:

La defensa del principio de oportunidad en el ámbito propio de las sanciones administrativas es, más allá de cualquier planteamiento dogmático, un simple ejercicio de realismo ya que dados los limitados medios de la Administración lo racional, lo eficiente, es concentrar su actuación en aquellos casos que entienda que resultan más graves siguiendo criterios de oportunidad sobre los que difícilmente se puede hacer reproche alguno siempre que no se aplique discriminatoriamente. (2018, p. 110)

¹⁷ Así, Letelier expresa que “Si se quiere eficiencia disuasoria —objetivo básico de cualquier mecanismo de *enforcement* no penal—, la respuesta se encuentra en la diversidad y no en simplificación” (2018, p. 938).

Luengo sostiene que la habilitación legal para su imposición deriva implícitamente de la potestad sancionadora, bajo la lógica de que quien puede sancionar, puede amenazar con sancionar (quien puede lo más, puede lo menos) (2018, p. 112).

Cabe destacar también a los 'compromisos de mejora', consistentes en imponer al administrado la obligación de cumplir con la normativa, brindándole un plazo determinado para ello. Estas medidas son comunes en mercados regulados (por ejemplo, en telecomunicaciones), específicamente respecto de estándares de calidad, cuyo cumplimiento se entiende que es progresivo.

Por último, pero no menos importante, destacan aquí las 'medidas correctivas', figuras más propias de la actividad de inspección (Morón, 2010, p. 142) que de la actividad sancionadora. Su finalidad es corregir, subsanar o enmendar una situación de incumplimiento (Morón, 2010, p. 147).

Como es fácil de deducir, es perfectamente posible dictar una medida correctiva en el marco de un procedimiento sancionador. Lo tradicional ha sido que estas medidas se dicten conjuntamente con la sanción, aunque debe quedar claro que son medidas totalmente distintas y que la imposición de una medida correctiva no depende de la comisión de una infracción ni tiene como propósito castigar al sujeto sobre el cual recae¹⁸.

El enfoque responsivo nos impone mirar la posibilidad de dictar solo medidas correctivas dependiendo del caso concreto, abandonando la idea de la sanción como consecuencia ineludible¹⁹.

V. REGULACIÓN RESPONSIVA EN EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO PERUANO

Conforme a lo señalado anteriormente, la regulación responsiva implica un cambio de lógica en

lo que concierne a la potestad sancionadora. Ese cambio del principio de oficialidad al de oportunidad se trasluce en nuestro ordenamiento jurídico desde que el artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) consagró el principio de razonabilidad o proporcionalidad²⁰ en los siguientes términos:

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (2001)

Sobre el particular, ya advertí en otro lugar lo siguiente:

[...] el principio de razonabilidad previsto en el artículo IV del TUO de la LPAG busca que la decisión de sancionar (entiéndase tanto decisión de iniciar un procedimiento como decisión de imponer una sanción al terminar el procedimiento) sea el resultado de una adecuada evaluación entre el medio utilizado (potestad sancionadora) y la finalidad que se busca alcanzar (represión y/o prevención). En tal sentido, con este principio se obliga a la autoridad a evaluar si, en todos los casos, la sanción constituye de verdad el mejor mecanismo para cumplir con sus fines o si, por el contrario, podría resultar una medida más razonable la imposición de una medida correctiva. (Huapaya & Alejos, 2019, p. 59)

Como puede apreciarse, la norma señalada consagra una primera piedra en el enfoque de regulación responsiva, es decir, la regulación y su

¹⁸ Como señala Huapaya:

Las sanciones tienen una finalidad y contenido aflictivo. A contrario, las órdenes no buscan ni castigar, ni sancionar, ni presuponen necesariamente la comisión de una infracción ni buscan compensar a nadie. Únicamente, buscan o prevenir un riesgo, o restablecer la legalidad afectada por un incumplimiento normativo (el cual, insistimos, puede ser infracción o no). (2024, p. 884)

¹⁹ En sentido similar, Suca, Valverde y Rojas:

Por el contrario, un enfoque de regulación responsiva busca transformar la manera en que las autoridades gestionan el cumplimiento normativo, promoviendo medidas correctivas ante la detección de inconductas (y de medidas preventivas inclusive) en lugar de sanciones punitivas. Este cambio de enfoque favorece la construcción de una "vinculación colaborativa" entre la administración y los regulados, permitiendo que ambos trabajen juntos para resolver los problemas regulatorios". (2024, p. 89)

²⁰ En este artículo utilizo ambos términos ('razonabilidad' y 'proporcionalidad') como sinónimos. El numeral 1.4 del artículo IV del TUO de la LPAG se refiere, aunque no de la forma más precisa, al principio de proporcionalidad, en el sentido que se exige que toda decisión sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Si bien no lo establece expresamente, considero que la norma citada consagra el llamado test de proporcionalidad: "el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto" (Sentencia recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC). También, véase a Castillo (2005, pp. 137-141).

enforcement conforme al contexto. Precisamente el artículo IV obliga a la autoridad a realizar esa evaluación del contexto antes de aplicar una sanción o cualquier otra medida administrativa. Ello se complementa con el numeral 2 del artículo 255 del TUO de la LPAG que establece que “con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación” (2001). Esta norma permitiría deducir que se ha concedido discrecionalidad a la administración para decidir si inicia un procedimiento²¹.

Lamentablemente, estas normas son olvidadas por la administración, tanto en el diseño de sus reglamentos sancionadores como al momento de ejercer la potestad sancionadora en un caso concreto. Ello debe cambiar y efectivamente puede cambiar, si tan solo se mirara atentamente lo que establece la norma citada.

Ahora bien, la introducción del enfoque responsivo en nuestro ordenamiento jurídico no se aprecia solamente en la norma citada. No existía —antes de la reforma producida a fines del 2016— una regulación común del régimen de fiscalización o inspección, pese a los reclamos de la doctrina (Tirado, 2011, p. 262). Como consecuencia de ello, nos encontrábamos ante un sinfín de regulaciones particulares, cada una más represiva que la otra. La razón de dicha regulación era doble: (i) en primer lugar, el enfoque tradicional represivo que caló hondo en el regulador al momento de reglamentar la actividad de inspección; y (ii) en segundo lugar, la ausencia de un marco común garantista que no hacía sino exaltar la supuesta autonomía reglamentaria de cada entidad.

La situación cambió con el Decreto Legislativo 1272 que modificó la LPAG. Desde la entrada en vigencia de esta modificación, tenemos un marco general de las actividades de fiscalización, el cual incluye una regulación mínima sobre las potestades y deberes de los funcionarios, los derechos y deberes de los administrados, el contenido del acta de fiscalización y las consecuencias de la fiscalización.

No solo ello, sino que este marco normativo tiene una lógica alejada de lo punitivo y represivo.

Desde su propia definición (artículo 239 del TUO de la LPAG), se precisa que la fiscalización tiene un “enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos”. Se destaca así su rol preventivo (Zegarra, 2018, p. 240) en contraposición al rol represivo con el que tradicionalmente se la asociaba.

Se condice así con la definición manejada en doctrina que entiende a la inspección como “la actividad de la Administración en la que, de manera directa, sin necesidad de procedimentalización alguna, examina o comprueba la conducta realizada por los administrados o ciertas realidades para verificar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos” (Rebollo & Izquierdo, 2017, p. 66). Estos autores le reconocen a la inspección la función de verificación de la legalidad y prevención general, destacando además que constituye una fuente de conocimiento (Rebollo & Izquierdo, 2017, p. 67; Zegarra, 2018, p. 245).

Precisamente porque es fuente de conocimiento, la inspección también puede entenderse como una actividad auxiliar de otras potestades, como la de dictar órdenes e incluso, la potestad sancionadora (Rebollo & Izquierdo, 2017, p. 67). Ello es innegable, pero de ahí no se deriva que el ejercicio de la potestad sancionadora sea consecuencia necesaria de la inspección (Zegarra, 2018, p. 240). En palabras de Severiano Fernández:

[...] si bien la función inspectora ha estado tradicionalmente vinculada en exceso al ejercicio de la potestad sancionadora, hoy en día es claro su encuadre en el género más amplio de las medidas de protección de la legalidad, donde se incluyen tanto medidas sancionadoras como no sancionadoras (de protección y restauración de los bienes jurídicos en presencia). (2010, p. 515)

En ese sentido, el artículo 245 del TUO de la LPAG establece las formas en que puede concluir la fiscalización. De las cinco formas consideradas, solo una implica la recomendación del inicio de un procedimiento sancionador. Las demás cumplen funciones preventivas o correctivas (recomendaciones, advertencias, etc.), conforme a un enfoque de regulación responsiva, según se ha caracterizado líneas atrás.

²¹ En ese sentido, Zegarra y Huapaya expresan que:

Así, teniendo en cuenta la regulación de las ‘actuaciones previas’ previstas en el numeral 2 del artículo 255 del TUO de la LPAG, debidamente concordadas con los necesarios condicionamientos para apreciar la discrecionalidad para la toma de decisión, es posible sostener que existen condiciones legales para afirmar la posibilidad de la vigencia del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador peruano. (2023, p. 708)

Ahora bien, pese a este marco normativo común, se insiste en desplegar las acciones de fiscalización con una lógica punitiva. Así, no son desconocidos los múltiples casos de inspecciones inopinadas, medidas cautelares o correctivas indebidamente motivadas y desproporcionales, inspecciones reiteradas, requerimientos injustificados y carentes de razonabilidad, etc.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, al menos a nivel normativo, esta clase de ejercicio indiscriminado de la potestad de inspección se viene limitando. No solo sobre la base del régimen común que establece el TUO de la LPAG, sino también a través de las reglamentaciones sectoriales. Ejemplo de ello es el Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD, el mismo que positiviza el principio de regulación responsiva en los siguientes términos:

h) Regulación responsiva: El ejercicio de la función de supervisión se realiza de forma modulada, en función de la oportunidad en que es realizada la acción de supervisión, el tipo de obligación fiscalizable, la gravedad del presunto incumplimiento, el desempeño ambiental del administrado u otros factores que permitan una intervención proporcional al cumplimiento de las obligaciones fiscalizables. (2019)

No necesariamente se trata de la mejor definición, pero se aprecia en la misma los caracteres de la regulación responsiva que se han comentado, conforme a la cual se impone a la autoridad realizar las inspecciones de acuerdo al contexto de cada caso concreto²².

Por otro lado, este enfoque de regulación responsiva no se trasluce solamente en la normativa, sino que además ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema, máximo órgano jurisdiccional de nuestro país. Así, el 2 de julio de 2019 se publicó, en el diario oficial El Peruano, la Sentencia de Casación 4165-2017-Lima. En esta sentencia (cuyo ponente es el Juez Supremo Vinatea Medina), emitida por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se define la actividad de fiscalización, revalorando su verdadera esencia. La Corte Suprema señala, en el fundamento 1.3, que la fiscalización “apunta a dos finalidades: la preventiva y la correctora; dentro de la

primera se actúa para prevenir futuras infracciones normativas; y con relación a la segunda corregir las infracciones ya consumadas” (2018).

En línea con ello, la Corte Suprema resalta, en el fundamento 2.3, que este énfasis en la finalidad preventiva permite “evitar un procedimiento sancionador extenso y engorroso, en contra de los principios de celeridad y eficacia del procedimiento y esencialmente contra el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto derecho de los administrados de recurrir a la vía judicial” (2018).

Los criterios que ha sentado la Corte Suprema en la casación comentada resultan de suma utilidad para comprender la actividad de fiscalización y la actividad sancionadora, bajo un enfoque de regulación responsiva. Reconocer esta finalidad esencialmente preventiva permite delimitar con precisión los deberes y potestades de los funcionarios, los derechos y deberes de los administrados, así como la forma en que debe concluir una fiscalización.

Llama gratamente la atención que se haya fijado como criterio que la finalidad preventiva busca también evitar un procedimiento sancionador. Sobre la base de este criterio, las autoridades deberían preferir las demás medidas que permite la ley, a saber, las recomendaciones, advertencias o medidas correctivas. La idea detrás de este importante criterio es que no todo incumplimiento debe ser sancionado, no solo porque existen medidas menos gravosas, sino porque la sola tramitación de un procedimiento sancionador implica un costo que la autoridad debe tomar en cuenta.

VI. REGULACIÓN RESPONSIVA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

De lo expuesto en los anteriores acápites, quedan evidenciadas las bondades del enfoque de regulación responsiva para hacer cumplir las reglas. Asimismo, queda demostrado que, en el ordenamiento jurídico peruano, la regulación responsiva es una realidad, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

Dicho ello, queda por ver si este enfoque puede o debe ser aplicado en el sector de los contratos públicos²³. Como ha sido puesto de manifiesto re-

²² Sobre la evolución del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental hacia una regulación responsiva y el Reglamento de Supervisión citado, véase a Gamarra (2018, pp. 112-121).

²³ Una posición favorable la encontramos recientemente en Huapaya:

[...] nosotros preferimos un sistema sancionador basado en la teoría de la ‘regulación responsiva’ o *responsive regulation*, en el cual la Administración tenga un conjunto de elementos de persuasión, incentivo, coerción y sanción para hacer cumplir las normas sin necesidad de recurrir a la sanción como único vehículo para hacer cumplir o garantizar la eficacia del cumplimiento de las normas de contrataciones. (2025, p. 579)

cientemente, la contratación pública requiere de una regulación especial que pondere adecuadamente los intereses en juego. En ese sentido, se ha señalado que “se necesita de una regulación que no resulte tan restrictiva que socave la competencia y participación de los agentes, ni tampoco tan permisiva que permita la generación de situaciones y prácticas que distorsionen sus fines” (Linares Paz Soldán, 2024, p. 82).

En esa búsqueda del perfecto equilibrio, es clave el principio de proporcionalidad. Así, este principio constituye un criterio que sirve para justificar y tomar una decisión, así como un parámetro de control sobre las decisiones ya tomadas²⁴. En ese sentido, el principio de proporcionalidad (o razonabilidad) sirve de base para la llamada regulación responsiva, porque atiende necesariamente al contexto del caso concreto. Como precisa Gimeno, del principio de proporcionalidad no puede desprenderse una prohibición abstracta o absoluta, sino vinculada al caso específico²⁵ (2024, p. 55).

En ese sentido, cuando se aborden aspectos como restricciones de derechos o sanciones, necesariamente deberá procederse de conformidad con el principio de proporcionalidad que conlleva seguir el enfoque responsivo. Esta lógica es plenamente aplicable a la contratación pública.

Conforme veremos en breve, la regulación de los contratos públicos es extensa y abarca desde los orígenes (cuando surge la necesidad y se evalúa cómo contratar) hasta el término (cuando el contrato ha sido ejecutado). En ese contexto, el principio de proporcionalidad juega un rol clave porque su aplicación es transversal²⁶.

En el caso peruano, el marco normativo aplicable²⁷ es extenso y abundante en reglas que aparecen en todas las etapas: desde las actuaciones preparatorias hasta la culminación del contrato. La administración necesita garantizar el *enforcement* de estas reglas, incluso en la etapa de ejecución

contractual. De acuerdo con lo desarrollado hasta aquí, el principio de razonabilidad o proporcionalidad debe considerarse imprescindible para guiar dicho *enforcement*. Por ende, dada la vinculación entre dicho principio y la regulación responsiva, debe quedar también claro que la regulación responsiva no solo puede, sino que debe tener cabida en la contratación pública.

VII. EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE CONTRATACIÓN PÚBLICA VIGENTE A LA LUZ DEL ENFOQUE DE REGULACIÓN RESPONSIVA

La pregunta que surge ahora es si, en la realidad, el novísimo régimen de contratación pública acoge los mecanismos de regulación responsiva. Y, de ser afirmativa la respuesta, en qué medida los acoge.

Como se ha precisado, existen múltiples reglas que regulan transversalmente la contratación pública. Para garantizar el cumplimiento de dichas reglas existen también múltiples mecanismos, cuya aplicación depende de distintos factores. Así, tenemos algunos mecanismos premiales que otorgan puntos adicionales a ciertos postores cuya conducta es juzgada positivamente. Tenemos mecanismos gravosos como el retiro del registro nacional de proveedores para aquellos que no cumplen con actualizar su información.

En ese sentido, un análisis integral y exhaustivo de todos los mecanismos de *enforcement* en el campo de los contratos públicos sería excesivamente largo para el presente trabajo. De ahí la necesidad de centrar el análisis en un solo aspecto. Por ello, en las líneas que siguen me referiré exclusivamente al régimen sancionador.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, el Perú tiene –desde hace varias normas atrás– un régimen sancionador en contratación pública que recorre transversalmente toda la vida de un contrato. De esta manera, se contemplan infracciones que pueden ocurrir antes de un procedimiento

²⁴ Como señala Gimeno:

En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de fundamentación, primero, y de control, después, de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. (2024, p. 55)

²⁵ En sentido similar se pronuncia Gómez, cuando señala que:

la decisión sobre si procede o no intervenir en la esfera jurídico de los particulares, el medio adecuado para hacerlo y la intensidad de tal intervención son factores que han de ser concretados a la vista de las circunstancias de hecho concurrentes y siguiendo siempre la lógica inherente a este principio. (2021, p. 15)

²⁶ Como señala Gómez, la transversalidad del principio de proporcionalidad “implica que sus efectos se despliegan a lo largo de las distintas etapas de la vida de un contrato público, desde su preparación hasta su completa ejecución” (2021, p. 249).

²⁷ Para cuando se publique este artículo, habrá entrado en vigencia la LGCP, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-2025-EF. Por ello, al hablar del marco normativo vigente me referiré principalmente a estas normas.

de selección (por ejemplo, presentar información inexacta al registro nacional de proveedores); durante un procedimiento de selección (por ejemplo, retirar injustificadamente la oferta); durante la ejecución del contrato (por ejemplo, subcontratar prestaciones sin autorización); o incluso después (por ejemplo, no proceder con el saneamiento de los vicios ocultos).

De ahí que resulte interesante analizar cómo se ha gestado este régimen sancionador, a fin de comprobar si atiende al contexto o si estructura sus mecanismos de respuestas en forma piramidal, siguiendo el enfoque de regulación responsiva. Para ello, me centraré exclusivamente en el régimen que está por entrar en vigencia²⁸. En efecto, el 24 de junio de 2024 se publicó la LGCP. Posteriormente, el 22 de enero de 2025 se publicó el Decreto Supremo 009-2025-EF que aprobó el Reglamento de la LGCP (en adelante, el Reglamento). Conforme a las disposiciones complementarias de la LGCP, ambas normas entrarán en vigencia el 22 de abril de 2025.

La LGCP derogó la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Entre las reformas, destaca un nuevo régimen sancionador. Si bien mantiene varias de las reglas de la norma anterior, lo cierto es que existen cambios trascendentales; entre ellos, pretendo destacar lo que considero las huellas de un enfoque responsivo.

Un tema no menor del régimen sancionador de contrataciones públicas es el referido a la sanción. Durante muchos años (antes incluso de la Ley 30225), el régimen contemplaba solamente la sanción de inhabilitación. En las contrataciones públicas, inhabilitar a un contratista no lo perjudica solo a él, sino que también puede tener un efecto negativo en el Estado. En efecto, mientras más inhabilitados existan, menos contratistas tendrá el Estado.

Se podrá sostener que eso es mejor porque se excluirá a los contratistas malos y se quedarán los buenos. No obstante, como acertadamente ha apuntado Linares Paz Soldán, esta dicotomía entre buenos y malos es ilusoria y no representa la realidad (2024, p. 203). Muchos de los malos contratistas no son malos de verdad o no son tan malos como uno podría creer (Linares Paz Soldán, 2024, p. 269). Siendo así, sancionar indiscriminadamente puede colocar al Estado en una posición indeseada. Vale agregar que ello es así no solo porque la

inhabilitación excluye forzosamente a potenciales contratistas del mercado, sino porque la sola amenaza de un régimen sancionador severo convierte a la contratación pública en una 'actividad de riesgo', desincentivando a otros potenciales contratistas (Baca, 2021, p. 164).

Partiendo de esta premisa, se entiende por qué es importante que la administración actúe de conformidad con el principio de proporcionalidad. En palabras de Gómez, este principio actúa como modulador de las prerrogativas que tiene la administración (2021, p. 249). En este caso, se necesita que la administración ejerza su potestad sancionadora modulando adecuadamente su intensidad, de manera que no se impongan sanciones más allá de lo que resulte óptimo. Para lograr este propósito, el enfoque responsivo puede ser de mucha utilidad.

Ahora bien, ¿dónde están esas huellas del enfoque responsivo en la nueva LGCP? En mi opinión, es posible encontrar, al menos, tres aspectos que son coherentes con la regulación responsiva: (i) el reconocimiento de la LPAG como norma común y, por ende, la aceptación de que se debe aplicar plenamente el principio de razonabilidad o proporcionalidad; (ii) el reconocimiento de distintas sanciones y de su aplicación y graduación según las circunstancias; y, (iii) el reconocimiento (aunque tímido) de la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad. En las siguientes líneas me referiré a estos tres puntos.

A. El reconocimiento del principio de proporcionalidad

El régimen sancionador de la LGCP se encuentra regulado en el Título VI (el último de la ley), en los artículos que van del 87 al 100. Un aspecto positivo que lo diferencia de su predecesor es que ahora se reconoce que la LPAG es norma común cuando se ejerce la potestad sancionadora. Es más, expresamente se reconoce que —en materia sancionadora— la LPAG tiene primacía.

Este dato no es menor, aunque su relevancia dependerá de cómo el Tribunal interprete los alcances de la norma común. Si se adopta un enfoque de regulación responsiva, entonces necesariamente tendrá que utilizarse el principio de razonabilidad o proporcionalidad reconocido en el artículo IV de la LPAG que he citado anteriormente. Como he señalado anteriormente, este principio se ali-

²⁸ Es importante mencionar que algunas de estas ideas ya fueron esbozadas en otro trabajo (Shimabukuro & Alejos, 2025, pp. 107-131). Sin embargo, en dicha oportunidad, solo se había publicado la LGCP, aun no se había publicado el Reglamento. Asimismo, en dicho trabajo nos limitamos a analizar el régimen de infracciones y sanciones, resaltando las novedades, pero sin profundizar en el esquema responsivo adoptado.

nea con la noción de regulación responsiva e implica un cambio de lógica en lo que concierne a la potestad sancionadora.

Si bien la LGCP no menciona expresamente dicho principio, la doctrina reconoce su aplicación transversal en toda la contratación pública. El reconocimiento de la LPAG como norma común y aplicable debería servir de fundamento adicional para que el Tribunal reconozca que se rige por un criterio de oportunidad para el inicio de procedimientos sancionadores (Sanz, 2014, p. 144).

Como he señalado anteriormente, el principio de razonabilidad o proporcionalidad puede servir de fundamento para que las autoridades con potestad sancionadora reconozcan que la ley les otorga cierto margen de discrecionalidad al momento de decidir si inician un procedimiento sancionador. Diversas razones podrían justificar que un procedimiento sancionador no se inicie (por ejemplo, si el administrado a quien se le pretende imputar una infracción, ha subsanado oportunamente). De ahí la relevancia de este principio.

Dicho de otro modo, el Tribunal no está obligado a iniciar un procedimiento sancionador, ni siquiera cuando se presenta una denuncia. En estos casos, el Tribunal debe evaluar la denuncia y, previa ponderación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, determinar si es conveniente iniciar un procedimiento sancionador.

B. El reconocimiento de una tipología de sanciones

De acuerdo con lo desarrollado anteriormente, la regulación responsiva también exige que la administración evalúe adecuadamente tanto el tipo de sanción que corresponde aplicar (multas, inhabilitaciones temporales e inhabilitaciones definitivas) como la cuantía de la sanción (monto de la multa o tiempo de inhabilitación). Esta exigencia también se desprende del principio de proporcionalidad que el TUO de la LPAG recoge en el artículo 248.

La LGCP contempla la misma tipología de sanciones que la norma anterior: multa, inhabilitación

temporal e inhabilitación permanente. Contemplar una diversidad de sanciones se inscribe dentro de la lógica de la regulación responsiva (pirámide regulatoria). Si bien hubiese sido ideal contemplar también mecanismos correctivos y no solo punitivos, lo cierto es que sigue siendo positivo haber considerado una gama de sanciones.

Sobre todo porque, como advertí anteriormente, la inhabilitación es una sanción muy drástica que pone en peligro al propio Estado como contratante. Por ello, Sanz habla de la sanción de inhabilitación como una ‘autoprohibición para contratar’ (2014, p. 138). Termina siendo el mismo Estado el que se genera un perjuicio al reducir su propia oferta de proveedores. Si bien el perjuicio no es tan grave en muchos mercados, sí lo puede ser en mercados concentrados (por ejemplo, en telefonía)²⁹.

Ahora bien, la LGCP no solo ha acertado al mantener una tipología diversa de sanciones, sino que, además –al estilo de la pirámide regulatoria– dispone su aplicación en función de la gravedad de la infracción y de otros criterios que responden al contexto específico. Veamos.

En primer lugar, la ‘multa’³⁰ procede contra las siguientes infracciones siempre que se trate de la primera o segunda comisión de infracción en los últimos cuatro años: (i) desistimiento o retiro injustificado de la propuesta de manera reiterada³¹; (ii) incumplimiento injustificado de la obligación de perfeccionar el contrato; (iii) subcontratación sin autorización, en porcentaje mayor al permitido o a un subcontratista sin registro nacional de proveedores o impedido; (iv) negarse injustificadamente a cumplir obligaciones que deben ejecutarse con posterioridad al pago; y, (v) suscribir contratos sin registro nacional de proveedores vigente o suscribir contratos por montos mayores a la capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas.

En segundo lugar, la ‘inhabilitación temporal’ aplica para las mismas infracciones mencionadas anteriormente, pero siempre que, en los últimos cuatro años, ya se hubieran impuesto al provee-

²⁹ Al respecto, no puedo sino recomendar la reciente y documentada investigación de Linares Paz Soldán (2024, pp. 257-264).

³⁰ El rango de la multa es del 3% al 10% del monto de la oferta o del contrato. Si no puede determinarse el monto, la multa será entre 1 a 15 UIT. Para las micro y pequeñas empresas, el monto de la multa no puede ser mayor al 8% del monto de la oferta o del contrato; y si no se puede determinar, la multa no será mayor a 8 UIT. La LGCP no prevé la suspensión en caso de falta de pago. En estos casos, se pueden iniciar los actos de ejecución coactiva. Asimismo, la falta de pago de la multa será un criterio de graduación para las siguientes infracciones cometidas por el proveedor.

³¹ En el Reglamento se ha precisado que la infracción por desistirse o retirar injustificadamente la propuesta de manera reiterada requiere acreditar que, respecto del proveedor, hubo un primer procedimiento sancionador en donde se determinó un desistimiento injustificado.

dor dos o más sanciones de multa o inhabilitación temporal³². Aquí les aplicaría una inhabilitación no menor de tres ni mayor de doce meses.

Por una parte, la inhabilitación temporal procede también contra todas las demás infracciones, estableciéndose una distinción solamente en la magnitud de la sanción. Así, aplica una inhabilitación no menor de seis ni mayor de dieciocho meses para las infracciones por (i) elaborar expedientes con deficiencias o información equivocada; (ii) supervisar las obras de manera negligente; y, (iii) perfeccionar el contrato pese a estar suspendido o nulo el procedimiento de selección. Si hay reincidencia, la sanción será no menor de doce ni mayor de veinticuatro meses.

Por su parte, aplica una inhabilitación temporal no menor de seis ni mayor de veinticuatro meses en las siguientes infracciones: (i) contratar estando impedido; (ii) ocasionar que la entidad resuelva el contrato; (iii) no proceder a sanear los vicios ocultos; y (iv) presentar información inexacta³³. Finalmente, para la infracción por presentar documentos falsos, la sanción es de inhabilitación no menor de veinticuatro meses ni mayor de sesenta.

Por último, se prevé la inhabilitación definitiva siempre que, en los últimos cuatro años, ya se hubieran impuesto al proveedor más de dos san-

ciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treintaseis meses³⁴. La inhabilitación definitiva solo procede respecto de estas cinco infracciones: (i) contratar estando impedido; (ii) ocasionar que la entidad resuelva el contrato; (iii) no proceder a sanear los vicios ocultos; (iv) presentar información inexacta; y (v) presentar documentos falsos.

Como puede apreciarse, la tipología de sanciones contempla rangos, de tal manera que no basta con elegir la sanción correspondiente, sino que esta debe concretarse en una cuantía (monto de la multa o tiempo de la inhabilitación) específica. En el caso de la multa, el artículo 364 del Reglamento establece rangos más acotados dentro del margen previsto en la LGCP, pero aun así deja espacio para que el Tribunal la determine en el caso concreto.

Para la concreción de la sanción, tanto el artículo 248 del TUO de la LPAG como el artículo 366 del Reglamento de la LGCP regulan los criterios que la administración debe tener en cuenta al momento de definir la sanción concreta³⁵: naturaleza de la infracción, ausencia de intencionalidad, inexistencia o grado mínimo de daño³⁶, reconocimiento, antecedentes, conducta procesal y multa impaga. Se prevé, incluso, la reducción de la sanción por debajo del mínimo legal.

³² En este punto considero que puede presentarse un problema al momento de aplicar la norma, tal como he precisado en Shimabukuro y Alejos:

En términos sencillos, el problema se presenta por dos reglas que no son coherentes: (i) la primera regla dispone que la sanción de multa aplica para las infracciones específicas indicadas en la norma, pero solamente para la primera o segunda vez que se cometa la infracción en los últimos cuatro años; y, (ii) la segunda regla establece que la inhabilitación temporal aplica para las mismas infracciones, pero siempre que se hayan recibido dos o más sanciones en los últimos cuatro años. Mientras la primera regla utiliza el criterio de la "comisión" de la infracción; la segunda regla usa el criterio de la "imposición de la sanción". En ese escenario, surge la duda: si un proveedor comete tres infracciones iguales en un plazo de cuatro años, pero aún no ha sido sancionado por ninguna, ¿cómo queda esa tercera infracción que no podría ser sancionada con multa y –hasta que no sancionen las dos primeras– tampoco con inhabilitación? (2025, p. 129)

³³ En el Reglamento de la LGCP se ha precisado que la ventaja se obtiene cuando, con la información inexacta, la oferta es admitida, se le asigna el puntaje requerido, es calificada, obtiene la buena pro, se perfecciona el contrato o se consigue una decisión o prestación durante la ejecución.

³⁴ La LGCP precisa que, para la inhabilitación definitiva, no se tomarán en cuenta las sanciones impuestas por contratos menores o por aquellos derivados de catálogos electrónicos de acuerdo marco cuyos valores correspondan a contratos menores, salvo que estemos ante sanciones por presentar documentos falsos.

³⁵ Como señala Morón:

[...] en el proceso de aplicación de la norma sancionadora, la autoridad está dotada de cierta discrecionalidad, pero acotada por elementos de indispensable observancia planteados por el legislador [...]. Ahora bien, cabe señalar, como afirma Morón (2023, p. 153), que los criterios recogidos en la LPAG son taxativos, por lo que resulta cuestionable (por no decir, ilegal) que el Reglamento de la LGCP contemple criterios no previstos en la norma común (como la multa impaga o la conducta procesal). De similar posición es Ramón Huapaya (2025, p. 576), quien además critica varios de los criterios previstos en la norma, por considerar que nos acercan a un "derecho administrativo del enemigo". (2023, p. 146)

³⁶ Al momento de evaluar este criterio, son útiles las reflexiones de Morón:

No se trata de cuantificar el daño producido por la infracción y luego ese monto incluirlo en la multa como si fuera un medio indemnizatorio de daños. Por el contrario, la idea central es diferenciar a efectos de la cuantificación entre aquellas conductas que no hayan producido resultados o consecuencias adversas, aunque por su capacidad intrínseca lo pudieran haber producido, de aquellas que sí generen impactos gravosos a los bienes jurídicos protegidos. (2023, p. 158)

Sin embargo, paradójicamente, la posibilidad de reducir la sanción por debajo del mínimo se presenta solo para dos tipos infractores que resultan ser de gravedad: presentar información inexacta y presentar documentos falsos. Esta posibilidad se sujeta a ciertas condiciones: (i) que se demuestre que la información inexacta o el documento falso o adulterado haya sido entregado al participante, postor, proveedor o subcontratista por un tercero distinto a él; (ii) que se demuestre que este actuó con la debida diligencia para constatar la veracidad de la documentación o información presentada; y (iii) que el proveedor acredite que ha iniciado las acciones legales para la determinación de la responsabilidad originaria de quien presentó la información inexacta o el documento falso o adulterado³⁷.

Por último, otra regla importante consiste en la posibilidad que tiene el Tribunal de otorgarle al proveedor la opción de pago de una multa en lugar de la inhabilitación temporal siempre que se trate de la primera o segunda sanción impuesta al proveedor en los últimos cuatro años y el plazo de la sanción impuesto sea igual o menor de ocho meses. Este beneficio aplica para las siguientes tres infracciones: (i) elaborar expedientes con deficiencias o información equivocada; (ii) supervisar las obras de manera negligente; y (iii) perfeccionar el contrato pese a estar suspendido o nulo el procedimiento de selección.

Lo expuesto permite demostrar que el nuevo régimen de sanciones de la LGCP sí presenta rasgos de la regulación responsiva al contemplar una serie de reglas que distribuyen la aplicación de las sanciones dependiendo de la gravedad de las infracciones y del contexto en que se cometen (reincidencia, antecedentes, conducta del infractor, etc.), al estilo de la pirámide regulatoria.

C. El reconocimiento de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad

Finalmente, es importante mencionar que la LGCP también contempla la aplicación de los eximentes de responsabilidad, a diferencia de la ley derogada que tajantemente rechazaba la aplicación de estos.

No obstante, se incluyen dos limitaciones discutibles. La primera limitación consiste en que solo se aplicarían los eximentes dependiendo de la

‘conducta objeto de análisis’, lo cual abre la puerta a la discrecionalidad del Tribunal al momento de decidir si aplica o no un eximente. La segunda excluye la aplicación de eximentes de forma absoluta para la infracción por presentar documentos falsos.

Si bien considero positivo que se admitan los eximentes, las limitaciones impuestas carecen de propósito y contravienen lo que dispone la LPAG. En lo que sigue, me voy a centrar solo en un eximente: la subsanación voluntaria. Ello, porque la exoneración de responsabilidad por subsanación constituye, sin duda, un mecanismo de regulación responsiva.

En efecto, una figura importante que nos permite sostener que hemos adoptado un enfoque de regulación responsiva es la ‘subsanación voluntaria’, reconocida en la LPAG como un eximente de responsabilidad. En términos simples, la ley ha reconocido que, si el administrado subsana el incumplimiento antes de que se le imputen cargos, queda exonerado de responsabilidad.

En la doctrina se han descrito este tipo de eximentes como ‘excusas absolutorias’ y se han definido de la siguiente forma:

[...] supuestos en los que, pese a estar presente una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador prescinde de la sanción por razones político-legislativas: no afectan ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, sino solo a la sanción.

El **fundamento** de las mismas, que han llegado a ser llamadas ‘perdón legal’, reside en razones político legislativas, de utilidad o conveniencia diferentes según la concreta causa de que trate. (Gómez & Sanz, 2010, pp. 541-542) [el énfasis es nuestro]

Esas razones extralegales se encuentran en la consideración más ‘preventiva’ de la potestad sancionadora, conforme al enfoque responsivo que vengo describiendo. Como he expresado anteriormente (Huapaya, Sánchez & Alejos, 2018, p. 598), se trata de aminorar el fin represor y privilegiar el fin preventivo-correctivo. Como señala Jorge Dános (2019, p. 510), la incorporación de la eximente evidencia que no se quiere priorizar la utiliza-

³⁷ Se trata, sin duda, de un beneficio interesante que se enmarca también en la lógica de la regulación responsiva. Sin embargo, considero que hay un problema teórico que amerita crítica. El problema está en que, pese a reconocer que, en dichas conductas, es posible acreditar diligencia, la norma no dispone la exoneración de la responsabilidad, sino solamente la atenuación de la sanción. En realidad, si el administrado fue diligente, no debería ser sancionado.

ción de la potestad sancionadora, sino incentivar el cumplimiento.

Así, la consagración de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad guarda perfecta consonancia con el enfoque de regulación responsiva³⁸, en el entendido que se persigue prioritariamente el cumplimiento de la norma.

Por ello, las limitaciones a la eximente de subsanación deben ser descartadas³⁹. En el caso particular de los contratos públicos, el Reglamento de la LGCP establece dos restricciones peligrosas: (i) la eximente tendría que ser ‘adecuada’ para la conducta bajo análisis; y (ii) no procedería respecto de la infracción por presentar documentos falsos.

La primera es peligrosa porque abre la puerta a la arbitrariedad del Tribunal, al momento de definir si cabe o no aplicar la eximente. La segunda estaría pensada en la gravedad de la conducta. Sobre el particular, Braithwaite marca las distancias correspondientes entre lo que él denomina el ‘formalismo regulatorio’ y la regulación responsiva (2002, p. 29). El formalista regulatorio sería aquel que quiere definir de antemano qué conductas pueden subsanarse y qué conductas ameritan ‘siempre’ una sanción. Acuden a conceptos como el ‘daño’ o la ‘gravedad’. Nada más alejado de la regulación responsiva, pues bajo este enfoque, incluso el caso más grave puede ameritar una excepción de sanción dependiendo de las circunstancias y de la conducta que el infractor asume tras cometer la falta⁴⁰.

En suma, el reconocimiento de las eximentes —entre ellas, de la subsanación voluntaria— demuestra un paso a favor de la regulación responsiva. Sin

embargo, las limitaciones reglamentarias van en la dirección contraria.

VIII. CONCLUSIONES

Como adelanté al inicio, el propósito de este artículo ha sido ahondar un poco más en lo que se conoce como ‘regulación responsiva’, vinculando la misma con nuestro derecho administrativo sancionador y, en especial, con el principio de proporcionalidad. La idea detrás de esta aproximación implica replantear los alcances, límites y utilidad de la potestad sancionadora.

En el escenario actual aún se considera que cualquier incumplimiento debe ameritar una sanción. La cultura del garrote está bien arraigada entre nosotros, no solo en los funcionarios encargados de aplicar la norma, sino además en los mismos ciudadanos que pedimos siempre la imposición del máximo castigo.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que esta estrategia de castigo no siempre es la mejor opción. Distintas circunstancias invitan a adoptar estrategias distintas. Precisamente sobre la base de esta apreciación es que surge la idea de la regulación responsiva o regulación conforme al contexto.

La idea que subyace es otorgarle a la administración un abanico de herramientas de *enforcement* que le permitan, de acuerdo al caso concreto, llevar a cabo la mejor estrategia para garantizar el cumplimiento efectivo de la norma. En este artículo, he reseñado cómo este nuevo enfoque viene consagrándose poco a poco en nuestra normativa. Asimismo, he destacado cómo incluso nuestra Cor-

³⁸ Figura similar se presenta en el ordenamiento jurídico chileno, según dan cuenta Rojas, Ferrada y Méndez:

En tercer lugar, aparece la ‘subsanación de incumplimientos’, la que corresponde a oportunidades de corrección temprana otorgadas por el propio órgano administrativo, otorgando al infractor un plazo para que se subsanen los incumplimientos detectados. Para ello, el órgano administrativo envía al supuesto infractor una ‘carta de advertencia’ o ‘carta admonitoria’ en donde le señala la conducta contraria a sus obligaciones y le conmina a cesar o adoptar medidas positivas. En ciertos casos, esta corrección temprana da derecho a que el infractor no reciba sanción alguna, como ocurre en materia laboral respecto de micro o pequeñas empresas o en infracciones leves en educación. En otros casos es considerado como una circunstancia atenuante, como es el caso del procedimiento simplificado en mercados financieros o en el del resto de las infracciones en materia educacional. También, aunque no hay norma expresa, este es un mecanismo utilizado en la práctica por la Superintendencia del Medio Ambiente. (2021, p. 125)

³⁹ Son muchos los ejemplos normativos que tratan de limitar la aplicación de esta eximente. También, a nivel de doctrina, en posición que no comparto, se ha señalado que no podrían subsanarse las infracciones meramente instantáneas (Mori, 2020, p. 390).

⁴⁰ Vale la pena citar textualmente el ejemplo de Braithwaite:

Regulatory formalism is the important contrast to responsive regulation. The formalist says to define in advance which problems require which response and write rules to mandate those responses. The formalist might say, for example, that armed robbery is a very serious evil. Therefore, it should always be dealt with by taking it to court, and if guilt is proven, the offender must go to jail. Responsive regulation requires us to challenge such a presumption; if the offender is responding to the detection of her wrongdoing by turning around her life, kicking a heroin habit, helping victims, and voluntarily working for a community group ‘to make up for the harm she has done to the community’, then the responsive regulator of armed robbery will say no to the jail option. (2002, p. 29)

te Suprema ha reconocido este enfoque (implícitamente) en una decisión.

Por otro lado, la regulación responsiva se muestra particularmente útil en la contratación pública, especialmente en el régimen sancionador. Considerando que las sanciones en este campo afectan no solo al administrado sino también al Estado (quien se va quedando sin oferta de contratistas), resulta útil aplicar las herramientas de la regulación responsiva, para que la administración reaccione frente a los incumplimientos de manera proporcional y tomando en cuenta el contexto en que se presentan las infracciones.

La LGCP, con sus aciertos y errores, adopta la lógica de la regulación responsiva, al contemplar distintos tipos de sanciones que se aplican en función de la gravedad de las conductas y de otras circunstancias del caso concreto y del administrado en particular, como sus antecedentes o la reincidencia; hasta se le otorga la opción al administrado de elegir —en ciertos casos— qué tipo de sanción le corresponde recibir.

Con ello, no pretendo sostener que la regulación sea óptima. Queda mucho por hacer, destacando la falta de mecanismos alternativos a la sanción y el reconocimiento total y sin restricciones de la subsanación voluntaria. Y, más importante aún, queda por cambiar el enfoque del mismo Tribunal que ejerce potestad sancionadora.

Queda, entonces, la parte más difícil. En efecto, tenemos las normas, pero falta aplicarlas. En este caso, lo curioso es que precisamente falta garantizar el *enforcement* de las propias normas que consagran el *enforcement* bajo la lógica responsiva. Surge así la eterna duda de cómo hacemos que los encargados de hacer cumplir las normas (funcionarios) cumplan ellos mismos con las normas que les son aplicables. 🏛️

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Aguilar, O. (2005). Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios. *JA*, 2005-1, Fascículo 12.
- Ayres, I. y Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press.
- Baca, V. (2021). La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal. En: Jiménez J., *Buen gobierno y mejor gestión. Cómo entender y fortalecer el Estado en tiempos de pandemia* (pp. 157-177). Gaceta Jurídica.
- Baldwin, R. y Black, J. (2008). Really responsive regulation. *The Modern Law Review*, 71(1), 59-94. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2006). Responsive regulation and developing economies. *World Development*, 34(5), 884-898. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2005.04.021>
- Braithwaite, J. (2011). The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, 44 (3), 475-520. <https://researchportalplus.anu.edu.au/en/publications/the-essence-of-responsive-regulation-fasken-lecture>
- Castillo, L. (2005). En principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Público*, 11(6), 127-151. <https://hdl.handle.net/11042/1908>
- Covilla, J. (2018). La preferencia de las medidas administrativas alternativas frente a la sanción administrativa. En: Montaña, A. & Rincón, J. (Ed[s.]) *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*. (pp. 1039-1072). Universidad Externado de Colombia.
- Danós, J. (2019). Evolución del régimen administrativo sancionador en el Perú. En: Zagarra, D (coord.). *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (pp. 493-513). Palestra.
- Del Guayo, Í. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.
- Esteve, J. (2009). El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Pú-

- blico. En: Muñoz, S. y Esteve, J. *Derecho de la Regulación Económica. Volumen I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. (pp. 387-405). Iustel.
- Falla, A. (2009). ¿Zanahoria o garrote: de qué depende? De los estilos de *enforcement* de la regulación. En: Maraví, M. (comp.) *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde*. (pp. 487-526). Fondo Editorial UPC. <http://hdl.handle.net/10757/575400>
- Fernández, S. (2010). Inspección administrativa y potestad sancionadora. En: Lozano, B. *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Iustel.
- Gamarra, S. (2018). De la indulgencia a la condena: la *responsive regulation* en el régimen de fiscalización ambiental en Perú. *THĒMIS Revista De Derecho*, (74), 107-125. <https://doi.org/10.18800/themis.201802.016>
- García Luengo, J. (2018). Las cartas admonitorias como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora. En: Huergo, A. *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*. (pp. 101-128). Iustel.
- Gimeno, J. (2024). *Hacia la buena administración de la contratación pública*. Marcial Pons.
- Gómez, M. y Sanz, Í. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. (2da ed.). Aranzadi.
- Gómez, B. (2021). El principio de proporcionalidad en la contratación pública. Madrid: Marcial Pons.
- Guiloff, M. y Soto, P. (2015). Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva. En: Ferrada, J, Bermúdez, J. y Pinilla, F. (coord.[s.]) *La nueva justicia ambiental*. (pp. 101-124). Thomson Reuters.
- Gunningham, N. (2010). Enforcement and compliance strategies. En: Baldwin, R., Cabe, M. Lodge, M. (ed[s.]) *The Oxford Handbook of Regulation*. (pp. 120-145). Oxford University Press.
- Harlow, C., y Rawlings, R. (2009). *Law and Administration*. (3ra ed.) Cambridge University Press.
- Haro, J. (2005). Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. *THĒMIS Revista De Derecho*, (50), 151-167. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8770>
- Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. *Ius et Veritas*, (40) 302-344. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157>
- Huapaya, R. y Alejos, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo 1272. *Revista de Derecho Administrativo*, (17) 52-76. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22165>
- Huapaya, R., Sánchez, L. & Alejos, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*. (pp. 581-604). Palestra.
- Huapaya, R. (2024). Breves apuntes sobre las medidas administrativas aplicables en el marco de los procedimientos administrativos de fiscalización y sanción ambiental en el ordenamiento jurídico peruano. En: Fermenías, J. y Gómez, R. (ed[s.]) *Derecho administrativo sancionador iberoamericano*. Tirant lo blanch.
- Huapaya, R. (2025). El Tribunal de Contrataciones del Estado del Perú. Análisis de algunos aspectos fundamentales de su organización y su funcionamiento. En: Expósito, J. y Barreto, S. (ed[s.]) *Las dimensiones de la responsabilidad en la contratación del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Huergo, A. (2019). Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement. En: Zegarra, D. (coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (pp. 515-539). Palestra.
- Izquierdo, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el derecho peruano. En: Zegarra, D. (coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (pp. 387-418). Palestra.
- Laguna de Paz, J. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Civitas.

- Letelier, R. (2018). Principios o funciones en las sanciones administrativas. En: Montaña, A. y Rincón, J. (ed[s].) *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*. (pp. 920-950). Universidad Externado de Colombia.
- Linares Paz Soldán, M. (2024). *La responsabilidad objetiva en la contratación pública. Análisis crítico e impacto regulatorio*. Derecho & Sociedad.
- Lozano, B. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública*, (161) 83-121. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=721281>
- Mont, S. (2010). Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. En: Documento de Trabajo N° 4, Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile.
- Mori, N. (2020). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 386-396. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22427>
- Morón, J. (2010). Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*, (9) 135-157. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710>
- Morón, J. (2016). La terminación convencional del procedimiento sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*, (16) 267-287. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16309>
- Morón, J. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 17-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22404>
- Morón, J. (2023). *Las multas administrativas*. Praxis.
- Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5ta ed). Tecnos.
- Ochoa, F. (2016). ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera “responsiva” la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. *Derecho PUCP*, (76) 151-180. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>
- Parejo, L. (2017). La nueva función pública de regulación. En: Parejo, L. y Vida, J. (coord[s].) *Los retos del Estado y la administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*. Tomo II. (pp. 1379-1412). Tirant lo blanch.
- Rebollo, M. (2017). La actividad administrativa de limitación. En: López, M. & Izquierdo, M. (coord[s].) *Derecho Administrativo*. Tomo III. (pp. 19-46). Tecnos.
- Rebollo, M. (2019). El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. En: Zegarra, D. (coord.). *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (pp. 541-567). Palestra.
- Rebollo, M. y Izquierdo, M. (2017). Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación. En: López, M. & Izquierdo, M. (coord[s].) *Derecho Administrativo*. Tomo III. (pp. 47-91). Tecnos.
- Rojas, C. (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Ediciones DER.
- Rojas, C., Ferrada, J. y Méndez, P. (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (34), 97-130. <https://doi.org/10.7764/redae.34.4>
- Sánchez, L. (2019). El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Zegarra, D. (coord.) *La proyección del derecho administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (pp. 445-466). Palestra.
- Sanz, Í. (2014). Propuesta para una mejora del régimen sancionador en materia de contratos públicos. En: Espinosa-Saldaña, E. *Tendencias actuales en contratación pública*. (pp. 131-146). Gaceta Jurídica.
- Shimabukuro, N. y Alejos, O. (2025). Análisis del régimen sancionador de la nueva Ley general de

- contrataciones públicas. En: Morón, J. (coord.) *El régimen de contrataciones con el Estado. Una mirada hacia el futuro de su regulación*. (pp. 107-134). Editorial Jurídica THĒMIS.
- Soto, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22 (2), 189-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>
- Suca, A.; Valverde, G. y Rojas, B. (2024). Medidas correctivas como herramienta alternativa a las sanciones administrativas. Una propuesta metodológica. *Revista de Derecho Administrativo*, (40), 81-105. <https://doi.org/10.7764/redad.40.6>
- Sunstein, C. (2013). *Simpler. The future of government*. Simon y Schuster.
- Thaler, R. y Sunstein, C. (2009). *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin Books.
- Tirado, J. (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>
- Tirado, J. (2016). Sanción, reposición e indemnización como consecuencias autónomas de la infracción administrativa: una lectura a partir del artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho*, 17(1), 51-87. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1597>
- Tirado, J. (2022). *Actividad de fiscalización en el procedimiento administrativo peruano*. ESAN.
- Yeung, K. y Ranchordás, S. (2024). *An introduction to law and regulation. Text and materials* (2nd ed.) Cambridge University Press.
- Zegarra, D. (2018). La definición de la actividad de fiscalización en la Ley de Procedimiento Administrativo General peruana. En: Morón, J. y Danós, J. (coord[s].) *Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*. Tomo I. (pp. 237-246). Gaceta Jurídica.
- Zegarra, D. y Huapaya, R. (2023). Problemas del procedimiento administrativo sancionador con referencia al ordenamiento jurídico peruano. En: Rebollo, M., Huergo, A., Guillén, J. y Cano, T. *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023*. (pp. 699-726). Civitas.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Decreto Supremo 009-2025-EF, Reglamento que aprueba el Reglamento de la Ley 32069 Ley General de Contrataciones Públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2025 (Perú).
- Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).
- Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2024 (Perú).
- Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 2019 (Perú).
- Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2018, Casación 4165-2017-Lima (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC (Perú).

LA REGULACIÓN PERUANA DEL RÉGIMEN DE PLAZOS EN LAS APP: CONSIDERACIONES PARA SU ESTRUCTURACIÓN E INCIDENCIAS ECONÓMICO-FINANCIERAS DE SU RUPTURA

THE PERUVIAN REGULATION OF THE DEADLINE'S REGIME IN PPP: CONSIDERATIONS FOR ITS STRUCTURING AND ECONOMIC-FINANCIAL IMPLICATIONS OF ITS BREAKDOWN

Renzo Orlando Salazar Carpio*
PMO Vías

This academic paper analyzes and underscores the importance of regulating the temporal element in contracts entered into for the execution of public-private partnership (PPP) projects. It further seeks to explain how this element is often shaped by extra-legal factors, emphasizing that the timeframes established for the duration of such collaborative contracts –and for their specific execution deadlines– must be grounded in reasonable and objective justifications. This is essential to prevent arbitrary practices in their definition and, above all, to avoid unintended consequences for the management of public infrastructure and its private financing.

To this end, the author examines how this matter is regulated under Peruvian law, explores the underlying premises supporting the need to regulate time-related provisions in such public contracts, and finally describes the economic and financial implications that may arise when disruptions or distortions occur in the temporal structure of PPP arrangements.

KEYWORDS: *Economic regulation; concessions; public-private partnerships; contractual terms; breakage; economic-financial impacts.*

El presente trabajo académico analiza y reconoce la relevancia de la regulación del elemento temporal en los contratos suscritos para la ejecución de proyectos de asociaciones público privadas, así como intenta explicar cómo dicho elemento llega a definirse en base a factores extrajurídicos, enfatizando que los tiempos dimensionados para la duración de la vigencia de dicho contrato colaborativo y de sus plazos específicos de ejecución, deben encontrarse basados en una justificación razonable y objetiva, para luchar contra cualquier práctica arbitraria en su definición y sobre todo para evitar que esto provoque efectos no deseados sobre la gestión de las infraestructura públicas y su financiamiento privado.

Para este propósito, el autor examina cómo se ha regulado esta materia en el ordenamiento jurídico peruano y explora las premisas que sostienen la importancia de la regulación del régimen de plazos en estos contratos públicos y, finalmente, describe las incidencias económico-financieras que se producirían cuando acontece una ruptura o distorsión sobre el elemento temporal de las asociaciones público privadas.

PALABRAS CLAVE: *Regulación económica; concesiones; asociaciones público-privadas; plazos contractuales; ruptura; incidencias económico-financieras.*

* Abogado. Maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado por la Universidad de Piura (UDEP). Se especializa en Derecho Administrativo, Derecho de la Construcción, Contratos públicos, Mercados regulados, Proyectos de infraestructura, Inversión pública y APP, Arbitraje y JRD. Asesor legal en PMO Vías. Miembro del Colegio de Abogados de Lima. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8367-7590>. Contacto: renzo.salazar@alum.udpe.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 17 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 12 de mayo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Los grandes proyectos de infraestructura y de servicios públicos se formulan, estructuran, licitan, diseñan, ejecutan y operan, considerando que estas actividades tienen un orden temporal y es que, al concebir estos proyectos, tan importante es el factor 'tiempo' como los flujos esperados, el programa prestacional, los riesgos y las proyecciones económico-financieras.

Si varían los tiempos definidos en un asunto regulatorio tan complejo como los proyectos de infraestructura y servicios públicos, es altamente probable que alteraremos otros elementos importantes con los que mantiene interdependencia. Los tiempos involucrados en estos proyectos son trascendentales y responden a un esquema compuesto por variables extrajurídicas y se erigen para encausar la oportunidad del cumplimiento de distintas actividades, conexas entre sí, que tienen como propósito la satisfacción del interés general.

Por ello, cabe preguntarnos: ¿cuál es el valor de la regulación del régimen de plazos en los proyectos de infraestructura y de servicios públicos? ¿Qué consecuencias económico-financieras devienen si tan importante régimen sufre alteraciones sobrevinientes?

Como punto de partida, analizaremos la normativa que ha regulado y regula el régimen de plazos de los contratos públicos colaborativos, cuyo objeto es el diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y operación de infraestructuras y provisión de servicios públicos; posteriormente, analizaremos la importancia y trascendencia de dicho régimen temporal y las razones regulatorias que se toman en cuenta para su definición y, finalmente, esbozaremos algunas incidencias económico-financieras que podrían ocurrir si dicho régimen se afecta por alteraciones imprevistas.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO-PÚBLICO DEL RÉGIMEN DE PLAZOS DE LAS APP EN EL PERÚ

Sin duda, un hito en la historia del régimen de plazos de los grandes proyectos de infraestructura pública y de servicios públicos es el Decreto Legislativo 758, en el que se dieron las Normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos, publicado el 13 de noviembre de 1991 en el diario oficial El Peruano. Esta norma estableció que:

- Cuando resultaba conveniente realizar **modificaciones al contrato de concesión** se debía considerar los siguientes aspectos: a. La naturaleza de la concesión; b. Las condicio-

nes económicas y técnicas contractualmente convenidas; y c. El equilibrio financiero para ambas partes (artículo 26).

- La etapa de construcción, reparación y conservación de las concesiones puede sujetarse a plazos parciales o totales, y cuando estos se incumplían por acción u omisión del organismo concedente, dichos plazos se entendían extendidos por un periodo equivalente al tiempo de entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes (artículo 30).
- El **plazo de vigencia de las concesiones** de las obras de servicios públicos y su explotación **no excedía los 60 años**, como límite máximo (artículo 32).
- La concesión se suspendía por causas específicas (**guerra externa, guerra civil o fuerza mayor** que podrían impedir la ejecución de la obra o la prestación del servicio, **destrucción parcial de las obras o de sus elementos**, de modo que resulte imposible su utilización por determinado periodo, en los términos señalados en el contrato; y **por cualquier otra causal convenida en el contrato**) y, en tal caso, se extendía el plazo de la concesión por un periodo equivalente a la duración de la causa que originó la suspensión (artículo 33).

Por su parte, el Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos, aprobado por el Decreto Supremo 189-92-EF, publicado el 16 de noviembre de 1992, habilitaba a renovar el plazo de vigencia del contrato de concesión, al vencimiento de este, por un tiempo igual o menor al original (artículo 44).

Nótese que esta temprana regulación no solo buscaba establecer un número máximo de años para la vigencia de las concesiones, sino también reconoció que, las modificaciones del contrato de concesión (entre ellas, la ampliación o renovación del plazo de vigencia como una variación del elemento temporal de la concesión) podrían estar precedidas por la incidencia de variables técnicas y económicas, así como por eventos no imputables, lo que nos da un primer aviso de esta interacción.

Luego, por mandato de la quinta disposición final y transitoria del Decreto Legislativo 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, con fecha 27 de diciembre de 1996, se publicó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector

privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo 059-96-PCM, que recogió y mantuvo los postulados descritos en el Decreto Legislativo 758.

Con fecha 13 de mayo de 2008, se publicó el Decreto Legislativo 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Al regular la materia de análisis, esta norma legal no trajo novedades sustanciales sobre el régimen de plazos para los proyectos de infraestructura pública y servicios, incluso llegó a establecer que el Texto Único Ordenado citado en el párrafo anterior, así como otras normas jurídicas, continuarían aplicándose de forma supletoria. La versión más avanzada de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 127-2014-EF y publicado el 31 de mayo de 2014, estableció que:

- Las modalidades de Asociación Público-Privada (en adelante, APP) incluyen a todos los contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la **concesión**, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley (artículo 4 del Reglamento del Decreto Legislativo 1012). En buena cuenta, desde la emisión de la citada norma, la concesión se concibe como una modalidad contractual de las APP que son una forma de **participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos** (artículo 3 del Decreto Legislativo 1012).
- Resultaba posible realizar modificaciones a los contratos de APP, asuntos en los que se debía procurar no alterar su diseño original, la distribución de riesgos, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas ni el equilibrio económico finan-

ciero para ambas partes, así como gozar del debido sustento, sujetándose a una cadena de opiniones de las entidades públicas vinculadas al proyecto de inversión, Organismo Regulador, Contraloría General y el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), de ser el caso (artículo 15) [el énfasis es nuestro].

Luego, el Decreto Legislativo 1224¹, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 25 de septiembre de 2015, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 410-2015-EF, establecieron lo siguiente:

- Siguió la línea de fijar un límite máximo de 60 años para el plazo de vigencia de los contratos que regulen los proyectos bajo la modalidad de APP (artículo 19 del Decreto Legislativo 1224), entre los cuales se encontraba la concesión, salvo plazos menores establecidos en las normas especiales²;
- Las modificaciones contractuales tenían que contar con la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas; en caso contrario, no surtían efectos jurídicos y devenían en actos nulos de pleno derecho (artículo 22 del Decreto Legislativo 1224).
- Resultaba posible realizar modificaciones contractuales siempre que se mantenga el equilibrio económico-financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, entre otros requisitos formales y sustantivos, como la evaluación conjunta de las entidades públicas involucradas y contar con las opiniones del Organismo Regulador, Contraloría General y el MEF, de ser el caso (artículo 22 del Decreto Legislativo 1224) y con la condición de procurar la no alteración de la ‘asignación de riesgos’ y la ‘naturaleza del proyecto’, y mantener el ‘valor por dinero a favor del Estado’ (artículo 53 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224).
- Prohibió la suscripción de adendas a los contratos de APP (lo que equivale a decir que no

¹ Dicho dispositivo derogó el Decreto Legislativo 1012, Decreto Supremo 059-96-PCM, entre otros.

² Estas son algunas de las normas especiales que prescriben un plazo de vigencia menor al límite máximo de 60 años: Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (artículo 10 – 30 años como máximo), Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (artículo 22 – 30 años como máximo), Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC (artículo 56 – 20 años como máximo), Decreto Legislativo 685, Declaran al servicio postal, de necesidad y utilidad pública y de preferente interés social (artículo 9 – 20 años como máximo), Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo 081-2007-EM (artículo 7 – no menor a 20 años), etc.

estaba permitido realizar modificaciones), durante los tres primeros años transcurridos desde su suscripción, salvo que se trate de supuestos como: corrección de errores materiales, hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena *pro* que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto y la precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato (artículo 54 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224).

- Se definió que era conveniente dar publicidad a las modificaciones contractuales requeridas por el inversionista (artículo 55 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224).
- Para efectos del otorgamiento de ampliaciones o renovaciones del plazo de vigencia de los contratos de APP, debía tomarse en cuenta los siguientes factores: (i) cambios en las condiciones materiales, tecnológicas y económica de los servicios, esto con el propósito de determinar si resultaba pertinente el otorgamiento del plazo adicional o la convocatoria a un nuevo concurso, considerando los principios de valor por dinero y competencia; y (ii) otras condiciones previstas en los contratos respectivos o normas sectoriales que resulten aplicables. Además, se estableció que, en caso el plazo de vigencia se afecte por el incumplimiento del Estado o eventos de fuerza mayor, procede la ampliación de su vigencia, respetando lo pactado en el contrato de APP para tal supuesto, sin tener que analizar, necesariamente, los factores descritos *supra* (artículo 61 del Reglamento del Decreto Legislativo 1224).

Posteriormente, se aprobó el Decreto Legislativo 1362³, Decreto Legislativo que regula la Promo-

ción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 23 de julio de 2018, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 195-2023-EF, mientras que, dicha norma se reglamentó, a través del Decreto Supremo 240-2018-EF, publicado el 30 de octubre de 2018.

Cabe precisar que la exposición de motivos de las normas indicadas en párrafos anteriores no justifica con suficiencia la regulación de los plazos de las APP, lo cual revela una despreocupación legislativa por motivar este aspecto clave y que, a la fecha de elaboración del presente artículo, se conoce que el Estado peruano ha preparado un nuevo régimen legal de las APP⁴; no obstante, ninguna de las modificaciones previstas innova o versa sobre el régimen de plazos de las APP.

Las normas citadas conforman los antecedentes y el marco institucional que rige a los procesos de promoción de la inversión privada bajo las modalidades de APP y de Proyectos en Activos. En materia del régimen de plazos, mantienen la mayor parte (sustancial) del contenido de sus normas predecesoras (Decreto Legislativo 1224 y Reglamento), entendiéndose por ello que estas son las reglas de juego que regulan el aspecto temporal de los contratos de APPs, es decir, su plazo de vigencia, sus ampliaciones o renovaciones, así como la posibilidad de modificar contractualmente los plazos específicos para cumplir diversas actividades del programa prestacional de la APP.

Dada su vinculación con la materia bajo análisis, no podemos dejar de señalar que, muchos países del continente europeo cuentan con una regulación adaptada y distinta en cuanto al régimen de plazos de las concesiones, sobre todo respecto al plazo de su vigencia o duración; efectivamente, el artículo 48⁵ de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento

³ Dicho dispositivo derogó el Decreto Legislativo 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

⁴ Nos referimos al Proyecto de Ley 10752/2024-CR que propone la derogación del Decreto Legislativo 1362 y, mayoritariamente, cambios organizacionales en la conducción de los procesos de promoción de la inversión privada.

⁵ El considerando 52 del Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, señala lo siguiente:

(52) La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al periodo en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma,

Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, indica que, la duración de una concesión es limitada y se calcula en función de las obras o los servicios solicitados; además, establece que, para las concesiones que duren más de cinco años, su vigencia o duración máxima no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido. Esto último es así porque las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, restringir la competencia, y por ende, obstaculizar la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento (Aliaga, 2015, p. 294).

Las exigencias sobre la duración del plazo de las concesiones europeas se basan en la tutela de la competencia en el mercado y por el mercado. Es claro que los contratos de concesión con plazos extensos podrían generar mercados y usuarios cautivos, impedir el goce de nuevas y favorables condiciones de prestación o la privación de eficiencias disponibles en el mercado que podrían ofertar los agentes interesados en convertirse en los nuevos concesionarios, etc.

Lo que se busca, en sí, es una justificación razonable y objetiva para definir el tiempo de la concesión, de tal manera que ya no se sobreentienda o se tome por descontado que su plazo debe y tiene que ser extenso *per se*⁶, sino su extensión debe apalancarse en criterios como la 'recuperación del capital invertido' y en el 'rendimiento o rentabilidad privada que se espera de este'.

En definitiva, a nivel normativo, directa e indirectamente, se deduce que, la definición del régimen de los plazos en los contratos de construcción, operación y explotación de infraestructuras y servicios públicos se encuentra sensiblemente ligada a factores técnicos, económicos, financieros, etc.; para la redefinición de dicho régimen se considerará ello con mayor énfasis.

III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE PLAZOS EN LAS APP: IMPORTANCIA Y DEFINICIÓN

La importancia de la regulación del régimen de plazos (en adelante, RP) radica en el aporte que este realiza en la estructuración, desempeño y sostenibilidad de las APP. Es en sí mismo el elemento temporal (o también conocido como la línea de tiempo) sobre el cual se funda la oportunidad del cumplimiento de las diversas prestaciones asumidas por las partes contractuales involucradas (alcance contractual), la gestión de los riesgos asignados, realización de los flujos esperados y la concreción de la inversión privada (capital propio y endeudamiento) para satisfacer el interés general⁷ involucrado en las APP.

Se puede afirmar que el régimen de plazos es la columna vertebral de las APP. Lo que queremos decir es que los megaproyectos de infraestructura y servicios públicos, realizados a través de las APP, se orquestan para licitarse, financiarse, diseñarse, ejecutarse y operar en lapsos determinados de tiempo, es decir, según un programa armónico prestacional en el que radica su razón de ser.

No es lo mismo ejecutar la etapa de inversión (obras) de un megaproyecto en dos años (plazo contractual original) que realizarlo con tres años de retraso (plazo alterado); podría decirse que la programación prestacional de su etapa de inversión estaba orquestada para soportar un presupuesto de obra, recursos, contratación de personal, mobiliario y equipamiento, gastos, estudios técnicos, realización del diseño, etc., durante dos años, todo lo cual se financiaría con recursos de inversión privada (*equity* y deuda) y se repagarían con los flujos de ingreso (tarifas/cofinanciamiento⁸) que comienzan a circular al inicio de la operación de la infraestructura o cuando esta se encuentra disponible a favor de los ciudadanos/usuarios.

Sin embargo, si esta infraestructura no logra ejecutarse dentro del tiempo originalmente previsto,

a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un periodo inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional. (2014)

⁶ También es necesario mencionar que, la experiencia chilena da cuenta de que en la búsqueda de ajustar los plazos de las concesiones se insertó un mecanismo de competencia entre los licitadores para que oferten el menor plazo de duración; sin embargo, esto habría provocado una menor holgura para que la sociedad concesionaria se recupere ante escenarios de crisis o de baja demanda (Toro, 2009, pp. 46-47).

⁷ La duración del RP-APP también puede ser interpretada como el tiempo mínimo en el que se mantendrá una brecha de infraestructura atendida, y que, durante tal lapso la ciudadanía gozará de servicios esenciales y vinculados, bajo un régimen que garantiza su operatividad, disponibilidad, continuidad, calidad, cumplimientos de niveles de servicio, etc.

⁸ Sobre este asunto, la doctrina nacional señala que, en el contrato de concesión de infraestructura, el Estado no remunera al concesionario directamente, sino que le otorga el derecho a explotar la obra (por ejemplo, peaje) por un plazo determinado, siendo que únicamente de manera excepcional cabe el subsidio estatal a título de cofinanciamiento (Morón Urbina, 2016, p. 169).

una de las principales consecuencias es que se generan sobre costos (es decir, costos adicionales al programa prestacional de la etapa de inversión) que alguna de las partes de la APP debe asumir; como parte de ello, se propicia una presión financiera importante, ya que los inversionistas vinculados a la APP deben conseguir los fondos para cubrir los sobre costos provocados, en un contexto de criticidad en el que el megaproyecto se podría convertir en más riesgoso, lo cual finalmente se traslada al costo financiero de conseguir los recursos que absorban esos sobre costos, así como debe afrontar la reticencia o reclamos de aquellos *stakeholders* (prestamistas, bancos, empresas de seguros, fondos de inversión, etc.) que se asociaron a los inversionistas bajo la promesa de que el megaproyecto se realizaría dentro del plazo previsto y que comenzaría a generar flujos de ingreso oportunamente.

Asimismo, en el caso planteado, otra de las implicancias es que no tener la infraestructura pública disponible, dentro del tiempo pactado, produce (i) una suerte de privación de los beneficios (incluyendo, ahorros derivados del goce de la infraestructura) que esperaban los ciudadanos/usuarios al culminar el segundo año del megaproyecto; y (ii) un diferimiento de esa expectativa, lo que finalmente termina afectando la satisfacción del interés general que se pretendía optimizar con las APP.

Dicho de otro modo, la alteración sobrevenida del RP-APP puede generar importantes incidencias y distorsiones económico-financieras del proyecto de inversión involucrado que podrían convertirse en asuntos críticos con capacidad de afectar su sostenibilidad y continuidad. Para entender plenamente lo anterior, es necesario explorar un poco el rol que juega el RP-APP, desde su formulación hasta la fase (sintomática) en la que podría experimentar posibles distorsiones.

A. Especial énfasis del RP-APP en las fases formulación, estructuración, transacción y ejecución

Según la normativa vigente⁹ de las APP, los proyectos ejecutados bajo esta modalidad, independientemente de su clasificación y origen, se desarrollan en las siguientes fases: Planeamiento y Programación¹⁰, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.

La formulación y estructuración de las APP abarcan la concepción del diseño y evaluación del proyecto de infraestructura pública y servicios, hasta la estructuración económico-financiera, el mecanismo de retribución (en caso corresponda), asignación de riesgos y diseño del contrato de APP¹¹. En estas fases se establecen y perfeccionan las premisas para definir el RP-APP; según el documento denominado Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público-Privada, aprobado por la Resolución Directoral 001-2019-EF/68.01, el plazo total de la duración de las APP y los plazos para cumplir las obligaciones específicas asignadas a las partes se diseñan considerando lo siguiente:

- a) El plazo de la concesión se establece considerando la naturaleza y los alcances del proyecto, así como los parámetros económicos y financieros empleados durante la fase de Estructuración. La metodología del valor presente de los flujos de caja generados por el proyecto permite proyectar el periodo de recuperación de los costos incurridos por el concesionario, tanto para el componente de inversión como para los de operación y mantenimiento, el financiamiento, su margen de ganancia, entre otros.
- b) Asimismo, el Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante, OPIP) podrá

⁹ Artículo 33 del TUO del Decreto Legislativo 1362.-

33.1. Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público-Privada, independientemente de su clasificación y origen, se desarrollan en las siguientes fases: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.

33.2. Los requisitos, procedimientos y plazos de cada fase se establecen en el Reglamento.

33.3. Es obligación de la entidad pública titular del proyecto iniciar tempranamente el proceso de identificación, adquisición, saneamiento, y expropiación de los predios y áreas necesarias y de respaldo para la ejecución del proyecto, así como la liberación de interferencias, bajo responsabilidad. Asimismo, la entidad pública titular del proyecto está facultada para realizar los procesos de reubicación o reasentamiento que permitan la liberación y saneamiento de terrenos y predios para la implementación del proyecto en los plazos previstos. El Organismo Promotor de la Inversión Privada establece en el Informe de Evaluación, la meta respecto a la liberación de predios y las áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado, así como a la liberación de interferencias, bajo responsabilidad [...]. (2018)

¹⁰ En sí, una de las fases de las APP es el planeamiento y programación que comprenden la planificación de los proyectos y de los compromisos, firmes o contingentes, correspondientes a las APP; sin embargo, para el propósito de este trabajo académico, conviene enfocarnos netamente en las fases de formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual, en las que se puede apreciar la importancia del RP-APP, así como sus impactos cuando este se distorsiona.

¹¹ Artículos 35 y 36 del TUO del Decreto Legislativo 1362, sobre Fase de Formulación y Estructuración, respectivamente.

- considerar otros criterios para la determinación del plazo del contrato, como:
- La vida útil de los activos del proyecto.
 - La necesidad de mantenimiento mayor, rehabilitaciones o reposición de activos.
 - Los plazos de financiamiento disponibles en el mercado.
- c) Asimismo, el contrato debe establecer los plazos máximos para el cumplimiento de obligaciones a cargo de las partes, reconociendo e incorporando las particularidades técnicas, económicas y financieras del proyecto. En este sentido, se debe tener especial cuidado al regular los plazos para el cumplimiento de los principales hitos del proyecto, entre los cuales figuran el cierre financiero, el inicio de construcción, la presentación de estudios definitivos, la conclusión de la obra, entre otros.

Dicho instrumento técnico-normativo de carácter metodológico reconoce algo muy importante en las APPs y es que la definición de su régimen de plazos se encuentra, inescindiblemente, vinculada a variables extrajurídicas como las económicas, financieras, comerciales, técnicas, particularidades del proyecto, etc. Si esto es así, entonces podemos deducir que, el RP-APP se forja *ad hoc*, en tanto las variables extrajurídicas de un proyecto resulten sustantivamente diferentes.

Sin embargo, es notorio que, las APP peruanas, pese a tener particularidades y distinciones, se formulan, estructuran, diseñan y se licitan, habitualmente, bajo un plazo de duración que oscila, en promedio, entre los 20 y 25 años. A modo de ejemplo, la estadística de la duración de las concesiones de la red vial nacional revela que la mayoría de estas se licitó por 25 años.

Tabla 1

	Número de concesiones	Años de concesión	Tipo de APP
17 proyectos en la red vial nacional	2 proyecto vial	30 años	1 autosostenible y 1 cofinanciada
	12 proyectos viales	25 años	5 autosostenibles y 7 cofinanciadas
	3 proyectos viales	15 años	3 cofinanciadas

Fuente: Elaboración propia a partir de información brindada por Ositrán.

A partir de la tendencia anotada, intuimos que, no todas las variables extrajurídicas que condicionan la definición del RP-APP tendrían la misma preponderancia, sino algunas de ellas podrían tener un estatus especial que genera y explica la extensa duración de las APPs.

Para continuar con el análisis, debemos traer a colación que, las concesiones (como manifestación contractual de una APP) son negocios esencialmente financieros, de tal manera que la ventaja económica perseguida por el concesionario no surge de un precio pactado, como en el contrato de obra, sino del rendimiento de los recursos invertidos para cumplir el objeto contractual (Fajardo, 2019, p. 62).

Al ser esto así, el tiempo en un negocio financiero juega un rol más que fundamental porque con este insumo se pueden proyectar los flujos de caja, calcular el valor actual neto (en adelante, VAN), la tasa interna de retorno (en adelante, TIR), periodo de amortización de la deuda, periodo de recuperación de la inversión, estimación de la rentabilidad del capital invertido, análisis de sensibilidad, planeamiento tributario, etc. Todo lo cual es crucial para crear el modelo económico financiero de la APP y, más tarde, conseguir el financiamiento y continuar con la ejecución de la misma.

La definición del RP-APP es un paso crucial para el desarrollo y continuidad de un proyecto de infraestructura pública. Hacemos hincapié en ello, debido a que, **por no poco tiempo, se ha entendido que el plazo de duración de una APP, expresado en años, es solo un número dado, un dato de importancia relativa y que se asume como un dato que *per se* involucrará muchos años, sin mayor reflexión.**

No obstante, la estructuración del RP-APP trasciende el mero cálculo de años o meses para cumplir las metas de un proyecto de inversión; en realidad, se trata de una auténtica actividad técnicamente compleja, sensible y de gran utilidad e impacto, condicionada por diversos factores que, preponderantemente, son económico-financieros.

Para estimar el plazo de duración de una APP y los plazos totales o parciales para cumplir diversas prestaciones de la APP, en suma, se considera el alcance y dimensión del proyecto de inversión (sobre la base del análisis de alternativas de solución, estudios técnicos y otros especiales para justificar la intervención, análisis de cierre de brechas de infraestructura, diagnóstico de demanda y oferta disponible, niveles de servicio, con especial relieve en los riesgos, necesidad de financiación, etc.). Así, se identifican costos de inversión, del mantenimiento y de la operación, entre otros criterios relevan-

tes; es decir, siempre debe existir una justificación objetiva que sustente el número de años que se determine para la duración de las APP, esto es, no puede ser producto de un razonamiento arbitrario.

La arbitrariedad al definir la duración del RP-APP puede generar pérdidas al erario público y también podría distorsionar el mercado de los contratos públicos y corromper la financiación requerida para la construcción y operación de las infraestructuras públicas, ya que terminaría creando un escenario de competencia no sincero para gestionar un proyecto por mayor tiempo al que correspondería y con ello ganancias artificiales o no basadas en eficiencia (**arbitrariedad por exceso**).

Del mismo modo, si la duración del RP-APP se calcula de forma subóptima podría llegar a encarecer el proyecto, forzando un mayor costo y necesidad de financiamiento, lo cual podría generar deserción y no concurrencia de postores, desatención de brechas y necesidades públicas (**arbitrariedad por defecto**)¹². Entre otras razones, la definición del RP-APP debe tener un fuerte basamento y estar estructurada, en todo momento, con tanta discrecionalidad administrativa¹³ como sea posible (que la misión exige y requiere) como tanta razonabilidad y moderación resulten necesarias.

Durante la formulación y estructuración de la APP, también se regula y forja la asignación de los riesgos. Una vez que se han analizado los riesgos, estos se asignan a la parte con mejor capacidad de administrarlos. En este proceso, se debe tener mucho cuidado, ya que proyectar la mayor carga de riesgos sobre las espaldas financieras del inversionista privado, puede parecer lo idóneo a nivel operativo o incluso tener cobertura normativa, ya que se considera que el agente privado, por su *expertise* y conocimiento, tiene mayor aptitud para asumir gran cantidad de riesgos; sin embargo, esto tiene un correlato sensible a tomar en cuenta y es que proceder con una asignación irrazonable y desmesurada de los riesgos de un proyecto sobre el inversionista privado puede producir que los financistas del mismo aprecien en la APP un perfil especialmente riesgoso.

Al ser esto así, el mayor riesgo puede encarecer el costo total del proyecto, así como el costo para financiarlo y exigirá una alta rentabilidad privada¹⁴ de los fondos a invertir en la APP, todo lo cual genera un impacto severo en la estructuración de la APP y, teóricamente, **podría extender la estimación del periodo para recuperar la inversión privada y los tiempos previstos para la explotación económica de la APP**. Es quizá por estas razones, junto a otras que no corresponde examinar en este espacio académico, que habitualmente las APP se perfilan a tener un RP-APP prolongado.

En buena cuenta, **el RP-APP es uno de los productos importantes generados en la fase formulación y estructuración de la APP**, con el cual se terminan de afianzar otras proyecciones importantes como el modelo económico financiero, planteamiento tributario de la APP, etc. Por su parte, la fase de transacción se enfoca principalmente en la interacción de las entidades públicas y promotoras de la APP con los licitadores interesados en participar en el proceso de promoción que tiene como propósito adjudicar la APP. Esta fase culmina con la suscripción del contrato de APP. Básicamente, en esta fase, los licitadores interesados realizan sus evaluaciones y estimaciones privadas, sobre la base de la información propia y los datos divulgados durante el proceso de promoción de la APP, para decidir si corresponde, o no, involucrarse más y presentar su propuesta técnica y económica a fin de adjudicarse la buena *pro* de la APP.

Durante esta fase, los licitadores toman en cuenta el RP-APP concebido en el proceso de promoción, y, razonablemente, basan sobre este sus proyecciones técnicas, económicas, financieras, comerciales, etc., para construir un modelo de negocio propio, cuantificando la inversión requerida para cumplir las metas de la APP, su recuperación y la rentabilidad esperada del capital a invertir. Si la proyección es positiva y rentable, los licitadores decidirán presentar una propuesta que consideren competitiva para adjudicarse la buena *pro* en el proceso de promoción de la APP; mientras que, en caso la proyección resulte negativa y no rentable, los postores desistirán de involucrarse más en dicho proceso.

¹² Si pensamos en un plazo de vigencia breve y relativamente reducido, existirá un menor tiempo para recuperar la inversión y para generar rentabilidad; bajo este escenario, se generaría un mayor desgaste financiero para el Estado y la sociedad, exigiendo el aumento de los pagos por cofinanciamiento o el monto de las tarifas (pagadas por los usuarios), lo cual podría afectar el equilibrio presupuestal público y resultar socialmente inconveniente.

¹³ El profesor Orlando Vignolo (2013) postula que existen diferencias abismales entre 'arbitrariedad' y 'discrecionalidad' y refiere que, en el Perú, se ha recogido la vertiente que entiende la discrecionalidad administrativa como el margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una Ley ni puede ser revisada totalmente por un Tribunal.

¹⁴ Para mayor claridad, es pertinente señalar que sobre este asunto se ha dicho lo siguiente: "[...] cuanta menos libertad, más riesgo, menores incentivos para la inversión y mayores exigencias sobre el nivel de las tasas de rentabilidad para hacer los proyectos viables" (Barrantes Cáceres, 2009, p. 331).

Además, la fase de ejecución contractual de una APP comienza con la suscripción del contrato, comprendiendo el diseño, cierre financiero, construcción de obras, supervisión, periodos de prueba, mantenimiento y operación, etc. Es en esta fase en la que, por excelencia, se avizoran las incidencias económico-financieras en caso de que ocurra una distorsión sobre el RP-APP.

B. Tipología del RP-APP

En las APP, se puede apreciar una tipología de plazos en su propia línea de tiempo. Por un lado, tenemos al **plazo de vigencia de la APP**, el cual, por definición legal, inicia desde la suscripción del contrato de APP. Tiene un espectro temporal amplio, está definido generalmente en años y marca la pauta de la exigibilidad de todas las prestaciones de las partes.

En paralelo, existen también los **plazos individuales o específicos para cumplir prestaciones sustanciales y esenciales del contrato de APP**, que identifican a la parte o a las partes que deben cumplirlo. Son plazos individuales, por ejemplo: el plazo para (i) tener listo el diseño de la infraestructura (lo relativo a los Estudios Definitivos de Ingeniería/expedientes técnicos); (ii) cierre financiero; (iii) la entrega de terrenos; (iv) construcción de infraestructura; (v) inicio de la operación comercial o puesta en operación, (vi) explotación económica, etc.

La característica principal de estos plazos individuales de la APP es su interrelación y conexidad, basada en criterios funcionales del programa prestacional definido; habitualmente, existe un enlace inescindible entre los propios plazos individuales, cuya ruptura desencadena efectos no deseados por las partes, incluso puede afirmarse que la afectación de estos plazos individuales podría resonar sobre el plazo de vigencia del contrato de APP.

Por ejemplo, existe interrelación entre el plazo para la construcción de la infraestructura y el plazo de explotación económica de la APP. Sin la infraestructura física completa no será posible sacar provecho de ella (al menos no en su totalidad), y cualquier retraso en su construcción diferirá la explotación económica impidiendo el inicio de los flujos de entrada con los que se pretende repagar la deuda y obtener un margen de rentabilidad a partir la inversión privada involucrada en la construcción de la infraestructura pública; asimismo, existe interrelación entre el plazo para cumplir el diseño, los estudios definitivos de ingeniería (en adelante, EDI) y el plazo de construcción de la infraestructura, también con el plazo para el cierre financiero, ya que, generalmente,

son una condición para el inicio del plazo de la construcción de obras, etc.

A su vez, no debemos perder de vista que la agregación concatenada de estos plazos específicos coadyuva a la definición del plazo de vigencia de la APP, mientras que este último brinda cobertura jurídica y engloba a todos ellos.

C. Incidencias económico-financieras de la ruptura del RP-APP

Una de las razones más habituales para ampliar los plazos de una APP es el aumento del periodo de construcción por causas no atribuibles al concesionario o bien como forma de reequilibrio económico-financiero por sobrecostos en la construcción producidos por requerimientos adicionales de la Administración. En estos casos el concesionario sabe que ante un cambio adverso probable para la concesión cuenta con la opción de poder aumentar el plazo de concesión, con el fin de reequilibrar su plan financiero (Iniesta Soria, 2015, p. 250).

Las distorsiones provocadas por la afectación del RP-APP se pueden apreciar claramente utilizando la tipología del RP-APP; cabe precisar que, en las siguientes líneas, no se analizarán las condiciones, requisitos y tampoco el procedimiento que debe seguirse cuando existe ruptura del RP-APP, sino se describirán las posibles consecuencias económico-financieras en las APP que pueden devenir a raíz de ello, independientemente de qué parte o evento provocó la ruptura.

Empecemos por los plazos específicos, ¿qué sucede si no se cumple el plazo para diseñar la ingeniería o para la presentación de los EDI/expedientes técnicos? Para empezar, debido a la conexidad comentada, también se afectan los plazos específicos de la APP que dependen de tal actividad.

La elaboración y presentación de los EDI/expediente técnicos generalmente cuenta con un plazo relativamente extenso, en función del tipo de ingeniería involucrada, a partir de lo cual el concesionario debe presentar un documento técnico completo que contenga la ingeniería final y detallada para cumplir con los objetivos de la APP, y también con los requisitos y especificaciones técnicas de las bases, normas técnicas, y debe estar compuesto por el diseño definitivo de la infraestructura, presupuesto de obra, planos específicos, estudios técnicos específicos, cronograma de ejecución de obras, etc. Luego, tal documento debe pasar por un proceso de revisión y aceptación por parte de la entidad concedente y el supervisor de la APP, de ser el caso.

Si el concesionario no presenta el EDI/expedientes técnicos o se retrasa en este cometido, surgirá el riesgo de aplicación de penalidades y la eventual ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; mientras que, si la entidad concedente se retrasa o incumple con pronunciarse respecto a la revisión o aprobación del documento técnico, generalmente, no se genera de inmediato en su esfera jurídica ninguna consecuencia contractual sustancialmente negativa (aunque debería) que incentive a dicha entidad a remediar el incumplimiento.

En cuanto al cierre financiero, definido como el período contractual en que el concesionario se obliga a acreditar que cuenta con el financiamiento requerido para desarrollar la APP. El concesionario tiene la obligación de probar ello ante la entidad concedente; si no lo hace, se generará el riesgo de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y la terminación anticipada por incumplimiento del cierre financiero.

Con relación al plazo para la entrega de terrenos, esta obligación se encuentra, generalmente, a cargo de la entidad concedente y consiste en la puesta a disposición (total o parcial) de las propiedades o territorios necesarios para construir la infraestructura pública, a favor del concesionario. Su incumplimiento, por tradición, no ha generado inmediatamente efectos sustanciales y negativos que incentiven a la entidad concedente a no incurrir en retrasos (aunque debería); posteriormente, esta disfuncionalidad provoca hallazgos de responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos involucrados en el retraso de la entrega de terrenos (como producto de los servicios de control gubernamental a cargo de la Contraloría General de la República), así como en pretensiones de compensación en arbitrajes iniciados por los concesionarios.

El plazo para la construcción de infraestructuras públicas se encuentra a cargo del concesionario y se define como el término en el cual este debe iniciar y concretar las obras, desplegando sus recursos, personal, materiales, equipamiento, etc. El retraso, cumplimiento parcial o incumplimiento de dicho plazo generará riesgo de imposición de penalidades, ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y terminación anticipada por incumplimiento del concesionario¹⁵.

Por su parte, el plazo para iniciar la operación comercial, o puesta en operación de la infraestructura, constituye un hito importante para la sostenibilidad de la APP, ya que, generalmente, en tal momento inicia la circulación de los flujos de ingresos que sustentan el modelo económico financiero de la APP o, habiendo iniciado dicha circulación, se repotencia la recaudación de ingresos por tarifas o cofinanciamiento.

En este punto, es preciso recordar que el negocio de los concesionarios se monta sobre la operación de un contrato a largo plazo (construcción y explotación económica) y que la entidad concedente se enfoca en diseñar adecuadamente la APP para que así sea, por lo que es importante que una APP tenga un esquema de ingresos predecible y estable para acceder fácilmente a la financiación ajena y para conseguir una adecuada asignación de riesgos y rentabilidades entre el sector público y el sector privado, especialmente en momentos delicados como en épocas de crisis económica (Díaz Pérez, 2011, p. 31).

Si suponemos que se produce una ruptura de los plazos específicos descritos, en la mayoría de estos casos, lo que sucederá es que la obra no podrá iniciar en los tiempos inicialmente pactados o se interrumpirá si es que ha iniciado, es decir, se afectaría la etapa constructiva y con ello, secuencialmente, se generarían sobrecostos e impactos en plazo, o ambos, se frustrarían los ingresos proyectados y se desplazaría la etapa de explotación económica de la concesión, con lo cual se pondría en duda y surgiría la incertidumbre sobre si realmente los flujos de caja (ingresos) circularán en la cantidad y oportunidad previstas, para cubrir la operación, el servicio de la deuda y satisfacer la rentabilidad esperada por los inversionistas.

Es decir, se genera un clima de alto riesgo, incertidumbre y desconfianza que finalmente terminan generando impactos mensurables. Tal distorsión del RP-APP impacta en el planeamiento económico financiero de la APP, provocando las siguientes consecuencias:

- Reduce el VAN y la TIR del proyecto, ya que la distorsión genera los flujos netos distintos a los previstos (más costos y menos ingresos), afectando el diagnóstico de la rentabilidad. La estimación de estos indicadores se desvía,

¹⁵ Cabe precisar que, teóricamente, si se produce la indisponibilidad de predios como hecho imputable al concedente y esto afecta la etapa de construcción, es posible que el concesionario active también la cláusula de caducidad para terminar anticipadamente el contrato de APP; sin embargo, esta podría no ser la alternativa más eficiente para el concesionario y al mismo tiempo finiquitar la vigencia de la APP sería la opción menos conveniente para el interés público porque implica volver al punto cero de la gestión del proyecto, sin recuperar los costos hundidos y asumiendo que los beneficios sociales de la infraestructura pública se seguirán difiriendo debido a la terminación contractual.

perdiendo valor y afectando la salud financiera del proyecto de inversión.

- Dificulta el cumplimiento del cronograma pactado para el repago de la deuda adquirida con los financistas de la APP (mayores intereses, problemas de cumplimiento de los *convenants* financieros, etc.) y afecta los periodos previstos para la recuperación de la inversión.
- Altera el cronograma constructivo, su avance y progreso secuencial, lo cual impacta en la valorización del avance, de ser el caso.
- Da origen a reajustes, mayores gastos generales y mayores costos, incluyendo pérdida de productividad y otros conceptos asociados a la disrupción.
- Complica la cadena de pagos (proveedores, contratistas, trabajadores, etc.) de la APP.
- Genera la necesidad de conseguir mayor financiamiento externo o recurrir al financiamiento propio (que lleva implícito un alto costo de oportunidad) para afrontar los sobrecostos generados por la distorsión, incluso el costo de tal financiamiento podría encaresarse debido a los mayores riesgos que se afrontan en un escenario de disrupción.
- Castiga el periodo previsto para alcanzar las ratios de rentabilidad de la inversión.
- Incrementa el costo del fideicomiso, las garantías y seguros requeridos en el contrato de APP, ya que deben renovarse por un tiempo adicional.
- Genera costos de desmovilización y removilización.
- Incrementa el costo de la supervisión.
- Origina la necesidad de dar mantenimiento anticipado a la infraestructura construida o equipamiento instalado (y que se encuentra incompleta) para conservarlos, o incluso la necesidad de reponerlos.

- Genera el diferimiento del goce de los beneficios y usos que la sociedad espera de la APP. Esto afecta el cálculo de la rentabilidad social que justifica la intervención de la APP.

Las APP solo son posibles con el involucramiento del capital privado necesario para construir y operar dicha infraestructura. Dicha inversión se realiza considerando que es posible que las proyecciones de costos o ingresos tengan cierta desviación; sin embargo, si la distorsión termina siendo más crítica que lo previsto, es obvio que esto repercutirá negativamente en la gestión privada de la APP y en la relación del concesionario con sus financistas proveedores de los recursos monetarios que hacen posible la construcción y operación de la infraestructura, por diversos motivos, pero básicamente por el riesgo de no cumplir con el servicio de la deuda bajo un escenario de distorsión.

Por su parte, la afectación del plazo de vigencia de la APP no va por cuerda separada, si consideramos la interrelación de esta con los plazos específicos. En tanto, estos últimos se afecten o surjan eventos sobrevinientes y no imputables, también podría surgir la necesidad de ampliar la duración de la APP, extendiéndola más allá de su límite temporal original, para compensar los periodos afectados por la ruptura del RP-APP.

De hecho, la extensión del plazo de la concesión es solo una de las medidas o alternativas que la entidad pública concedente tiene a disposición para compensar las afectaciones que se produzcan durante la ejecución de la APP, junto al (i) aumento de las tarifas a cobrar a los usuarios; (ii) reducción del canon a pagar; (iii) abono de una cantidad compensatoria a tanto alzado; (iv) abono de una cantidad compensatoria diferida y constante; o (v) la combinación de alguna de las medidas descritas anteriormente (Inieta Soria, 2015, p. 254).

Se debe tomar en consideración que, la ampliación de la vigencia del contrato de APP, no solo le permite al inversionista tener un periodo adicional¹⁶ para generar flujos extra (ingresos), sino también significa que continuará realizando el mismo alcance contractual, por lo que seguirá incurriendo en costos. En este supuesto, se debe cautelar que

¹⁶ Los "Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público-Privada", aprobado por la Resolución Directoral 001-2019-EF/68.01, señalan que:

"En caso de incumplimiento del concedente o eventos de fuerza mayor que generen sobrecostos al concesionario o reducción de sus ingresos (verificables y cuantificables), el Contrato puede establecer, como uno de los mecanismos de compensación, la ampliación del plazo de la Concesión, siempre que no se exceda el límite de sesenta (60) años establecido en la normativa vigente o el señalado en la norma sectorial correspondiente"

La citada compensación constituye un acto de administración contractual a cargo del Concedente, sin perjuicio de requerir la suscripción de un acuerdo en que conste esta ampliación". (2019)

el flujo neto de estos ingresos y costos extra compense adecuadamente la distorsión ocasionada en el RP-APP, y también al capital de trabajo operativo utilizado para realizar las actividades de la APP durante el plazo adicional.

En pocas palabras, cuando se produce la ruptura del RP-APP se generan sobrecostos y la necesidad de mayor tiempo para concretar los objetivos de la APP, todo lo cual podría traducirse en incidencias económico-financieras. Para brindar algunos ejemplos reales de lo anterior, nos remitimos a algunos laudos arbitrales que expresa o implícitamente han examinado controversias vinculadas al RP-APP.

En el laudo¹⁷ sobre jurisdicción y responsabilidad, expedido en el marco del arbitraje internacional seguido por la empresa concesionaria Metro de Lima Línea 2 S.A. contra la República del Perú, principalmente, se da cuenta que ciertas áreas de la concesión no fueron entregadas oportunamente al concesionario, no se cumplieron las obligaciones relativas a la supervisión y aprobación de los EDI, lo cual sumado a otras razones, generaron un retraso sustancial en la ejecución de las inversiones obligatorias. Esto, a criterio del tribunal arbitral, decantó en un reconocimiento de la ampliación de plazo a favor del concesionario por los retrasos incurridos, así como también se determinó la obligación del Estado de pagarle un monto millonario por concepto de daños y costos irrogados.

Además, en el laudo¹⁸ expedido en el arbitraje internacional seguido por Redes Andinas de Comunicaciones S.R.L. contra el Programa Nacional de Telecomunicaciones – PRONATEL y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se reconoce que, se practicaron indebidamente la resolución contractual (contrato de financiamiento – proyecto en activos) y la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y adelanto en dos contratos públicos, a pesar de que se conocía que los tiempos de ejecución de la obra se encontraban afectados por causas no imputables al inversionista, por lo que el tribunal arbitral ordenó la devolución del importe de las garantías ejecutadas, se reconocieron costos adicionales y un concepto de lucro cesante a favor del inversionista por haberlo privado de la operación de la infraestructura. Este arbitraje está referido a los inconvenientes suscitados en la ejecución de una infraestructura de servicios públicos bajo

la modalidad de proyecto en activos que también forma parte del régimen de promoción de la inversión privada y refleja los impactos que se pueden generar en caso de que se brinde un tratamiento irregular al régimen de plazos de un proyecto de infraestructura pública que demanda financiamiento privado para su construcción y operación.

Por su parte, en el laudo arbitral¹⁹ expedido en la controversia nacional seguida por Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se expone que, el incremento de mayores alcances de la obra provocó un plazo adicional de seis meses en el plazo de ejecución, lo que implicó que la concesionaria destine mayores recursos que los previstos inicialmente para ejecutar la subpartida correspondiente y, como resultado, el tribunal arbitral reconoció a favor de la concesionaria los costos directos, gastos generales, utilidad, reajuste por variación del índice de precios al consumidor y una compensación por concepto de costo de capital propio.

A partir de este breve recuento de ciertas controversias arbitrales, reforzamos el postulado de que la alteración del régimen temporal de un contrato público puede generar incidencias económico-financieras para las partes involucradas.

IV. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico público peruano regula el RP-APP, estableciendo un límite máximo de años para la duración de la APP, así como disposiciones para evaluar la procedencia de la ampliación y renovación de la vigencia de un contrato de APP, y establece condiciones necesarias y el procedimiento para analizar las posibles modificaciones contractuales (por ejemplo, modificar los plazos específicos o individuales del programa prestacional de la APP).

La regulación del RP-APP se encuentra sensiblemente ligada a factores técnicos, económicos, financieros, etc., y su valor puede hallarse en el aporte que este realiza en la estructuración, desempeño y sostenibilidad de las APP; efectivamente, el RP-APP juega un rol fundamental para cumplir los objetivos de las APP y es uno de los productos importantes generados en la fase formulación y estructuración de la APP, con el cual se terminan de afianzar otras proyecciones importantes como

¹⁷ Metro de Lima Línea 2 S.A. c. República del Perú, (2021).

¹⁸ Redes Andinas de Comunicaciones S.R.L. c. Programa Nacional de Telecomunicaciones – Pronatel y Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2022).

¹⁹ Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. c. Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Caso 2070-2011-CCL, (2022).

el modelo económico financiero, al que le sirve de base medular. El RP-APP se descompone en dos tipologías básicas: el plazo de vigencia del contrato de la APP y los plazos específicos para cumplir su programa prestacional.

En esa línea, es necesario tener especial enfoque sobre la actividad discrecional empleada para definir el RPP-AP en la fase de estructuración, a fin de procurar que la definición del número de años de duración de la APP, así como los plazos específicos de su programa prestacional, cuente con una previa justificación objetiva, que permita descartar prácticas arbitrarias en este asunto clave para la gestión administrativa de las APP.

Por otro lado, si suponemos que se producen eventos que causan una ruptura del RP-APP, es decir, si se alteran los plazos individuales como el plazo de vigencia del contrato, podrían surgir no pocas incidencias económico-financieras sobre la APP, independientemente del análisis de la conducta de la parte que lo provocó o del evento que causó la ruptura.

Se debe tomar especial atención al RP-APP para garantizar el cumplimiento oportuno de los objetivos de la APP y garantizar su sostenibilidad. Si las incidencias económico-financieras producidas por la ruptura del RP-APP no son gestionadas adecuadamente por las partes del contrato de APP, es posible que devengan escenarios críticos de incumplimientos y controversias que no solo acabarán minando la finalidad de la APP, sino también tal criticidad terminará traducándose en un clima de alto riesgo, incertidumbre y desconfianza que podría tener reflejo en los mercados financieros que precisamente canalizan el capital necesario para ejecutar proyectos de infraestructura, con lo cual se encarecería el costo de financiar futuras APP, se desalentaría la inversión privada y, con ello, el progreso económico del país. 📌

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen enormemente los comentarios y sugerencias de Sergio Guzman Silva, Isaura Reyes Erazo, y German Munoz Escudero.

REFERENCIAS

- Aliaga Moreno, Í. (2015). La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (45), 260-311. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5444235>
- Barrantes Cáceres, R. (2009). Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 329-337. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14031>
- Díaz Pérez, J. (2011). Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP). *Boletín Económico de ICE*, 3012, 15-31. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3709859>
- Fajardo Peña, S. (2019). Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: El valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (22), 61-96. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6981395>
- Gitman, L., y Zutter, C. (2012). *Principios de administración financiera* (13va ed.). Pearson.
- Iniesta Soria, F. (2015). *Aplicación de la metodología Project Finance para la financiación de infraestructuras y evaluación de la rentabilidad y del riesgo de crédito* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/671170>
- Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal: Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica.
- Toro Cepeda, J. (2009). *Experiencia chilena en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos: Informe final*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/experiencia-chilena-en-concesiones-y-asociaciones-publico-privadas-para-el-desarrollo-de-infraestructura-y-la-provision-de-servicios-publicos-informe-final>

Vignolo Cueva, O. (2013). Nociones acerca de la Discrecionalidad y Arbitrariedad practicadas por la Administración Pública. *Foro Jurídico*, (12), 432-439. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13837>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. c. Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Caso 2070- 2011-CCL, Laudo (23 de septiembre de 2022).

Decreto Legislativo 1012, Aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de septiembre de 2015 (Perú).

Decreto Legislativo 1362, Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2018 (Perú).

Decreto Legislativo 758, Dictan normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de diciembre de 1996 (Perú).

Decreto Supremo 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de diciembre de 1996 (Perú).

Decreto Supremo 127-2014-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1012, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de mayo de 2014 (Perú).

Decreto Supremo 189-92-EF, Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 195-2023-EF, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de diciembre de 2023 (Perú).

Decreto Supremo 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1362, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de octubre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1224, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de diciembre de 2015 (Perú).

Metro de Lima Línea 2 S.A. c. República del Perú, Caso CIADI ARB/17/3, Laudo (06 de julio de 2021).

Redes Andinas de Comunicaciones S.R.L. c. Programa Nacional de Telecomunicaciones – Pronatel y Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Caso 24471/JPA, Laudo (02 de agosto de 2022).

Resolución Directoral 001-2019-EF/68.01, Aprueba los Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público-Privada, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de enero de 2019 (Perú).

EL PRINCIPIO DE SERVICIO UNIVERSAL EN EL SECTOR ENERGÍA PERUANO

THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL SERVICE IN THE PERUVIAN ENERGY SECTOR

Ricardo Leyva Flores*
UL Energía e Infraestructura

In the world of public services and especially in the energy sector, where the state plays the role of guarantor, the Universal Service Principle leads the state to intervene through different regulatory techniques, in order to ensure the expansion of networks, the affordability of tariffs, as well as to ensure that public services are provided in conditions of regularity and reliability. In this sense, the first part of this article analyzes the Universal Service Principle, with special emphasis on the energy sector, considering the doctrine, jurisprudence of the Constitutional Court, as well as the current regulation.

In the second part, the article explores the main techniques used in the Peruvian energy sector to achieve Universal Service, based on case studies: (i) those based on the creation of regulatory incentives through regulation by agency; (ii) those based on auction schemes through regulation by contract; (iii) those that use the implementation of intra-sector subsidies; (iv) those that use inter-sector cross-subsidies; (v) those that impose special obligations; (vi) the traditional technique of public works; and (vii) the technique of last ratio, the public company. We can conclude that the techniques are focused on the aspects of affordability and accessibility, the two most important issues of universal service.

KEYWORDS: Universal service; utilities regulation; energy law; subsidies.

En el mundo de los servicios públicos y, en especial, en el sector energía, donde el Estado cumple un rol garante, el Principio de Servicio Universal conlleva a que el Estado intervenga mediante diferentes técnicas regulatorias con el objetivo de asegurar la expansión de las redes, la asequibilidad de las tarifas, así como para cautelar que los servicios públicos se brinden en condiciones de regularidad y confiabilidad. En tal sentido, en la primera parte del presente artículo se analiza el principio de servicio universal con especial énfasis en el sector energía, a la luz de la doctrina, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la regulación vigente.

En la segunda parte, se explora las principales técnicas empleadas en el sector energía peruano para lograr el servicio universal, partiendo de casos de estudio: (i) aquellas que se basan en la creación de incentivos regulatorios mediante regulación por agencia; (ii) las que se sostienen en esquemas de subastas mediante regulación por contrato; (iii) aquellas que se sirven de la implementación de subsidios intrasectoriales, (iv) que utilizan subsidios cruzados intersectoriales; (v) las que imponen obligaciones especiales; (vi) la tradicional técnica de la obra pública; y (vii) la técnica de última ratio, la empresa pública. Como se aprecia, las técnicas se focalizan en los aspectos de asequibilidad y accesibilidad, los dos principales factores del servicio universal.

PALABRAS CLAVE: Servicio universal; regulación de servicios públicos; derecho de la energía; subsidios.

* Abogado. Magister en Regulation con mención en Utilities Regulation por The London School of Economics and Political Science. Magister en Gestión de la Energía por ESAN. Profesor de pre y post grado en la Universidad ESAN. Socio de UL Energía e Infraestructura (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-4991-6594>. Contrato: rleyva@ulenergia.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 16 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 06 de mayo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo de los servicios públicos y, en especial, en el sector energía, donde el Estado bajo el régimen de economía social de mercado cumple un rol garante de la adecuada prestación de los servicios públicos, el **principio de servicio universal** conlleva a que el Estado intervenga mediante diferentes técnicas regulatorias y subsidiarias, con el objetivo de asegurar la expansión de las redes, la asequibilidad de las tarifas, así como para cautelar que los servicios públicos se brinden en condiciones de regularidad y confiabilidad.

El **servicio universal** no es una creación del constituyente, lo cual se desprende de la revisión de la Constitución Política de 1993 y la legislación sectorial del sector energía. En realidad, el principio de servicio universal nace a la luz del ‘servicio público’, por lo que incluso se ha llegado a sostener que el ‘servicio universal’ es el nuevo servicio público (Hernández, 2016, pp. 341-345). En este sentido, valiosos son los aportes del Tribunal Constitucional peruano¹ y de la doctrina² a efectos dar contenido al servicio universal, empoderando al Estado a implementar diversas técnicas con el objetivo de cautelar la expansión del servicio y la asequibilidad de las tarifas, dos de las condiciones más relevantes del servicio universal.

Habiendo efectuado un repaso de la jurisprudencia y doctrina con la finalidad de comprender adecuadamente el principio de servicio universal, por medio del presente artículo se realizará una revisión de la regulación del sector energía, con el objetivo de analizar los objetivos y compromisos del Estado para llevar la electricidad y los hidrocarburos a todos los ciudadanos. Ahora bien, no existe un empleo claro ni una referencia directa al servicio universal en la regulación; sin perjuicio de ello, las conclusiones que sostenemos en el presente artículo las hemos extraído del Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027³.

Antes de concluir el presente artículo, se explorarán las principales técnicas empleadas en el sector energía peruano para alcanzar el servicio universal; estas técnicas no serán desarrolladas a nivel conceptual, sino que serán explicadas a través de

casos de estudios en el sector energía. En tal sentido, se abarcarán siete instrumentos:

- Aquellas que se basan en la creación de incentivos regulatorios mediante regulación por agencia, para lo cual explicaremos la Tarifa de Distribución Eléctrica (en adelante, VAD).
- Las que se sostienen en esquemas de subastas mediante regulación por contrato, para lo cual desarrollaremos las instalaciones del Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante, SGT).
- Para la técnica que utiliza subsidios cruzados intrasectoriales utilizaremos el Fondo de Compensación Social Eléctrica (en adelante, FOSE)
- Asimismo, abordaremos los subsidios cruzados intersectoriales, para lo cual utilizaremos al Fondo de Inclusión Social Energética (en adelante, FISE).
- La técnica de imposición de obligaciones especiales también es propia de las obligaciones de servicio universal, siendo uno de los casos más relevantes el Plan Quinquenal de Inversiones de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (en adelante, el Plan Quinquenal).
- También tocaremos la tradicional técnica de la obra pública, para lo cual nos focalizaremos en las obras de la Ley General de Electrificación Rural (en adelante, LGER).
- Finalmente, hablaremos de la técnica de última ratio, la empresa pública, para lo cual nos centraremos en las actividades desarrolladas por Petroperú.

II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL RÉGIMEN DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO PARA LOGRAR EL SERVICIO UNIVERSAL

En las últimas décadas, Perú ha vivido un proceso de transformación del régimen económico, lo

¹ Para mayor detalle, véase a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2151-2018-PA/TC, mediante la cual se reconoció el acceso a la energía eléctrica como un derecho social no enumerado; asimismo, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 034-2004-PI/TC, mediante la cual se reconocen las características del servicio público: esencialidad, utilidad pública e interés nacional.

² Autores como Matilde Carlón, Isabel González, Carlos Pateiro, Mauro Rodríguez, Jorge Li, Manuel Willington y Alberto Cairampoma proporcionan alcances respecto a los servicios públicos y, en específico, al principio de universalidad.

³ El Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027, aprobado por Resolución Ministerial 053-2023-MINEM/DM, tiene como objetivo la promoción de un desarrollo económico eficiente, sustentable y con equidad del acceso universal a la energía, dentro de los estándares de calidad, seguridad y cobertura.

cual significó “la adopción del régimen de economía social de mercado y el destierro del modelo de economía de bienestar” (Leyva, 2022, p. 14). En un régimen de economía social de mercado, el principal motor de desarrollo es la libre iniciativa privada, por lo que “la promoción del desarrollo y el estímulo de la riqueza deben ser efectuadas por el mercado y no por el Estado” (Guzmán, 2004, p. 117). No obstante, el Estado se reserva un rol regulador y de actuación subsidiaria en la economía con el fin de cautelar el interés público (Leyva, 2022, p. 15)⁴.

En el viejo modelo, donde el Estado era el encargado de la prestación de los servicios públicos, las principales estrategias para lograr la universalización consistían en subvenciones directas aportadas por el Estado y en la implementación de subsidios cruzados (Yepes, 2003, p. 4)⁵, los cuales eran viables debido a la existencia de derechos de exclusividad en la prestación de los servicios (monopolios legales) a favor de los concesionarios (Carlón, 2006, pp. 65-66)⁶. Estas estrategias de universalización se desarrollaron en un contexto donde la empresa pública fue la principal herramienta para la prestación de los servicios públicos.

No obstante, la adopción de un nuevo régimen económico no va a descartar el objetivo de universalización de los servicios públicos. Al contrario, a partir de la introducción del régimen de economía social de mercado, donde compete al Estado actuar como ‘promotor de la inversión privada’, ‘concedente’, ‘regulador’, ‘supervisor’ o ‘garante’, se mantiene, como una de las principales misiones del Estado, el deber de cumplir el **principio del servicio universal** en los servicios públicos.

Por ejemplo, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC, se reconoce que “bajo el régimen de una economía social

de mercado, el Estado actúa principalmente en el área de los servicios públicos, garantizando a los usuarios su acceso y prestación efectiva, continua, suficiente, de calidad y sin discriminación. En ese orden de ideas, le corresponde al Estado garantizar un acceso mínimo a los servicios de agua, energía eléctrica e internet a todas las personas, particularmente a los más necesitados y a aquellos que viven en situación de extrema pobreza” (2022). De esta manera, no cambió el objetivo (universalización de los servicios públicos), sino las técnicas de implementación.

Efectivamente, hoy en día, es evidente que la empresa pública no es el único medio para implementar el servicio universal, puesto que, en realidad, existen diferentes técnicas, muchas de las cuales pueden resultar polémicas, por ejemplo, cuando el Estado interfiere en decisiones propias de la libre iniciativa privada. En términos de Guzmán (2004, p. 118), la libre iniciativa privada involucra a la libertad de dirección, por la cual son los inversionistas los responsables de tomar las principales decisiones, tales como producción, montos de inversión, política comercial, precios de venta y modalidades de contratación. De esta manera, en los mercados no regulados, estas decisiones se encuentran sometidas a la voluntad de los privados; no obstante, en los mercados calificados como servicios públicos, y en especial con el objetivo de lograr la universalización del servicio, el Estado tiene la autorización para regular o, inclusive, hasta para defenestrar completamente estas decisiones de los privados y, en su lugar, disponer que sea el organismo regulador o el ministerio, el responsable de definir las inversiones, precios, modalidades de contratación, entre otros. Entonces, por constituir un aspecto bastante relevante y debatible jurídicamente, a lo largo del presente artículo, se espera repasar las diferentes estrategias que ha implementado el Estado peruano en el sector energía para alcanzar el servicio universal.

⁴ Al respecto, el autor, tras una revisión de diferente literatura y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala que el régimen de economía social de mercado es un modelo intermedio de dos extremos, es decir, entre economía planificada y economía de mercado, lo cual se puede resumir en un “modelo de economía abierta con incrustaciones de un Estado Social, que cohesiona valores constitucionales de libertad y justicia” (Leyva, 2022, p. 15); ello consiste en un modelo donde se promueve la libre iniciativa privada, reservando al Estado un rol subsidiario en su intervención.

⁵ Según el autor, los subsidios cruzados se presentan cuando “un grupo de consumidores pagan un conjunto de cargos por encima del coste asociado a la provisión de los servicios, mientras que otros pagan muy por debajo de dicho coste” (Yepes, 2003, p. 4). Es decir, un grupo de consumidores indirectamente paga, parcialmente por lo menos, el costo que representa atender el servicio de otros grupos de usuarios.

⁶ El autor señala que la implementación de subsidios cruzados requiere de la imposición de monopolios legales, a efectos de evitar que potenciales competidores atiendan a los usuarios con un menor costo (descrime de mercado), pero que asumen la mayor carga del costo del servicio, debido a la aplicación de los subsidios cruzados. Como refiere Laguna Paz (2016, p. 30), muchas veces se permite la imposición de un régimen de derechos exclusivos con el objetivo de garantizar la prestación de los servicios, pues, de esta manera, se permitirá la aplicación de subsidios cruzados entre los usuarios, evitando la posibilidad de un descrime del mercado (léase que los competidores solo compitan por las secciones más jugosas del mercado, equivalente a aquellas áreas con menor dispersión y, por tanto, con menores costos por la prestación de los servicios).

Retornando a la discusión respecto a la intervención del Estado en la economía, si en los servicios públicos el mercado no es capaz de satisfacer las necesidades de la ciudadanía, entonces “se articulan un sistema de obligaciones de servicio público entre las que destaca el servicio universal” (Carlón, 2006, pp. 35-41). Asimismo, el autor refiere que las obligaciones de servicio público se diferencian de las obligaciones, que ordinariamente impone el Estado en función del poder de policía y con el objetivo de ordenar el mercado, en que las obligaciones de servicio público buscan resguardar la correcta prestación más allá de los objetivos meramente comerciales y de lucro de las empresas, por lo que se les otorga en contrapartida mecanismos compensatorios (2006, p. 42)⁷.

De esta manera, la intervención del Estado no debe afectar (innecesariamente) la competencia en el mercado, o por lo menos, esta afectación debe ser la mínima posible, por lo que las medidas estatales deben ser “auxiliares, complementarias y temporales” y limitarse a lo “esencial” (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC). Conforme señala Gonzalez Ríos, las obligaciones de servicio público se deben encontrar claramente definidas, deben ser transparentes, no discriminatorias, controlables y proporcionales, en un contexto en que no deben afectar las condiciones de competencia en el mercado y evitar así fortalecer las posiciones dominantes de los agentes (2013, p. 586).

III. EL PRINCIPIO DE SERVICIO UNIVERSAL

Como hemos advertido previamente, el servicio universal es propio del nuevo régimen de economía social de mercado, donde el Estado se desprende de la titularidad de la actividad económica en los servicios públicos y adquiere un rol subsidiario y garante ante la ineficacia real o potencial del mercado en la atención de los requerimientos de los usuarios, razón por la cual, inclusive, se ha llegado a señalar que el servicio universal es el nuevo servicio público (Hernández, 2016,

pp. 341-345). De esta manera, Carlón justifica la existencia del servicio universal en función de la presencia de fallos de mercado, “a los efectos de garantizar determinadas prestaciones a todos los ciudadanos en determinadas condiciones” (2006, p. 42).

Ahora bien, de acuerdo con Pateiro y Rodriguez, el principio de servicio universal consiste en “un conjunto de servicios básicos que se han de prestar con calidad, de forma permanente, en todo el territorio y a precio asequible para todos los usuarios” (2017, p. 102). Por su parte, Ariño Ortiz sostiene que el servicio universal se refleja a través del “estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho” (citado en Quiñones y Sattler, 2008, p. 38). Como refieren Quiñones y Sattler, estas características del servicio universal imponen al Estado la obligación de “determinar cuáles son esos servicios básicos, así como los niveles de calidad y cobertura mínimos que deben estar disponibles con carácter universal y a un precio asequible” (2008, p. 41)⁸.

Como se podrá apreciar, es clave en la formulación del servicio universal tomar decisiones más allá de la sola accesibilidad al servicio. En general, somos de la opinión que los aspectos claves de la definición del servicio universal están compuestos por la cobertura (que se va a encontrar compuesto por un componente subjetivo, donde se establecerán las características de los usuarios beneficiarios de las políticas de servicio universal, tales como condición económica y consumo máximo, así como elementos objetivos, donde se plasmarán aspectos como área de ubicación geográfica y tipo de suministro), calidad (las condiciones mínimas de servicio con que deberá contar cada usuario) y asequibilidad (que buscará facilitar la capacidad de pago y por tanto, hacer efectivo el acceso de los usuarios al servicio). Por este motivo, coincidimos con Hernández cuando señala que el servicio universal se encuentra compuesto por cuatro principales factores (2016, p. 347):

⁷ El autor señala que las obligaciones de servicio público surgen como obligaciones en sentido prestacional que se imponen a los operadores de manera supletoria a las obligaciones que derivan de sus estatutos ordinarios con la finalidad de que se preste un determinado servicio al margen de criterios meramente comerciales. Asimismo, indica que el cumplimiento de estas obligaciones será compensado en la medida que les suponga un perjuicio competitivo no justificable (Carlón, 2006, p. 42).

⁸ Dentro de las decisiones que deberá tomar el Estado sobre el ordenamiento del mercado se encuentra aquella referida a la intensidad de la regulación, pues como señala el Tribunal Constitucional en el considerando 40 de la sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-PI/TC, “[...] lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es o identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención” (2005). De esta manera, el Estado deberá decidir si lo conveniente es la regulación de precios o la libertad de precios, si las actividades económicas se someten al régimen de competencia, si se realiza control de concentraciones empresariales de manera *ex ante* o la cautela de la competencia se realiza únicamente de manera *ex post*, si se regula el *unbundling* o desintegración vertical (separando actividades competitivas versus no competitivas), si se imponen obligaciones de libre acceso a las facilidades esenciales, decisiones sobre la definición de estándares de calidad, la posible imposición de obligaciones de licitaciones supervisadas de compra o venta, libre entrada versus régimen de concesiones/autorizaciones, libre entrada versus exclusividad (monopolio legal), planificación, subsidios, empresas públicas, etc.

- Factor geográfico: el área geográfica sobre la cual el Estado garantiza la accesibilidad de la infraestructura para los usuarios. Dentro de esta área geográfica todos los usuarios tienen derecho a acceder al servicio, independientemente de su ubicación.
- Factor personal: la definición de los usuarios quienes se verán beneficiados de las obligaciones del servicio universal.
- Factor de accesibilidad: la existencia de una tarifa asequible que viabilice un acceso efectivo de los usuarios al servicio.
- Factor servicio: la definición de las condiciones mínimas de calidad.

Para lograr el principio de servicio universal se debe garantizar el servicio para todos, lo cual implica, por un lado, establecer compensaciones desde las zonas más agregadas, y por tanto, con menor costo medio de provisión, a favor de zonas con más dispersión, por lo que enfrentan mayores costos medios. Además, dicho principio abarca diseñar compensaciones a favor de usuarios de ingresos más bajos, y que, por tanto, se encuentren en riesgo de perder el servicio por incapacidad de pago, situación que se puede presentar tanto en las zonas agregadas como en las zonas dispersas (Pateiro & Rodríguez, 2017, pp. 104-109).

Por este motivo, Laguna de Paz señala que cumplir el principio de servicio universal implica no solo garantizar la accesibilidad, sino también asegurar la asequibilidad económica (citado en Pateiro & Rodríguez, 2017, p. 109). Es por este motivo que Carlón define como los elementos más relevantes del principio de servicio universal a la accesibilidad y la asequibilidad, pues “de poco sirve garantizar la conexión a la red en todo el territorio [...] si no se controlan los precios a cobrar por tal conexión –minorando los costes de conexión más alejada o siendo sensible a las posibilidades de los abonados socialmente más débiles, aunque residan en núcleos urbanos” (2006, pp. 44-45). Es por esta razón que Pateiro y Rodríguez señalan que en el principio de servicio universal el componente redistributivo se expresa de manera muy intensa (2017, p. 109).

Siendo así, las obligaciones de servicio universal buscan atacar, normalmente, tanto los problemas de expansión de la red como de la incapacidad de las personas de más bajos recursos de poder pagar por el servicio. Ning y Willington sostienen lo siguiente:

Las obligaciones de servicio universal son todavía bastante comunes en países en desarrollo y subdesarrollados, donde el acceso a ciertos servicios –como en el caso de la telefonía fija– está lejos de ser universal. En estos países, el problema del acceso universal típicamente tiene dos dimensiones diferentes: una de ellas es la dimensión rural, que se asocia principalmente a redes subdesarrolladas y sus mayores costos en áreas menos pobladas; y la otra está relacionada con la (falta de) capacidad de los consumidores de bajos ingresos a pagar por servicios en áreas donde hay redes disponibles. (2009, p. 2) [traducción libre]⁹

Más aún, la definición del servicio universal no es estática, muy por el contrario, es una materia dinámica que dependerá de las necesidades de la población y del nivel de desarrollo de cada país. Por ejemplo, en países donde ya se ha logrado la extensión general de las redes, tal como electricidad o de gas natural, el foco de atención de las políticas del servicio universal se podría encontrar dirigida a garantizar la conexión de las personas con menores recursos económicos o pertenecientes a grupos sociales con especiales dificultades, mientras que en países con déficit de acceso las políticas de servicio universal se podrían encontrar dirigidas a lograr la extensión y a brindar el suministro, por lo menos algunas horas del día, a personas que no cuentan con servicio.

El factor tecnológico también ocupa un papel relevante al considerar la característica dinámica del servicio universal, siendo la telefonía un claro ejemplo, pues donde antes la telefonía fija ocupaba una posición transcendental (por lo que nadie negaba la necesidad de su provisión y regulación), hoy en día se ha visto desplazada por la telefonía móvil e incluso por el internet¹⁰, por lo que la necesidad de su regulación ya no se sostiene.

Más aún, tal como refieren Quiñones y Sattler, las obligaciones del servicio universal se pueden

⁹ Texto original:

These USOs are still quite common in developing and underdeveloped countries, where access to certain services –as in the case of fixed telephony– is far from being universal.¹ In these countries, the universal access problem typically has two different dimensions: one of these is the rural dimension, which is mainly associated to underdeveloped networks and its larger costs in less populated areas;² and the other one is related to the (un)willingness of low income consumers to pay for services in areas where networks are available. (2009)

¹⁰ Esta dinámica se conoce como competencia intermodal, en la teoría económica. Para más información, véase a Barrantes (2018, p. 36).

encontrar presentes indistintamente que nos encontremos frente a actividades económicas que se brindan en un régimen de competencia como para aquellas que se brindan en condiciones monopólicas o de exclusividad (2008, p. 35). Por ejemplo, la generación de energía eléctrica constituye un mercado abierto a la competencia, mientras que el transporte de gas natural por red de ductos constituye un mercado caracterizado por la existencia de monopolios naturales y regulación de precios, reconocido también por Leyva (2022, p. 26); no obstante, en ambos casos, el Estado interviene de manera consistente, mediante el empleo de diferentes técnicas regulatorias, con el objetivo de alcanzar los objetivos del servicio universal.

Es importante, a su vez, considerar que las obligaciones de servicio universal, conforme lo refiere Hernández, crean verdaderos derechos subjetivos en los particulares, de manera que estos puedan exigir la adecuada cautela frente a las instituciones reguladoras como frente a los tribunales jurisdiccionales correspondientes (2016, p. 361). Esta discusión se llevó a cabo, por ejemplo, como parte de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC, en el cual la Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios de la Urbanización los Huertos de la Molina interpusieron una demanda de amparo contra la empresa de distribución de energía eléctrica Luz del Sur y Osinergmin, donde alegaba, entre otros puntos, la vulneración del derecho de acceso al servicio público de electricidad¹¹.

IV. EL PRINCIPIO DE SERVICIO UNIVERSAL EN EL SECTOR ENERGÍA PERUANO

En vista de lo analizado previamente, nos preguntamos, ¿qué estrategias lleva a cabo adelante el Estado para cumplir sus compromisos de servicio universal en el sector energético peruano? Sobre el particular, establecer adecuadamente estas estrategias no es banal, puesto que, como señala Carlón, se debe lograr un “difícil equilibrio entre la garantía eficiente del servicio universal y la neutralidad respecto del libre desenvolvimiento

del mercado” (2006, p. 66). Como antes se ha indicado, las obligaciones de servicio público implican sacrificios extraordinarios para los operadores, más allá de las prácticas ordinarias en el mercado, por lo que, solo en ese caso, merecerán compensaciones, pues de lo contrario se podría afectar la dinámica competitiva en el mercado.

Inclusive, existen diversos estudios realizados por la literatura económica que analizan los efectos de las políticas de servicio universal, tanto los aspectos positivos como los negativos. Los autores Berg, Jian y Lin resumen las principales conclusiones para el sector telecomunicaciones, de la siguiente manera:

- La infraestructura de telecomunicaciones está relacionada positivamente con el crecimiento económico cuando la infraestructura de telecomunicaciones ofrece un servicio casi universal.
- La regulación del servicio universal lleva a tener menos competidores en el mercado en ciertos niveles de demanda.
- Los pagos por servicio universal a proveedores de telecomunicaciones en regiones de altos costos no reducen los precios de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales.
- Se ha medido el impacto de las políticas de servicio universal en la tasa de penetración del servicio telefónico a nivel residencial (2011, p. 4) [traducción libre]¹².

De esta manera, se debe tener en cuenta que la implementación de subsidios puede, a su vez, ocasionar efectos negativos. En este sentido, los autores Berg, Jiang y Lin señalan que existe evidencia que demuestra que en el sector telecomunicaciones de Estados Unidos las empresas subsidiadas respondieron incrementando sus costos, cuando, en principio, dicho subsidio se encontraba destinado a reducir las tarifas domiciliarias de los usuarios de bajos recursos para el desarrollo de infraestructura rural, a determinados colegios y bibliotecas,

¹¹ Esto es así porque el Tribunal Constitucional ha señalado que la electricidad es un derecho constitucional no enumerado, “sin los cuales las personas no pueden tener una vida digna, ejercitar sus demás derechos, ni desarrollarse en sociedad” (Sentencia 02154-2018-PA/TC, 2022). Para mayor detalle, véase a los fundamentos jurídicos tercero, cuarto, sexto y séptimo de la misma sentencia.

¹² Texto original:

For example, Röller and Waverman (2001) find that telecommunications infrastructure is positively related to economic growth when the telecommunications infrastructure provides nearly universal service. Using engineering data, Faulhaber and Hogendorn (2000) show that the universal service regime leads to fewer competitors in the market at some demand levels. Rosston, Savage, and Wimmer (2008) find that universal service payments to telecommunications suppliers in high-cost regions do not reduce the prices of telecommunications services in rural areas. A number of studies of universal service policy have also measured its impact on the household penetration rate of telephone service [...]. (2011)

así como a los centros de salud rurales (2011, p. 1). Conforme señalan los autores en mención, esto consiste en un problema de riesgo moral donde “las empresas proveedoras buscan obtener ventajas de la información asimétrica entre ellas y la agencia reguladora para estratégicamente incrementar los subsidios” (Berg *et al.*, 2011, pp. 2-3) [traducción libre]¹³. En la misma línea, los autores precisan que esto es posible, por ejemplo, cuando es difícil llevar a cabo una separación de costos entre áreas o usuarios sujetos a subsidios, versus otros que no lo son, lo cual facilita el incremento de los costos o su sobre exageración por parte de las empresas (Berg *et al.*, 2011, p. 14).

Habiendo hecho énfasis en la necesidad de una adecuada regulación de los subsidios, retornamos al tratamiento del servicio universal en el sector energía peruano. Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que la electricidad es un derecho humano no enumerado, y además ha ratificado su carácter de servicio público¹⁴. Esto no significa que el acceso a la electricidad sea automático, pues para la prestación del servicio de electricidad se debe tener en cuenta también otras consideraciones como “la protección del medio ambiente, la seguridad de las redes eléctricas, y que se considere la producción nacional de electricidad”¹⁵.

Este reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional tiene su expresión legislativa en el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas, donde se indica que constituyen servicios públicos de electricidad el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, así como la transmisión y distribución de electricidad. Además, se afirma que el servicio público de electricidad es de utilidad pública. En el mismo sentido, en el artículo 2 de la Ley 28832 se señala que es de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el servicio público de electricidad.

Ahora bien, no hemos podido identificar sentencias del Tribunal Constitucional donde se pronuncien sobre la distribución de gas natural por red

de ductos; no obstante, dado que, mediante el artículo 79 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹⁶ se reconoce como servicio público a la distribución de gas natural por red de ductos, las reglas detalladas previamente para la electricidad también le deberían de ser aplicadas; de esta manera, es responsabilidad del legislador definir las condiciones para la prestación del servicio de electricidad y del gas natural.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que es responsabilidad del Estado desarrollar legislativamente el estándar de la regulación de los servicios públicos¹⁷, así como definir las condiciones para la prestación del servicio pues su acceso no es automático y se encontrará supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación sectorial, por lo que se trata de un “derecho constitucional de configuración legal” (Sentencia 02151-2018-PA/TC, 2022).

Por este motivo, hasta la fecha, la legislación sectorial ha publicado, entre otras, las siguientes normas en materia electricidad:

- Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 25844 (1992) (en adelante, LCE), y su Reglamento, Decreto Supremo 009-93-EM (1993) (en adelante, RLCE)
- Ley que crea el Fondo de la Compensación Social Eléctrica, Ley 27510 (2001) (en adelante, Ley FOSE)
- Ley que crea el mecanismo de compensación de la tarifa eléctrica residencial, Ley 30468 (2016)
- Ley General de Electrificación Rural, Ley 28749 (2006)
- Ley para Asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Ley 28832 (2006)
- Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, Decreto Legislativo 1002 (2008)

¹³ Texto original: Service providers might want to take advantage of information asymmetries between them and the agencies that carry out the program to strategically increase the subsidy.

¹⁴ Véase al fundamento jurídico séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC. Cabe señalar que la Ley 28832, en su artículo 2 señala que es “de interés público y responsabilidad del Estado asegurar el abastecimiento oportuno y eficiente del suministro eléctrico para el Servicio Público de Electricidad” (2006).

¹⁵ Véase al fundamento jurídico octavo de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC.

¹⁶ Artículo 79 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.- La distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público. [...] (2005).

¹⁷ Véase al fundamento jurídico 40 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 034-2004-PI/TC.

- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Supremo 042-2005-EM (2005)
- Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, Ley 27133 (1999)
- Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, Decreto Supremo 081-2007-EM
- Reglamento de la Tarifa Única de Transporte de Gas Natural, Decreto Supremo 036-2010-EM
- Reglamento del Mercado Secundario de Gas Natural, Decreto Supremo 046-2010-EM
- Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, Decreto Supremo 040-2008-EM
- Reglamento de Comercialización de Gas Natural Comprimido (GNC) y Gas Natural Licuefactado (GNL), Decreto Supremo 057-2008-EM

Asimismo, es de resaltar la Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, Ley 29852 (en adelante, Ley del FISE), ya que su aplicación es transversal en el sector energía, pues sirve como mecanismo para lograr la expansión y subvención de los suministros de energía en Perú.

De acuerdo con Cairampoma, la legislación del sector eléctrico no incorpora una mención expresa al servicio universal¹⁸ (2012, p. 187). No obstante, refiere el autor que los compromisos del servicio universal para el sector eléctrico se desprenden de la doctrina y del Plan Nacional de Electrificación Rural para el Período 2012-2021, el cual aspira a alcanzar el 100% de **acceso universal** para todos los peruanos para fines del bicentenario. Como se puede apreciar, **se aspira a lograr el acceso universal y no el servicio universal**, que, conforme ha sido explicado previamente, constituyen dos materias diferentes¹⁹.

Se apoya la posición del autor Cairampoma respecto a que el sector energía no contiene normas legales claras con relación al servicio universal. Sin perjuicio de ello, en este estudio se sostiene que

el documento público más relevante y vigente que debería explicar la política de servicio universal en el Perú es el Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027, aprobado por Resolución Ministerial 053-2023-MINEM/DM, cuyo numeral 5 define los siguientes lineamientos del Plan de Acceso Universal:

- a) **Alcanzar la cobertura total del suministro de electricidad e hidrocarburos.**
- b) **Subsidiar de manera temporal y focalizada el costo de la energía en los segmentos poblacionales de bajos ingresos del Perú.**
- c) Involucrar a los gobiernos regionales y locales en la formulación de los programas de energización urbana y rural.
- d) Impulsar el uso productivo de energía en zonas aisladas, rurales y urbano-marginales.
- e) **Priorizar e impulsar la construcción de sistemas de transporte que garanticen la seguridad y confiabilidad del sistema energético nacional (sector eléctrico).**
- f) Promover la sustitución de combustible líquidos derivados del petróleo por gas natural y GLP en la industria y el transporte urbano, interprovincial y de carga.
- g) **Facilitar sistemas descentralizados en la distribución de gas natural en todos los sectores de consumo del país.**
- h) **Ampliar y consolidar el uso energético disponible y asequible en el país con la tecnología más eficiente.**
- i) Promover la inversión en las actividades energéticas a nivel nacional.
- j) **Impulsar la construcción de infraestructura energética básica para cubrir las necesidades del servicio universal.**
- k) Garantizar el transporte y suministro de Gas Natural para implementar sistemas de calentamiento en las zonas altoandinas con presencia de friaje, para reducir la mortalidad infantil y elevar la calidad de vida de las regiones con bajos recursos. (2023) [el énfasis es nuestro]

¹⁸ A manera de acotación, quizá la mención más cercana se puede encontrar en el numeral 1.26 del artículo 3 del Reglamento de la Ley 29852, que define al Acceso Universal a la Energía como la garantía básica de la prestación de un conjunto determinado de servicios de energía en todo el territorio peruano y que se focaliza en la atención de la demanda de energía de los sectores más vulnerables y priorizando la población de menores recursos.

¹⁹ El servicio universal debe velar a su vez por la asequibilidad.

Como se puede apreciar, los lineamientos del Plan de Acceso Universal tienen objetivos bastante elevados, como “Alcanzar la cobertura total del suministro de electricidad e hidrocarburos”. No obstante, los instrumentos regulatorios empleados en el sector energía para alcanzar dicha aspiración no se encuentran adecuadamente conectados, cada uno se aprueba de manera independiente y no están articulados. Por ejemplo, en las secciones 6 y 7 del Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027, se detallan recursos que se utilizarán para lograr los objetivos del Plan, pero no se hace ninguna mención al FOSE.

Conforme se explicará más adelante, el FOSE es una de las principales herramientas en el sector eléctrico para la expansión de la frontera eléctrica y para asegurar la asequibilidad de la tarifa. Muchos hogares de bajos recursos pueden mantener el suministro de electricidad gracias a los subsidios del FOSE. Asimismo, nuevos usuarios eléctricos se van conectando mediante tarifas solares, denominada BT8, debido a la posibilidad de recibir un subsidio del FOSE que bordea el 80% de la factura. Siendo así, es inexplicable que un Plan de Acceso Universal, que tiene aspiraciones tan agresivas como brindar 100% de suministro energético a los hogares, haya omitido el FOSE, lo cual corrobora nuestra afirmación con relación al déficit de una política regulatoria clara y estrategias adecuadamente coordinadas para el cumplimiento de las obligaciones del servicio universal en el sector energía.

V. MODELOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SERVICIO UNIVERSAL EN EL SECTOR ENERGÍA PERUANO

En la presente sección se describirán las principales técnicas utilizadas en Perú, dentro del sector energía con el propósito de alcanzar los objetivos del servicio universal. Para ello, se prestará mayor atención en las técnicas que permiten lograr ‘tarifas asequibles’ y la expansión de la infraestructura energética. Para realizar una explicación didáctica, se empleará el estudio de casos.

A. Modelos que se basan en la creación de incentivos regulatorios mediante regulación por agencia: Análisis del caso de la Tarifa de Distribución Eléctrica - VAD

En el sector eléctrico peruano, las Tarifas de Distribución, también conocidas como el Valor Agregado de Distribución²⁰, se determinan a partir de los costos estándares de inversión, operación y mantenimiento de una empresa modelo eficiente²¹; de acuerdo con el artículo 65 de la LCE, el costo de inversión es equivalente a la anualidad del Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante, VNR) del Sistema Económicamente Adaptado (en adelante, SEA). Respecto al VNR, este representa el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes²². Por otro lado, el SEA es aquel sistema eléctrico en el que existe una correspondencia de equilibrio entre la oferta y la demanda de energía, procurando el menor costo y manteniendo la calidad del servicio²³.

Como señala Leyva, el “VNR buscaba acercar la regulación al mercado, pues en este último la valorización de los activos no se realiza en función de costos históricos o contables, sino en función de la tecnología y precios vigentes” (2022, p. 21). Asimismo, el autor en mención señala que:

El SEA permite introducir la señal de inversión eficiente, de manera que solamente se acepten las inversiones que se requieran para atender la demanda, léase, en un equilibrio entre oferta y demanda, descartando la remuneración de excesos de inversión. (Leyva, 2022, p. 21)

Respecto a la determinación del VAD, esto se realiza de manera individual para cada empresa concesionaria de distribución eléctrica, siempre que su demanda sea como mínimo cincuenta mil suministros²⁴. Los costos que se incorporan en el VAD nacen a partir de estudios de costos que se determinan en base a criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del

²⁰ El artículo 63 de la LCE señala que las tarifas máximas a los Usuarios Regulados comprenden (i) los Precios a Nivel Generación; (ii) los peajes unitarios de los sistemas de transmisión correspondientes; y (iii) el Valor Agregado de Distribución.

²¹ El artículo 64 de la LCE reconoce que el VAD se basa en una empresa modelo eficiente con un nivel de calidad preestablecido en las normas técnicas de calidad, y además, señala sus componentes.

²² El artículo 76 de la LCE señala que el VNR representa el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes, para lo cual considera gastos financieros, gastos por concepto de estudios y supervisión y gastos y compensaciones por servidumbres.

²³ De acuerdo con la definición 14 del Anexo de la LCE, el SEA es aquel sistema eléctrico en el que existe una correspondencia de equilibrio entre la oferta y la demanda de energía, procurando el menor costo y manteniendo la calidad del servicio.

²⁴ El artículo 66 de la LCE establece que el VAD se calcula de manera individual para cada concesionario de distribución que preste el servicio a más de cincuenta mil suministros, de acuerdo al procedimiento que fije el RLCE. Para los demás concesionarios de distribución, el VAD se calcula de manera agrupada, conforme sea aprobado por el MINEM.

ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión, entre otras²⁵.

Cada concesión se encuentra conformada por diferentes zonas denominadas **Sectores Típicos de Distribución**, los cuales constituyen instalaciones de distribución con características técnicas similares en la disposición geográfica de la carga, características técnicas, así como los costos de inversión, operación y mantenimiento, por lo que una concesión puede estar conformada por uno o más Sectores de Distribución Típicos²⁶; por ejemplo, un sector podría ser urbano, otro rural, etc.

No obstante, la Tarifa de Distribución que se determina para la concesión es una sola, para lo cual se utilizan Factores de Ponderación²⁷. Para dicho efecto, el VAD de cada distribuidora se calcula a partir de estudio de costos de la totalidad de sus sistemas eléctricos agrupados por Sector Típico. Dicho VAD será determinado aplicando los respectivos Factores de Ponderación de cada sistema eléctrico determinados en función de su máxima demanda de distribución, respecto a la sumatoria de la máxima demanda total de los sistemas eléctricos que conforman la concesión²⁸.

De esta manera, al constituir el VAD una sola tarifa dentro de cada concesión, existen subsidios entre los usuarios que se ubican en los Sectores Típicos con menor costo medio (usuarios aportantes), a favor de los usuarios eléctricos ubicados en los Sectores Típicos con mayor costo medio (usuarios beneficiados), llegando a tarifas más asequibles, objetivo propio del Servicio Universal. Para evitar el descreme del mercado, los concesionarios de distribución tienen exclusividad dentro de su zona de concesión²⁹.

Como se puede ver, el VAD incentiva (o en todo caso debería incentivar) la inversión, en la medida que la expansión del sistema y las nuevas inversiones que realicen los concesionarios de distribución serán remunerados mediante los criterios antes expuestos (regulación por agencia) y darán lugar a tarifas que se mantienen vigentes por períodos de cuatro años. Teóricamente, las reglas tarifarias deberían promover el desarrollo de las redes eléctricas y la atención de nuevos usuarios eléctricos³⁰. Más aún, el VAD incorpora subsidios cruzados, aunque es un 'subsidio ciego', que no discrimina entre beneficiarios de altos o bajos recursos; este mecanismo de compensación permite que cada concesión tenga un solo precio o tarifa, con lo cual las zonas de mayor costo son subsidiadas por las zonas de menor costo, objetivo de asequibilidad, antes comentado. Cada concesión tiene su propio VAD y para evitar diferencias, existen otros mecanismos de compensación que serán explicados posteriormente.

B. Modelos que se basan en esquemas de subastas mediante regulación por contrato (Sistemas Garantizados de Transmisión)

En el sector eléctrico se aprueba un Plan de Transmisión que constituye un estudio periódico, aprobado por el Ministerio de Energía y Minas que identifica, mediante un análisis centralizado, los requerimientos de equipamiento de transmisión necesarios para mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del sistema para un horizonte no mayor de diez años. Este estudio tiene como finalidad un plan recomendado de obras de transmisión que considere los diversos escenarios de la expansión de la generación y de crecimiento de la demanda futura, el cronograma de ejecución y la asignación de las compensaciones para su remuneración³¹.

²⁵ El artículo 67 de la LCE señala que, Osinergmin, por medio de la aprobación de Términos de Referencia, establecen los componentes del VAD.

²⁶ La definición 13 del Anexo de la LCE señala que el Sector de Distribución Típico son instalaciones de distribución con características técnicas similares en la disposición geográfica de la carga, características técnicas, así como los costos de inversión, operación y mantenimiento; además que una concesión puede estar conformada por uno o más Sectores de Distribución Típicos.

²⁷ De acuerdo con la Definición 7 de la LCE, los Factores de Ponderación son los valores que representan la proporción de cada Sector Típico de Distribución en una concesión de distribución.

²⁸ Se debe realizar una lectura sistemática del 147 del RLCE y el artículo 68 de la LCE.

²⁹ Para mayor detalle, véase al artículo 30 de la LCE.

³⁰ No obstante, como señala Leyva, para la distribución eléctrica, la búsqueda de objetivos eficientes para la regulación por medio del VNR (también conocido como 'regulación por sectores típicos', por Osinergmin), obstaculizó la expansión del servicio, por lo que no era posible lograr la universalización; en ese sentido, el crecimiento de la red se llevó a cabo a través de los mecanismos de la LGER (2022, p. 22).

³¹ A partir de una lectura sistemática de la definición 21 del artículo 1 de la Ley 28832 y del artículo 13 del Reglamento de Transmisión, el Plan de Transmisión tiene los siguientes objetivos generales: (i) identificar las obras de transmisión que permitan el abastecimiento económico y seguro de la energía eléctrica en bloque; (ii) promover la competencia entre

De esta manera, las obras del Plan de Transmisión permiten no solo mantener o mejorar la calidad, fiabilidad, seguridad o economía del sistema eléctrico, sino también **asegurar el abastecimiento económico y seguro de la energía eléctrica y promover la integración de regiones eléctricamente aisladas y la ampliación de la frontera eléctrica**, con lo que se puede acreditar que las obras del Plan de Transmisión son indispensables para lograr los objetivos del servicio universal en el sector eléctrico.

De conformidad con la Ley 28832³², el Plan de Transmisión tiene carácter vinculante para las decisiones de inversión que se adopten durante su vigencia. En tal sentido, el SGT constituye el conjunto de activos o instalaciones de transmisión que se construyen como resultado del Plan de Transmisión y cuya concesión y construcción sean resultado de un proceso de licitación pública, el cual se podrá encontrar a cargo del propio Ministerio o de ProInversión³³.

Así, los componentes de inversión, operación y mantenimiento de la base tarifaria del SGT son iguales a los valores que resulten del proceso de licitación pública³⁴ (regulación por contrato). La compensación para remunerar la base tarifaria de las instalaciones del SGT es asignada a los usuarios, a nivel nacional, por Osinerghin³⁵.

Como se puede apreciar, en el caso de las instalaciones del SGT, que implementan las obras del Plan de Transmisión y que representan obras imprescindibles para lograr los objetivos del servicio universal (debido a que atienden los objetivos de calidad, accesibilidad y asequibilidad, antes desarrollados), y que se ejecutan en virtud de licitaciones, su remuneración no obedece a un proceso de cálculo del regulador, como es el caso del VAD antes comentado, sino que en el caso del SGT, su

regulación obedece a la oferta económica que resultó adjudicada en la subasta, eliminando el riesgo regulatorio.

En vista de la importancia de las obras del SGT, estas líneas de transmisión son remuneradas por todos los usuarios eléctricos conectados al Sistema Interconectado Nacional Eléctrico (SEIN); por ende, todos los usuarios contribuyen en iguales proporciones.

C. Modelos que se sirven de la implementación de subsidios intrasectoriales (FOSE)

El FOSE, creado por la Ley 27510, se encuentra dirigido a favorecer el acceso y permanencia del servicio eléctrico a todos los usuarios residenciales del servicio público de electricidad, pertenecientes a los sistemas interconectados o a los sistemas aislados, cuyos consumos mensuales sean menores o iguales a 140 kWh/mes comprendidos dentro de las opciones tarifarias en baja tensión de uso residencial o aquellas que posteriormente las sustituyan; se consideran también a aquellos usuarios residenciales de suministros colectivos de venta en bloque con consumo unitario promedio menor o igual a 140 kWh/mes incluyéndose los suministros eléctricos en baja tensión, medidos a través de un medidor conectado en media tensión³⁶.

En el año 2023, mediante la Ley 31728, se crearon criterios de exclusión, con el objetivo de retirar dentro de los beneficiarios a los usuarios eléctricos pertenecientes a los estratos socioeconómicos alto y medio alto, a las casas de playa, así como a los usuarios con nombres comerciales³⁷.

Más aún, el subsidio del FOSE no es homogéneo, sino que este varía de acuerdo con diferentes factores, conforme se puede apreciar en la siguiente tabla³⁸:

Agentes del Sistema Interconectado Nacional Eléctrico; (iii) propiciar el desarrollo armónico de las instalaciones de transmisión económicamente justificadas; (iv) que las instalaciones de transmisión satisfagan los requerimientos de seguridad y calidad de servicio establecidos en las normas pertinentes; (v) promover la integración de regiones eléctricamente aisladas y la ampliación de la frontera eléctrica.

³² El artículo 21 de la Ley 28832 señala que el desarrollo del SGT se realiza conforme al Plan de Transmisión, el cual debe actualizarse y publicarse cada 2 años por el Ministerio de Energía y Minas.

³³ Para mayor detalle, véase a la definición 30 del artículo 1, del artículo 32 de la Ley 28832, y el artículo 2 del Reglamento de Transmisión.

³⁴ El artículo 25 de la Ley 28832 establece los componentes de inversión, operación y mantenimiento de la base tarifaria.

³⁵ El artículo 26 de la Ley 28832 establece la manera en la que se debe efectuar la remuneración de la base tarifaria.

³⁶ El artículo 1 de la Ley 27510, Ley FOSE, establece que el FOSE está dirigido a favorecer el acceso y permanencia del servicio eléctrico a todos los usuarios residenciales del servicio público de electricidad.

³⁷ El artículo 3-A de la Ley 27510 establece los criterios de exclusión de usuarios residenciales.

³⁸ El artículo 3 de la Ley 27510 establece el ámbito de aplicación del FOSE.

Tabla 1:

Usuarios (*)	Sector (**)	Reducción tarifaria para consumos menores o iguales a 30 kWh/ mes	Reducción tarifaria para consumos mayores a 30 kWh/ mes hasta 140 kWh/mes
Sistemas interconectados	Urbano	30% del cargo de energía	9 kWh/mes por cargo de energía
	Urbano-rural y rural	60% del cargo de energía	18 kWh/mes por cargo de energía
Sistemas aislados	Urbano	60% del cargo de energía	18 kWh/mes por cargo de energía
	Urbano-rural y rural	77,5% del cargo de energía	23,25 kWh/mes por cargo de energía

Fuente: Elaboración propia

Adicionalmente, la norma señala que en el caso de los sistemas no convencionales de los SER, principalmente sistemas solares, los factores son 80% y 24 kWh/mes, respectivamente.

Ahora bien, el FOSE se financia mediante aportes realizados por los usuarios eléctricos pertenecientes al sistema interconectado, libres y regulados, en el caso de estos últimos, siempre que se no se encuentren dentro de la categoría de beneficiarios³⁹.

Como se podrá apreciar, el FOSE es un mecanismo de subsidio intrasectorial, que permite el acceso y permanencia (asequibilidad), objetivos propios del servicio universal, del servicio eléctrico, donde aportan los usuarios eléctricos ‘más favorecidos’, mediante un recargo en el recibo de electricidad, para apoyar a los usuarios eléctricos ‘menos favorecidos’, mediante un descuento en sus recibos de electricidad.

A diferencia del VAD y del SGT antes explicados, donde los objetivos del servicio universal se plasman en su configuración, en el primer caso, bajo la responsabilidad del regulador al momento de determinar la tarifa del VAD (regulación por agencia), y en el segundo caso, mediante un esquema de licitaciones por lo que la tarifa de los SGT obedece exclusivamente a la oferta económica de los adjudicatarios (regulación por contrato); en el caso del FOSE para su funcionamiento se aplican recargos o descuentos a las facturas eléctricas, léase que se agregan o se descuentan a las tarifas que pagan los usuarios eléctricos. Por tanto, el FOSE no altera ninguna de las tarifas eléctricas *per se*, sino que es un factor exógeno que puede incrementar o descontar de la factura eléctrica.

El FOSE se aplica de la misma manera en todas las concesiones eléctricas, tanto para aquellas que

se ubican en el sistema interconectado nacional como para las que se encuentran en los sistemas aislados.

D. Modelos que se sirven de la implementación de subsidios cruzados intersectoriales (FISE)

El FISE se aprobó mediante Ley 29852, el cual constituye un sistema de compensación energética, que permite brindar seguridad al sistema, así como de un esquema de compensación social y mecanismos de acceso universal a la energía⁴⁰. El FISE se financia con aportes de los usuarios libres de electricidad, de los productores e importadores de hidrocarburos al momento de realizar la venta primaria, así como de los usuarios de transporte de gas natural por ductos⁴¹.

Los recursos del FISE se destinan para la masificación del gas natural, para la compensación para el desarrollo de nuevos suministros en la frontera energética y como compensación social y promoción para el acceso al GLP, como compensación a las empresas de distribución de electricidad por la aplicación del mecanismo de compensación de la tarifa eléctrica residencial y para la implementación del mecanismo de promoción creado por el Decreto Supremo 040-2008-EM que subsidia la conexión y las instalaciones internas de distribución de gas natural por red de ductos⁴². Los subsidios del FISE no son ciegos, pues como señala la norma se encuentran destinados para poblaciones vulnerables o de bajos recursos.

Como se puede apreciar, así como el FISE tiene distintas fuentes de recursos, provenientes de usuarios de electricidad (libres), hidrocarburos (venta primaria) y gas natural (transporte por ductos), el fondo utiliza sus recursos para diferentes políticas de acceso y permanencia en el sector

³⁹ El artículo 2 de la Ley 27510 establece los recursos que financian al FOSE.
⁴⁰ El artículo 3 de la Ley 29852 define al FISE como un sistema de compensación energética, que permita brindar seguridad al sistema, así como de un esquema de compensación social y mecanismos de acceso universal a la energía.
⁴¹ El artículo 4 de la Ley 29852 establece los recursos por medio de los cuales se financia el FISE.
⁴² El artículo 5 de la Ley 29852 establece el destino del FISE.

energía. Esto es tan variopinto que se puede afirmar que usuarios libres de electricidad aportan para subsidiar el consumo de GLP de poblaciones vulnerables.

A diferencia de los subsidios intrasectoriales, como el FOSE, donde por razones de solidaridad existen compensaciones dentro del mismo mercado eléctrico; en el caso del FISE estamos hablando de subsidios cruzados intersectoriales, donde los usuarios aportantes y beneficiarios se ubican en mercados diferentes, por ejemplo, electricidad y GLP⁴³.

A través del FISE, se atienden, dos objetivos propios del Servicio Universal, asequibilidad y accesibilidad, pues se permitirá que los productos energéticos se encuentren al alcance de todos los usuarios identificados como vulnerables a precios razonables.

E. Modelos que implican la imposición de obligaciones especiales- El Plan Quinquenal de Inversiones de Gas Natural por Red de Ductos

Mediante Decreto Supremo 042-2005-EM se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, norma que otorga el carácter de servicio público a la actividad de distribución de gas natural por red de ductos⁴⁴.

En tal sentido, con el objetivo de llevar a cabo un desarrollo ordenado del servicio de distribución de gas natural por red de ductos, se creó el Plan Quinquenal que constituye el programa de ejecución del sistema de distribución elaborado por el Concesionario para un período de cinco años⁴⁵, el cual es aprobado por Osinergmin y que resulta de obligatorio cumplimiento por parte de las concesionarias⁴⁶.

El Plan Quinquenal permite que el Estado intervenga en las decisiones de expansión de la red de distribución, llevando el servicio a los lugares que son de mayor interés para el Estado⁴⁷, toda vez que el Plan para su aprobación, primero, requiere un pronunciamiento por parte del Ministerio de Energía y Minas, y finalmente, es aprobado por el organismo regulador, Osinergmin.

Ahora bien, el costo que representan las obras incluidas dentro del Plan Quinquenal se incorpora por el regulador dentro del VNR⁴⁸ en el proceso de determinación tarifaria⁴⁹, es decir, el costo que representa el Plan se incorpora de manera anticipada en las tarifas, a pesar de que las obras se encuentren aún en planos, esto con el objeto de ayudar al financiamiento de las obras. Por este motivo, al final del período tarifario se debe llevar a cabo un proceso de liquidación, con el objetivo de que el concesionario reintegre el pago adelantado por las obras no realizadas del Plan⁵⁰.

Cabe señalar que el costo del Plan Quinquenal se incluye dentro de tarifa de la empresa distribuidora a la que se le otorga la obligación especial. Por ejemplo, Contugas es la empresa concesionaria de distribución de gas natural por red de ductos en el departamento de Ica. Por tanto, el costo por el Plan que se apruebe para Contugas, léase la inversión por las obras de expansión de la red en Ica, se incorporan dentro de las tarifas que aprueba el regulador para la concesión de dicho departamento y no existe subsidio cruzado con otras concesiones.

De esta manera, el regulador aprueba un plan de desarrollo de la red de gas natural (Plan Quinquenal), que constituye un mandato de obligatorio cumplimiento para las distribuidoras, con el propósito de cumplir los objetivos del principio de servicio universal. Como hemos podido ver, este mandato viene junto con la asignación de ingresos

⁴³ Cabe señalar que la existencia de subsidios en muchos casos genera debates sobre su naturaleza jurídica, pues en algunos casos se afirmará que son 'cargos tarifarios', mientras que en otros se señalará que constituyen tributos. Este debate jurídico no es materia del presente artículo.

⁴⁴ El artículo 79 del T.U.O. de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece de manera explícita que la distribución de gas natural por red de ductos en un servicio público.

⁴⁵ El numeral 2.33 del artículo 2 del Reglamento de Distribución de Gas Natural, Decreto Supremo 040-2008-EM, establece que el Plan Quinquenal es un Programa de ejecución del Sistema de Distribución elaborado por el Concesionario para un periodo de 5 años.

⁴⁶ Para mayor detalle, véase al artículo 42 del Reglamento de Distribución de Gas Natural.

⁴⁷ Por este motivo, el Plan Quinquenal debe reflejar, entre otros, los siguientes objetivos: competitividad, ampliar cobertura, no discriminación, oportunidad en la atención de los solicitantes, e impacto social, conforme se establece en el artículo 63c del Reglamento de Distribución de Gas Natural.

⁴⁸ Véase a la sección 5.1, en donde presentamos al término VNR, el cual tiene contenido similar tanto en el sector eléctrico como en gas natural.

⁴⁹ El artículo 110 del Reglamento de Distribución de Gas Natural establece qué inversiones se considerarán el cálculo del Margen de Distribución y Margen Comercial.

⁵⁰ El literal d) del artículo 63c del Reglamento de Distribución de Gas Natural establece las obligaciones del concesionario al momento de definir el Plan Quinquenal.

reconocidos en la tarifa, inclusive de manera anticipada, que permiten al concesionario recuperar el costo incurrido en la ejecución del Plan y, en adición, obtener una rentabilidad por las inversiones realizadas.

Claramente este modelo es más ‘seguro’ en comparación con el VAD antes analizado, pues aquí el proyecto es previamente aprobado por el regulador al momento de la aprobación del Plan Quinquenal, reduciendo el espacio de discusión con el regulador sobre la determinación del valor de las inversiones.

El costo de la implementación del Plan Quinquenal para cada concesión lo asumen los usuarios pertenecientes a la concesión donde se aprueba el referido Plan, por lo que no existe subsidio entre diferentes concesiones de distribución de gas natural.

Como se puede observar, mediante este mecanismo se absuelve un objetivo propio del servicio universal, la accesibilidad, pues se permitirá que el gas natural por red de ductos llegue a las zonas identificadas por el Estado como relevantes de acuerdo con las políticas públicas definidas por el Ministerio de Energía y Minas. Para enfrentar el costo de conexión de los potenciales usuarios, existen otros mecanismos de subsidio que benefician a las poblaciones vulnerables. No es necesario subsidiar el consumo, debido a que el gas natural tiene un costo menor respecto de los sustitutos, salvo casos extraordinarios.

F. Modelo de ejecución mediante obra pública (Proyectos de Electrificación Rural)

A diferencia de los casos anteriores, donde el Estado participa mediante las técnicas de regulación (por agencia o para la creación de subsidios cruzados intrasectoriales o intersectoriales), o mediante la concesión, por lo que las etapas de diseño, construcción y operación se encuentra a cargo de las empresas concesionarias; en el caso de la obra pública el modelo es diferente pues el

Estado opta por ejecutar directamente los proyectos para la expansión del servicio, siendo que una vez la construcción del proyecto se haya culminado, se entrega normalmente a una empresa concesionaria estatal para que se encargue de la operación y mantenimiento.

Este es el caso de la LGER, Ley 28749, mediante la cual se creó un marco normativo especial para la promoción y el desarrollo eficiente y sostenible de la electrificación de zonas rurales, localidades aisladas y de frontera del país⁵¹, donde el Estado asume un rol subsidiario⁵².

En virtud de esta ley, el Estado, a través de la Dirección General de Electrificación Rural (en adelante, DGER) perteneciente al Ministerio de Energía y Minas, lleva a cabo proyectos de electrificación con el objetivo de extender la red eléctrica y, con ello, llevar el suministro de electricidad a aquellos que no cuentan con este vital servicio, obras que la entidad pública contrata en el marco de la Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas⁵³.

Es decir, la participación privada se ve limitada a la actividad de contratista, pues el adjudicatario responsable de la obra solo tiene la obligación de ejecutar la obra pública de acuerdo con los parámetros definidos por la DGER en las Bases del concurso público. Una vez finalizada la obra, estas se entregan por el contratista a la DGER y allí culmina su participación, por lo que luego, normalmente las obras se entregan a ADINELSA⁵⁴ o a la empresa distribuidora estatal de la zona para su operación y mantenimiento⁵⁵.

Cabe señalar que los recursos para la electrificación rural provienen de diversas fuentes⁵⁶, tal como transferencias del tesoro público, fuentes de financiamiento externo, el 100% del monto de las sanciones que imponga el Osinergmin, hasta el 25% de los recursos que se obtengan por la privatización de las empresas eléctricas del sector energía y minas, el 4% de las utilidades de las empresas generadoras, transmisoras y distribuidoras

⁵¹ El artículo 1 de la LGER establece que el objetivo de la norma es para la promoción y el desarrollo eficiente y sostenible de la electrificación de zonas rurales, localidades aisladas y de frontera del país.

⁵² El artículo 4 de la LGER establece el rol del Estado en la electrificación rural, el cual es un proceso de ampliación de la frontera eléctrica.

⁵³ Cabe señalar que en virtud de los Artículos 8 y 9 del Reglamento de la LGER, se establece que los recursos que se obtienen en el marco de la LGER son administrados por la DGER, lo cual implica ejecutar directamente las obras y disponer la transferencia de recursos económicos para la ejecución a favor de ADINELSA o de las empresas concesionarias de titularidad estatal. Para efectos de la presente sección del artículo, nos abocamos a las obras que son ejecutadas directamente por la DGER.

⁵⁴ Se trata de la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. - ADINELSA, la cual es una empresa estatal.

⁵⁵ El artículo 18 de la LGER establece las disposiciones para la transferencia de obras y propiedad de conexiones domiciliarias.

⁵⁶ El artículo 7 de la LGER delimita que los recursos para la electrificación rural se constituyen por bienes inembargables.

del sector eléctrico, los recursos que se obtengan sobre la base de convenios de ejecución de obras de electrificación rural con gobiernos regionales y locales, el aporte de los usuarios de electricidad, de 2/1000 de 1 UIT por Megavatio hora facturado, con excepción de aquellos que no son atendidos por el sistema interconectado nacional, los excedentes de la contribución establecida en el literal g) del artículo 31 de la LCE que perciba anualmente la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas por su función normativa y que no sean utilizados en ese ejercicio por dicha dependencia.

Al igual que en el caso del mecanismo del Plan Quinquenal previamente explicado, mediante el mecanismo de proyectos de electrificación rural, que en este caso es ejecutado como obra pública, se atiende un objetivo propio del servicio universal, la accesibilidad. Existen otros mecanismos que facilitan la permanencia en el consumo, tal como el FOSE, que ya fue previamente explicado.

G. La técnica de última ratio, la empresa pública

La actividad empresarial del Estado se encuentra regulada mediante el Decreto Legislativo 1693⁵⁷, el cual define a la actividad empresarial del Estado⁵⁸ como el conjunto de acciones que realiza el Estado, desprovisto de su autoridad de gobierno, con la finalidad de brindar bienes o prestar servicios destinados a sus consumidores y usuarios, ya sean estos finales o no.

La actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria⁵⁹, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada⁶⁰. No obstante, el Estado debe diferenciar el ejercicio de sus potestades públicas de su actividad empresarial⁶¹.

En el sector energía operan muchas empresas públicas, tal como ADINELSA, Electro Oriente S.A., Electro Puno S.A., Electro Sur Este S.A., Electro Ucayali S.A., Electrocentro S.A., Electronoroeste S.A., Electronorte S.A., Electrosur S.A., Hidrandina SA, SEAL S.A., Egasa, S.A., Egemsa S.A., Egesur S.A., ELECTROPERÚ SA, San Gaban S.A. y PETROPERU S.A.⁶². El sector energía tiene una alta incidencia de empresas públicas debido a que:

contiene actividades de servicio público o interés público. Adicionalmente, porque hay un uso intenso de recursos naturales que constituyen patrimonio de la nación [...], sea porque se explotan yacimientos de hidrocarburos, o porque se utilizan fuentes de energía primaria para la producción de electricidad, tales como la fuerza del agua, del sol o del viento. (Leyva, 2017)

Como señalamos previamente, utilizaremos a Petroperú como caso de estudio. Sobre el particular, de acuerdo con la Memoria Anual de Petroperú 2023 (Presidencia del Directorio de Petroperú, 2023, p. 17), esta es una empresa estatal de derecho privado del sector energía y minas, cuyo objeto social es llevar a cabo las actividades de hidrocarburos que establece la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en todas las fases de la cadena de producción de los hidrocarburos, incluyendo sus derivados, la industria petroquímica básica e intermedia, y otras formas de energía. Es en función de esta autorización que Petroperú realiza actividad empresarial en el sector hidrocarburos en los siguientes segmentos (Petroperú, 2023, p. 21):

Cuadro 2:

Actividad	Infraestructura
Explotación de petróleo	Lotes I, VI, Z69, 192
Transporte de petróleo	Oleoducto Nor Peruano (ONP) Flota marítima (contratada) y fluvial (propia y contratada)
Refinación de petróleo	Refinerías Conchán, Iquitos y Talara

⁵⁷ Decreto Legislativo que ordena, sistematiza y optimiza la eficiencia de la actividad empresarial del Estado y fortalece la estructura y gestión del FONAFE.

⁵⁸ El numeral 1 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1693 establece que la actividad empresarial del Estado es el conjunto de acciones que realiza el Estado, desprovisto de su autoridad de gobierno, con la finalidad de brindar bienes o prestar servicios destinados a sus consumidores y usuarios, ya sean estos finales o no.

⁵⁹ Para mayor detalle sobre el rol subsidiario véase el pie de página 5. Asimismo, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 07644-2006-PA/TC (caso GREMCO).

⁶⁰ El numeral 6.2 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1693 reconoce que la actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

⁶¹ El numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1693 señala que el Estado debe diferenciar el ejercicio de sus potestades públicas, de su rol como propietario de empresas.

⁶² El listado de empresas públicas fue recuperado del BCRPData, Banco Central de Reserva del Perú, Gerencia Central de Estudios Económicos.

Actividad	Infraestructura
Distribución	Flota marítima (contratada) y fluvial (propia y contratada) Flota de camiones tanque y tren contratada
Comercialización de productos combustibles y derivados del petróleo	A nivel nacional, por medio de plantas de ventas propias, terminales con contrato de operación y estaciones de servicio afiliadas identificadas con la marca Petroperú (PETRORED)

Fuente: Elaboración propia

Las actividades listadas en la tabla anterior las realiza la empresa bajo el respaldo de su capital social. Adicionalmente, mediante Decreto Supremo 019-2023-EM se generó un encargo especial a Petroperú para la administración provisional de la concesión del sistema de distribución de gas Natural por red de ductos de la concesión sur oeste. Este encargo especial tiene su base legal en el Decreto Legislativo 1693, que lo define como la actividad con impacto económico y acotado en el tiempo, asignado por el Estado a una empresa estatal⁶³. El Decreto Legislativo 1693 señala, además, que con la asignación del encargo especial se deben realizar las transferencias financieras a la empresa a la que está dirigido el encargo especial, de manera previa a que esta lo ejecute, debiendo asegurar los costos de inversión, operación y mantenimiento, para no afectar su sostenibilidad económica-financiera⁶⁴.

En síntesis, podemos observar que actualmente Petroperú participa en el sector hidrocarburos mediante dos modalidades, primero mediante el ejercicio de actividades empresariales, autorizadas por su ley de creación⁶⁵ y su estatuto, de manera ‘voluntaria’, y, en segundo lugar, como administrador provisional de la concesión de distribución de gas natural por red de ductos de la concesión sur oeste, en cumplimiento del encargo especial que le fue asignado por el Estado, ‘de manera obligatoria’, para lo cual *ex ante* se le deben transferir los recursos para el cumplimiento de dichas actividades.

De esta manera, Petroperú, a través de su participación en el mercado de hidrocarburos, atiende los objetivos de accesibilidad y asequibilidad, propios del servicio universal. Cabe precisar que Petroperú no regala sus productos, los vende, no obstante, siempre trata de desempeñarse como una empresa eficiente y, de esta manera, ofrecer precios competitivos a los usuarios. A pesar de

ello, si los precios de lista son superiores a los que pueden asumir las poblaciones vulnerables, entonces se puede hacer uno de otros mecanismos de subsidio como el FISE, explicado previamente.

VI. CONCLUSIONES

Es de interés del Estado la adecuada provisión de los servicios públicos. Bajo el régimen de economía social de mercado el Estado actúa como garante para que estos servicios básicos se brinden de manera efectiva, continua, suficiente, de calidad y sin discriminación (fundamento jurídico 5 de la sentencia recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC). Es así como el principio del servicio universal, desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, expresa el objetivo del Estado de brindar los servicios públicos a todos los ciudadanos, tanto así que inclusive se suele hablar de ‘obligaciones de Servicio Universal’, para referirse a las obligaciones del Estado y de las empresas concesionarias en esta materia.

Los aspectos claves de la definición del servicio universal están compuestos por la accesibilidad (donde se establecerán las características de los usuarios beneficiarios de las políticas de servicio universal, tales como condición económica y consumo máximo, así como áreas geográficas y tipos de suministro), calidad y asequibilidad. Estos criterios no son perennes, al contrario, son dinámicos y su formulación guarda correspondencia, entre otros, con la evolución tecnológica, con los niveles de bienestar de cada país, por la disponibilidad de recursos, los objetivos de reducción de emisión de CO2 y el costo que representa ampliar la frontera de los servicios.

No obstante, en el sector energía, estas materias se tratan de manera insuficiente. No hemos encontrado un documento público que exprese de manera orgánica los objetivos del servicio universal y los medios para su alcance. Existen muchos esfuerzos, es verdad, para lograr la accesibilidad y asequibilidad del costo del suministro energético, conforme lo hemos podido corroborar al repasar la diferente casuística del sector energía, pero falta una mirada superior que vea el bosque y no solo vea los árboles.

Ahora bien, las técnicas implementadas en el sector energía para alcanzar el servicio universal son

⁶³ La definición 4 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1693 establece que el Encargo Especial es toda actividad con impacto económico y acotado en el tiempo, asignado por el Estado a una Empresa siempre que cumpla con las condiciones establecidas en Decreto Legislativo 1693.

⁶⁴ El artículo 20 del Decreto Legislativo 1693 establece los Encargos Especiales realizados por las Empresas del Estado.

⁶⁵ Ley 17753 y modificatorias o complementarias.

muy diversas. No hemos evaluado la conveniencia de cada una de ellas porque esa revisión supera el alcance del presente artículo, pero sí nos pareció interesante repasar por lo menos siete diferentes

estrategias actualmente en uso, que tienen por objeto lograr accesibilidad y asequibilidad. Para beneficio del lector, esto se hizo mediante un estudio de casos.

Cuadro 3:

Modelo	Caso de estudio	Factor principal del Servicio Universal	Financian	Benefician	Subsidio
Regulación por Agencia	Tarifa de Distribución – VAD	Asequibilidad	Usuarios de la empresa	Usuarios de la empresa	Subsidio ciego
Regulación por contrato	Sistema Garantizado de Transmisión – SGT	Accesibilidad, calidad y asequibilidad	Todos los usuarios del mercado	Todos los usuarios del mercado	Subsidio ciego
Subsidio intrasectorial	FOSE	Asequibilidad y accesibilidad	Todos los usuarios del mercado	Todos los usuarios del mercado	Subsidio focalizado
Subsidio intersectorial	FISE	Asequibilidad y Accesibilidad	Usuarios de diferentes mercados	Usuarios de diferentes mercados	Subsidio focalizado
Obligaciones especiales	Plan Quinquenal de Inversiones de gas natural	Accesibilidad	Usuarios de la empresa	Usuarios de la empresa	Subsidio ciego
Obra Pública (LGER)	Ley General de Electrificación Rural	Accesibilidad	Tesoro público/Todos los usuarios del mercado	Usuarios del Proyecto	Subsidio focalizado
Empresa pública	Petroperú – Actividad empresarial	Asequibilidad y Accesibilidad	Recursos propios de la empresa (Capital social)	Todos los usuarios del mercado	Subsidio ciego
Empresa pública	Petroperú – Encargos especiales	Asequibilidad y Accesibilidad	Tesoro público/Todos los usuarios del mercado	Usuarios del proyecto	Subsidio ciego

Fuente: Elaboración propia

La tabla reafirma nuestra conclusión previa con relación a los principales componentes del servicio universal: asequibilidad y accesibilidad. El componente de calidad suele tratarse a través de normas generales que establecen los estándares mínimos de calidad de la prestación de los servicios. Es una preocupación permanente del legislador la creación de esquemas que permitan la expansión de la red y el apoyo a las poblaciones más vulnerables que no puedan pagar sus propios consumos.

Adicionalmente, en la tabla de arriba también se puede observar que los aportes del Estado provenientes del tesoro público son residuales. Los modelos privilegian mecanismos que son financiados directamente por aportes de los usuarios del sector energía. Inclusive, en los dos campos donde se consigna ‘tesoro público’ ha sido consignado así porque la legislación lo prevé como una posibilidad, pero que en la práctica no se usan.

Asimismo, es interesante observar que los mecanismos normalmente funcionan mediante trasposos que realizan las empresas, léase, algunas empresas recaudan de más (superavitarios) para transferir los excedentes a las empresas que recaudan de menos (deficitarios). Estos sistemas de transferencias normalmente son administrados y supervisados por el regulador, Osinergmin. Las

empresas solo ejecutan. Solo en los casos del FISE y la Electrificación Rural existen ‘fondos’, administrados por el Estado, que luego son ejecutados por el Estado. Que el dinero sea manejado de manera privada bajo la administración y supervisión del regulador minimizan los espacios para la corrupción.

Asimismo, el caso de las empresas públicas es bastante particular, pues existen dos escenarios de participación, cuando realicen actividad empresarial o cuando desarrollan encargos especiales. En este último se le deben asegurar los recursos económicos suficientes, considerando que es una actividad obligatoria y temporal.

Además, existe una tendencia a focalizar los subsidios. En la tabla podemos ver que, de los siete mecanismos evaluados, tres de ellos contemplan subsidios focalizados, pero que se han ido afinando con el tiempo. Por ejemplo, antes el FOSE subsidiaba casi indiscriminadamente y el único criterio de discreción era la cantidad consumida. Ahora el FOSE se ha afinado para que el subsidio ya no beneficie a las casas de playa y esa es la tendencia.

Finalmente, los factores de accesibilidad o asequibilidad están muy ligados y el logro de uno de ellos puede significar atender el otro como consecuencia. Por ejemplo, para el caso de los proyectos de

electrificación rural que se ejecutan como obras públicas, que tienen por objeto principal lograr la accesibilidad, toda vez que la inversión para el desarrollo de las redes es ejecutada por el Estado, al momento de definir las tarifas de distribución el costo de inversión se considera como cero, con lo cual los usuarios se benefician de tarifas menores, lo cual repercute en la asequibilidad. ¶

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

AGRADECIMIENTOS

Se agradece el apoyo de Maritza Yauli Núñez, abogada de la Facultad de Derecho de la PUCP, en la elaboración del presente artículo.

REFERENCIAS

- Ariño Ortiz, G. (1997). Servicio público y servicio universal en las Telecomunicaciones. En J. Cremades García (Cord.), *Derecho de las Telecomunicaciones* (757-776). Madrid: La Ley, Tomo I.
- Barrantes Cáceres, R. (2018). *Teoría de la Regulación, Material de enseñanza 4*. Departamento de Economía de la PUCP.
- Berg, S., Jiang, L., y Lin, C. (2011). Universal Service subsidies and cost overstatement: Evidence from the US telecommunications sector. *Telecommunications Policy*, 35(7), 583-591. <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2011.04.016>
- Cairampoma Arroyo, A. (2012). El Servicio Universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Administrativo*, (12), 175-188. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13530>
- Carlón Ruiz, M. (2006). El Servicio Universal de Telecomunicaciones. *Revista de Administración Pública*, (171), pp. 35-78.
- González Ríos, I. (2013). La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra la “Pobreza Energética”: provisiones comunitarias e insuficiente regulación interna española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (45), pp. 577-605.
- Guzmán Napurí, C. (2004). Algunos comentarios respecto de los principios generales del régimen económico consagrado por la Constitución Peruana de 1993. *Foro Jurídico*, (03), 115-127. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18344>
- Hernández-Mendible, V. (2016). La reingeniería del servicio público: el servicio universal de las telecomunicaciones. *Revista de Derecho PUCP*, (76), 339-363. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.014>
- Laguna de Paz, J. (2016). Los servicios de interés general en la Unión Europea, *Revista de Derecho PUCP*, (76), 19-50. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.001>
- Leyva Flores, R. (2022). Reflexiones sobre la planificación de la inversión en los sectores de electricidad y gas natural. *THÉMIS-Revista de Derecho*, (82), 13-30. <https://doi.org/10.18800/themis.202202.001>
- Ning, J. y Willington, M. (2009). Regulating a Monopoly with Universal Service Obligation: The Role of Flexible Tariff Schemes. *Telecommunications Policy*, 33(1), 32-48. <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2013.04.005>
- Pateiro Rodríguez, C. y Rodríguez García, M. (2017). La función redistributiva en los servicios de interés económico general. *Journal of Economic Literature* 14 (40), 101-120. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2017000100101
- Presidencia del Directorio de PETROPERÚ (2023). Memoria Anual 2023.
- Quiñones Alayza, M. y Sattler Correa, V. (2008). Apuntes sobre el servicio universal en un Régimen de Concurrencia. *Revista de Derecho Administrativo*, (4), 35-49. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14525>
- Yepes, G. (2003). *Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento*. Departamento de Desarrollo Sostenible del Banco Interamericano de Desarrollo.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS NORMATIVOS

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de mayo de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1693, Decreto Legislativo que ordena, sistematiza y optimiza la eficiencia de la actividad empresarial del Estado y fortalece la estructura y gestión del FONAFE, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de octubre de 2024 (Perú).

Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de febrero de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 019-2023-EM, Decreto Supremo que otorga encargo especial a la empresa Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A. para la administración provisional de la Concesión del Sistema de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos de la Concesión Sur Oeste, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de octubre de 2023 (Perú).

Decreto Supremo 027-2007-EM, Reglamento de Transmisión, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de mayo de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 036-2010-EM, Decreto Supremo que crea la Tarifa Única de Transporte de Gas Natural, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2010 (Perú).

Decreto Supremo 040-2008-EM, Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de octubre de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 046-2010-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Mercado Secundario de Gas Natural y deroga los Decretos Supremos N° 067-2009-EM y N° 018-2010-EM, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de agosto de 2010 (Perú).

Decreto Supremo 057-2008-EM, Aprueban Reglamento de Comercialización de Gas Natural Comprimido (GNC) y Gas Natural Licuefactado (GNL), Diario Oficial *El Peruano*, 11 de noviembre de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 081-2007-EM, Aprueban el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de noviembre de 2007.

Ley 27133, Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 1999 (Perú).

Ley 27510, Ley que crea el Fondo de la Compensación Social Eléctrica, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de agosto de 2001 (Perú).

Ley 28749, Ley General de Electrificación Rural, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de junio de 2006 (Perú).

Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2006 (Perú).

Ley 29852, Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de abril de 2012 (Perú).

Ley 30468, Ley que crea el mecanismo de compensación de la tarifa eléctrica residencial, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de junio de 2016.

Ley 31728, Ley que aprueba créditos suplementarios para el financiamiento de mayores gastos en el marco de la reactivación económica, a favor de diversos pliegos del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, y dicta otras medidas, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de abril de 2023 (Perú).

Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2024 (Perú).

Resolución Ministerial 053-2023-MINEM/DM, Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 2023 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de febrero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 034-2004-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 07644-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 31 de mayo de 2022, sentencia recaída en el Expediente 0215-2018-PA/TC (Perú).

EL MERCADO DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN EL SECTOR ELÉCTRICO PERUANO: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y DESAFÍOS

THE MARKET FOR COMPLEMENTARY SERVICES IN THE PERUVIAN ELECTRICITY SECTOR: REGULATORY EVOLUTION AND CHALLENGES

Ximena Calderón Rojas*

London School of Economics and Political Science

This article analyzes the regulatory evolution and regulatory challenges associated with the implementation of Complementary Services in the Peruvian electricity sector, in the context of the recent modification of Law 28832 and taking into account the Chilean comparative experience.

In such manner, the current conditions of the regulatory framework and the need to introduce incentives that promote the participation of new actors are examined, especially given the increase in the penetration of intermittent renewable energies.

KEYWORDS: *Complementary Services; regulation; renewable energies; comparative experience; participation of new actors.*

Este artículo analiza la evolución normativa y los desafíos regulatorios asociados a la implementación de los Servicios Complementarios (SSCC) en el sector eléctrico peruano, en el contexto de la reciente modificación de la Ley 28832 y tomando en cuenta la experiencia comparada chilena.

De esta manera, se examinan las condiciones actuales del marco regulatorio y la necesidad de introducir incentivos que promuevan la participación de nuevos actores, especialmente, ante el aumento de la penetración de energías renovables intermitentes.

PALABRAS CLAVE: *Servicios Complementarios; regulación; energías renovables; experiencia comparada; participación de nuevos actores.*

* Abogada. Magíster en Regulación por la London School of Economics and Political Science. Actualmente, se desempeña como asociada del área de Regulación y Competencia en el estudio Bullard Falla Ezcurra+ (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3135-9944>. Contacto: xcalderon@bullardfallaezcurra.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 31 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 26 de mayo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN: ¿CUANDO LA REALIDAD SUPERA LA REGULACIÓN?

La reciente modificación de la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, ha puesto los reflectores sobre un concepto que la regulación eléctrica en el Perú había dejado de lado: los servicios complementarios (en adelante, SSCC).

En términos generales, los SSCC son todos aquellos servicios de respaldo destinados a garantizar el funcionamiento eficiente del sistema eléctrico, asegurando un suministro de energía seguro, confiable y de calidad. Estos servicios permiten mantener el equilibrio entre la generación y la demanda, asegurar la calidad de la frecuencia y gestionar contingencias en tiempo real. Un ejemplo de estos servicios es la regulación primaria de frecuencia (en adelante, RPF), que mantiene el equilibrio entre la electricidad generada y la consumida¹. En la práctica, esto se logra mediante reguladores de velocidad instalados en los generadores, los cuales ajustan automáticamente su potencia; si la demanda de electricidad aumenta, los generadores producen más; si disminuye, reducen su generación².

Si bien la Ley 28832 define los SSCC desde su promulgación en el 2006, el desarrollo regulatorio en la materia ha sido limitado.

En esta línea, aunque la Norma Técnica para la Coordinación de la Operación en Tiempo Real de los Sistemas Interconectados (en adelante, NTCOTR)³ establece que los SSCC pueden ser prestados por cualquier integrante⁴ del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN) (generadores, transmisores, distribuidores, usuarios libres), los procedimientos técnicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES), entidad responsable de operar el SEIN, solo regulan su prestación

por parte de los generadores eléctricos, dejando un vacío normativo para otros posibles actores.

La falta de regulación no ha sido un impedimento para que, en la práctica, los agentes impulsen la adopción de nuevas tecnologías para optimizar la operación de sus instalaciones eléctricas o la prestación de sus servicios eléctricos. Un ejemplo destacado es la implementación de Sistemas de Almacenamiento de Energía en Baterías (en adelante, BESS, por sus siglas en inglés), también conocidos como sistemas de almacenamiento por baterías. Estos permiten almacenar electricidad cuando la demanda es baja, hay un exceso de producción, entre otras situaciones, para liberarla cuando el sistema lo necesite, ya sea ante un aumento de la demanda o interrupciones en el suministro⁵. Como se advierte, a través de los BESS se pueden prestar SSCC como la RPF mencionada anteriormente (Osinergrmin, 2022, p. 94).

En los últimos años, actores clave —incluyendo autoridades, agentes del sector y la sociedad civil— han intensificado el debate sobre la necesidad de una regulación que incentive la prestación de estos servicios en condiciones competitivas y eficientes⁶, mediante la creación de un mercado de SSCC que incentive la participación de nuevos agentes. Este creciente interés responde, por un lado, al crecimiento sostenido de los proyectos solares y eólicos en el país y, por otro, a la desaceleración en la expansión de la infraestructura de transmisión eléctrica, lo que aumenta el riesgo de congestión en la red.

En este contexto, el 19 de enero de 2025, fue promulgada la Ley 32249 que modificó la Ley 28832, estableciendo la creación de un marco normativo que será aprobado por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM) para promover y generar el mercado de SSCC para la provisión de servicios necesarios para asegurar la calidad y confiabilidad del suministro de electricidad desde la

¹ Otro ejemplo es la regulación secundaria de frecuencia (RSF).

² Norma técnica para la coordinación de la operación en tiempo real de los sistemas interconectados: Resolución Directoral 014-2005-EM-DGE (2005).

³ Aprobada por Resolución Directoral 014-2005-EM-DGE (2005).

⁴ Norma técnica para la coordinación de la operación en tiempo real de los sistemas interconectados:

6.1.1. Los Servicios Complementarios son aquellos servicios requeridos para apoyar la operación eficiente del Sistema de modo que el suministro de energía eléctrica a los usuarios se efectúe con seguridad, confiabilidad y calidad. Los Servicios Complementarios podrán ser suministrados por cualquier Integrante del Sistema, en lo que le corresponda como tal [...]. (2005)

⁵ Véase a MINEM (2023), que ratifica el compromiso por impulsar la transición a energías renovables y fortalecimiento de la seguridad energética.

⁶ Véase a Perú Energía (2024).

generación hasta la demanda. Este marco normativo entrará en vigencia el 1 de enero de 2026⁷.

Este artículo examina el papel de la regulación en el desarrollo de un mercado de SSCC en el sector eléctrico peruano. Primero, aborda los aspectos conceptuales de la regulación como herramienta para la creación y desarrollo de mercados, destacando su importancia para el mercado de SSCC en Perú. Luego, examina el marco normativo vigente antes de la reciente modificación de la Ley 28832 en 2025, advirtiendo sus limitaciones para la participación de nuevos agentes. Posteriormente, analiza los desafíos regulatorios derivados de la implementación de la Ley 32249, incorporando elementos de la experiencia comparada, especialmente de Chile. Finalmente, presenta las conclusiones y reflexiones finales.

En resumen, este artículo tiene como objetivo ofrecer un marco de análisis sobre los desafíos regulatorios para la creación de un mercado de SSCC en Perú, desde una perspectiva jurídica, con el fin de aportar al debate técnico y normativo.

II. MARCO CONCEPTUAL: REGULACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA CREACIÓN Y DESARROLLO DE MERCADOS

Se ha planteado la necesidad de que la regulación facilite el desarrollo de un mercado de SSCC que atienda las necesidades de un sistema eléctrico con una creciente penetración de proyectos con energías renovables.

Para efectos del análisis, la regulación puede definirse en un sentido amplio como el uso intencional del Estado de diversos instrumentos, como leyes y reglamentos, para influir en el comportamiento de los administrados⁸.

Desde una perspectiva teórica, las razones para regular son varias, pero suelen justificarse en la existencia de fallas del mercado (Baldwin *et al.*, 2010, pp. 3-6; Baldwin *et al.*, 2011, pp. 15-17). A modo ilustrativo, la regulación puede presentarse como una respuesta ante la existencia de monopolios naturales con el objetivo de evitar que el monopolista incurra en prácticas abusivas contra otros agentes en el mercado. En estos casos, se recurre a la regulación de precios y calidad de los servicios con el fin de simular los efectos de un mercado

competitivo y prevenir efectos adversos como precios elevados o una oferta limitada de servicios. Esto es particularmente relevante en industrias de red, como la eléctrica, donde, en los segmentos de transmisión y distribución, un único agente controla y opera la infraestructura esencial para la prestación del servicio eléctrico en una zona geográfica específica (Baldwin *et al.*, 1999, pp. 18-21; Baldwin *et al.*, 2011, pp. 16-17).

Otra de las razones para la regulación es la reducción de externalidades negativas, como la contaminación ambiental. En estos casos, la regulación puede determinar quién asume los costos de dichas externalidades y cómo se distribuyen. Asimismo, la regulación puede emplearse para reducir asimetrías de información, garantizando que los consumidores accedan a la información relevante para tomar decisiones informadas de consumo, a través de requisitos de publicidad o etiquetado de productos (Baldwin *et al.*, 1999, pp. 18-21).

En el caso de los SSCC en Perú, además de las funciones mencionadas anteriormente, la regulación puede desempeñar un papel crucial en la planificación del sistema. Esto implica asegurar que la demanda futura de SSCC esté alineada con una oferta adecuada, lo cual es fundamental para garantizar un sistema eléctrico confiable y eficiente a largo plazo. En contraste, la falta de regulación ha llevado a que los SSCC sean proporcionados exclusivamente por los generadores eléctricos solo por obligación, a pesar del potencial tecnológico existente que podría permitir la participación de nuevos agentes en este segmento. Si bien, hasta el momento esto no ha representado un problema para el sistema; la creciente penetración de proyectos renovables y las brechas en la infraestructura de transmisión están generando alertas entre los actores clave del sector (tanto públicos como privados) sobre los riesgos que podría acarrear esta situación en el futuro.

Lo expuesto permite concluir que la regulación es un instrumento esencial para la creación y el desarrollo de mercados, en la medida que puede establecer las condiciones institucionales, técnicas y económicas necesarias para su funcionamiento adecuado.

En el caso concreto, la regulación tiene el potencial de impulsar el desarrollo de un mercado de SSCC,

⁷ Disposiciones complementarias finales de la Ley 32249.-

[...] QUINTA: Aplicación del capítulo octavo. El capítulo octavo, referido a los servicios complementarios, incorporado a la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, mediante la presente ley, se aplica a partir del 1 de enero de 2026. (2025)

⁸ Véase a Black (2001, pp. 103-147).

creando un entorno que fomente la participación de nuevos agentes y promueva mecanismos eficientes para su prestación. No se trata de crear un mercado inexistente —pues ya existen proveedores, agentes interesados en prestar el servicio y usuarios que lo requieren—, sino de emplear la regulación como una herramienta para consolidar y estructurar dicho mercado, incentivando la incorporación de nuevos actores con capacidad tecnológica y operativa para participar en él de manera competitiva. Así lo confirma el artículo 33 de la Ley 28832, introducida por la Ley 32249, cuando señala que el MINEM aprueba el marco normativo para promover y generar el mercado de servicios complementarios (2025).

Sobre la base de este marco conceptual, a continuación, se presenta el régimen legal aplicable a la prestación de los SSCC en Perú, hasta la modificación de la Ley 28832 en 2025, la cual marca un punto de inflexión en este ámbito.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA REGULACIÓN DE LOS SSCC EN EL PERÚ

El marco regulatorio de los SSCC se basa principalmente en la Ley 28832, el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad⁹ (en adelante, RMME), la NTCOTR y los procedimientos técnicos del COES.

La Ley 28832 fue promulgada en el 2006 con el objetivo de perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas, norma marco del sector eléctrico, con la finalidad de garantizar la suficiencia de generación eficiente y adoptar medidas que fomenten una competencia efectiva en el mercado de generación.

En su versión original, la Ley 28832 definió los SSCC como “servicios necesarios para asegurar el transporte de la electricidad desde la generación hasta la demanda en condiciones de calidad y fiabilidad” (2006). Además, estableció que el COES sería el encargado de “planificar y administrar la provisión de

los Servicios Complementarios que se requieran para la operación segura y económica del SEIN”¹⁰.

El RMME, por su parte, regula el Mercado Mayorista de Electricidad (en adelante, MME), conformado por el Mercado de Corto Plazo, donde se realizan las transferencias de potencia y energía determinadas por el COES y donde participan los generadores en calidad de vendedores y los distribuidores y grandes usuarios como compradores. El MME también comprende el sistema de asignación de SSCC y otros pagos necesarios para la operatividad del SEIN. Según este reglamento, la definición de los SSCC y su remuneración por parte de los participantes del MME, se efectúa de acuerdo con lo establecido en la NTCOTR¹¹.

La NTCOTR establece las obligaciones del COES y sus integrantes en relación con los procedimientos de operación en tiempo real del SEIN. Esta norma desarrolla con mayor detalle la regulación de los SSCC, los cuales define como: “[...] aquellos servicios requeridos para apoyar la operación eficiente del Sistema de modo que el suministro de energía eléctrica a los usuarios se efectúe con seguridad, confiabilidad y calidad”¹². Además, establece que los SSCC: “[...] podrán ser suministrados por cualquier Integrante del Sistema”¹³. Esto incluye generadores, transmisores, distribuidores y grandes usuarios.

Adicionalmente, la NTCOTR identifica como SSCC los siguientes elementos: (i) reserva rotante; (ii) regulación de frecuencia; (iii) regulación de tensión y suministros locales de reactivos; y (iv) grupos de arranque rápido por emergencia (reserva fría). Finalmente, establece que el COES propondrá los procedimientos técnicos correspondientes a la prestación de SSCC, “[...] incluyendo el reconocimiento de los costos eficientes en que se incurra al suministrarlos y el mecanismo de compensación correspondiente”¹⁴.

Una primera observación crítica es la incoherencia normativa que se evidencia entre las disposi-

⁹ Aprobado por Decreto Supremo 026-2016-EM (2016).

¹⁰ Artículo 14 de la Ley 28832.- Funciones operativas: [...] j) Planificar y administrar la Provisión de los Servicios Complementarios que se requieran para la operación segura y económica del SEIN (2006).

¹¹ Artículo 4 del Decreto Supremo 026-2016-EM:

4.2 La definición de los Servicios Complementarios, así como de su remuneración por parte de los Participantes, se efectúa de acuerdo con lo establecido en la NTOTR o la norma que la sustituya (2016).

¹² Título sexto de la Resolución Directoral 014-2005-EM-DGE- De los servicios complementarios:

[...] 6.1.1. Los Servicios Complementarios son aquellos servicios requeridos para apoyar la operación eficiente del Sistema de modo que el suministro de energía eléctrica a los usuarios se efectúe con seguridad, confiabilidad y calidad. Los Servicios Complementarios podrán ser suministrados por cualquier Integrante del Sistema, en lo que le corresponda como tal [...]. (2005)

¹³ Título sexto de la Resolución Directoral 014-2005-EM-DGE (2005).

¹⁴ Artículo 6.1.2. de la Resolución Directoral 014-2005-EM-DGE (2005).

ciones que regulan los SSCC. Esta se refleja por ejemplo en el contraste entre el enfoque amplio de la NTCOTR y el alcance limitado de los procedimientos técnicos del COES. En efecto, si bien la NTCOTR establece que los SSCC pueden ser provistos por cualquier integrante del sistema que cumpla con los criterios técnicos exigidos, al momento de desarrollar dichos criterios, el COES restringe su prestación únicamente a las unidades de generación eléctrica. Tal es el caso de los servicios de reserva rotante, regulación de frecuencia y reserva fría, cuya provisión se limita a la generación, sin contemplar la participación de otras tecnologías o actores del SEIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin], 2022, p. 5).

Esta limitación también se evidencia al comparar el enfoque de la NTCOTR con lo establecido en el RMME. Así, la regulación de frecuencia, como SSCC, requiere tanto retiros como inyecciones de energía al SEIN. Sin embargo, el RMME establece que solo los generadores pueden efectuar entregas de energía, mientras que los retiros pueden ser realizados por generadores, distribuidores o usuarios libres. Entre otros aspectos, esta disposición impide que usuarios libres con sistemas de almacenamiento puedan prestar el servicio de regulación de frecuencia a subir, ya que no están autorizados a entregar al SEIN la energía previamente retirada para prestar dicho SSCC (Osinergmin, 2022, p. 5).

Como se advierte, el diseño regulatorio actual no fomenta la participación de agentes distintos a los generadores en la prestación de SSCC. En esa medida, excluye agentes técnicamente calificados para brindar estos servicios, limitando el desarrollo de soluciones innovadoras.

Esto no representaba una preocupación en un sistema eléctrico dominado principalmente por centrales térmicas e hidráulicas. Sin embargo, con la incorporación de fuentes de energía renovable, como la eólica y la solar, surgió la inquietud de que la oferta de SSCC podría no ser suficiente en el futuro, lo que hacía necesario replantear la regulación y buscar la participación de nuevos agentes (MINEM, 2022, p. 24).

Esto se debe, principalmente, a que la energía renovable introduce nuevos desafíos para la operación del sistema eléctrico, particularmente, por la

intermitencia de estos recursos. La intermitencia se entiende como la indisponibilidad no planificada de la generación renovable (Schmerler *et al.*, 2019, p. 47), cuya producción depende directamente de condiciones climáticas variables, como la radiación solar o la velocidad del viento. Por ejemplo, la generación solar disminuye abruptamente al atardecer o ante la presencia de nubes, mientras que la eólica puede presentar fluctuaciones repentinas ante cambios en la intensidad del viento (Schmerler *et al.*, 2019, p. 48-49).

Esta variabilidad impredecible dificulta mantener el equilibrio entre la generación y la demanda eléctrica, lo que puede generar desviaciones en la frecuencia del sistema. Para afrontar estas fluctuaciones, se requiere una mayor disponibilidad de generación flexible, capaz de ajustar rápidamente su producción. En este contexto, los SSCC —como la regulación de frecuencia— adquieren un rol cada vez más relevante para garantizar la estabilidad y confiabilidad del sistema eléctrico (Inostroza *et al.*, 2020, p. 43).

Esta problemática fue identificada en el marco de la Comisión Multisectorial de Reforma del Subsector Electricidad (en adelante, CRSE), creada en el 2019¹⁵, con el propósito de analizar el mercado eléctrico y su marco regulatorio para formular propuestas de reforma. Así, en la reunión de inicio de la CRSE, en diciembre de 2020, se destacó la necesidad de una integración eficiente de las energías renovables, el almacenamiento de energía y los SSCC¹⁶. No obstante, dicho diagnóstico, aunque pertinente, no se tradujo en medidas concretas ni en una hoja de ruta clara. Posteriormente, en uno de los informes finales de la consultoría sobre la transformación del MME, publicados en 2021, se concluyó que era necesario desarrollar un nuevo mercado de SSCC para garantizar el equilibrio en tiempo real entre la oferta y la demanda de electricidad ante la creciente participación de fuentes renovables intermitentes (Wolak, 2021, p. 9 y siguientes).

Sin embargo, los informes finales de la CRSE no incluyeron una propuesta normativa específica sobre los SSCC. Un año después, en 2022, el MINEM intentó abordar esta problemática y publicó un proyecto de iniciativa legislativa para modificar la Ley 28832¹⁷. Esta propuesta incorporaba algunas de las recomendaciones de la CRSE y planteaba la creación de soluciones de mercado y planificación

¹⁵ Mediante Resolución Suprema 006-2019-EM (2019).

¹⁶ En la citada reunión se menciona que “[...] se necesita: [...] La integración eficiente de las energías renovables, el almacenamiento de energía, la respuesta de la demanda y los servicios complementarios” (CRSE, 2020, p. 24).

¹⁷ Publicada mediante Resolución Ministerial 227-2022-MINEM/DM (2022).

para los SSCC, con la participación de la demanda y sistemas de almacenamiento de energía.

En este aspecto, el proyecto propuso la incorporación de los sistemas de almacenamiento de energía y la figura de proveedores de SSCC con el objetivo de permitir que los agentes que dispongan de estos equipamientos tecnológicos puedan suministrar SSCC, independientemente de si son generadores o no¹⁸. Asimismo, estableció que las condiciones para garantizar una provisión oportuna, efectiva y eficiente de los SSCC serían definidas a través de la reglamentación¹⁹. Sobre este último punto, la exposición de motivos señalaba que la prestación de SSCC no requeriría necesariamente de un título habilitante, como una concesión definitiva o autorización, sino que el reglamento fijaría condiciones técnicas mínimas, necesarias y razonables para que estos proveedores de SSCC pudieran desarrollar dicha actividad²⁰. Por lo tanto, el proyecto reconoció la prestación de SSCC como una actividad independiente de las actualmente reguladas, como la generación, transmisión y distribución.

Según su exposición de motivos, estas propuestas se sustentaban en dos factores clave. Primero, el crecimiento de la generación renovable, que introduce un mayor nivel de incertidumbre en la operación de los sistemas eléctricos, haciendo necesario implementar mecanismos que aumenten la flexibilidad del sistema para garantizar su operación segura (MINEM, 2022, p. 23). Segundo, que los SSCC sean exclusivamente prestados por los generadores, a pesar de que los avances tecnológicos permiten que otros agentes puedan ofrecer estos servicios. La exposición de motivos atribuye esta limitación a que la Ley 28832 no contempla expresamente la participación de proveedores distintos de los generadores en la prestación de SSCC (MINEM, 2022, pp. 23-24).

Asimismo, la exposición de motivos analizó la posibilidad de habilitar mecanismos de competencia para transparentar los precios en la prestación de SSCC y, en caso de que ello no sea viable, aplicar precios regulados (MINEM, 2022, p. 26). Este análisis se sustenta en el riesgo de que se presenten prácticas anticompetitivas que distorsionen el mercado, lo que justifica la necesidad de implementar un monitoreo continuo –como el que ya se aplica en jurisdicciones como Estados Unidos, Europa y Chile– para identificar fallas en el diseño regulatorio, conductas estratégicas de los agentes o situaciones de concentración de la oferta (MINEM, 2022, p. 27). No obstante, el proyecto se limita a enunciar estas medidas sin desarrollar un esquema concreto de monitoreo.

Esta propuesta del MINEM fue publicada en el 2022 para comentarios, pero no llegó a concretarse. Esto representó una oportunidad perdida por el Estado para optimizar la regulación de SSCC y adaptarse a los avances tecnológicos. En la siguiente sección, se presenta y analiza la modificación de la Ley 28832, introducida por la Ley 32249 en enero de 2025, que abre una nueva ventana para reconsiderar estos elementos en la regulación. Asimismo, en la medida de lo posible, se extraen conclusiones y recomendaciones basadas en la experiencia comparada de Chile que cuenta con un modelo similar, lo que permite anticipar las disposiciones que el MINEM podría establecer en el reglamento.

IV. DISEÑO NORMATIVO PARA PROMOVER Y GENERAR UN MERCADO DE SSCC: DESAFÍOS REGULATORIOS

El 19 de enero de 2025 se promulgó la Ley 32249, que modificó la Ley 28832. Entre otros aspectos, esta norma encargó al MINEM la aprobación de

¹⁸ Artículo 1 de la Ley que modifica la ley 28832.- Definiciones

[...] 39. Sistema de Almacenamiento de Energía.- Equipamiento tecnológico capaz de retirar energía desde el sistema eléctrico, transformarla en otro tipo de energía (química, potencial, térmica, entre otras) y almacenarla con el objetivo de, mediante una transformación inversa, inyectarla nuevamente al sistema eléctrico, contribuyendo con la seguridad, suficiencia o eficiencia económica del sistema.

40. Proveedores de Servicios Complementarios.- Titular de instalaciones y equipamiento que prestan Servicios Complementarios. (2022)

¹⁹ Artículo 1 de la Ley 28832.- Definiciones

[...] 31. Servicios Complementarios.- Servicios necesarios para asegurar el suministro de la electricidad desde la generación hasta la demanda, considerando las necesidades de seguridad y calidad de los sistemas eléctricos y las características tecnológicas de los equipos que brindan los servicios complementarios. En el Reglamento se establecen todas las condiciones requeridas para asegurar una oportuna, efectiva y eficiente provisión de los servicios complementarios. (2006)

²⁰ Al respecto, el MINEM indica lo siguiente:

Sobre esta última inclusión en la Ley 28832, se prevé que no necesariamente tendría que otorgarse un título habilitante, como una concesión definitiva o autorización, para los Proveedores de Servicios Complementarios realicen dicha actividad; sino que, la regulación en el presente caso se orientaría a que el Reglamento establezca las condiciones técnicas u otras necesarias que resulten mínimas y razonables para que tales agentes puedan realizar dicha actividad. (2022, p. 24)

un marco normativo para fomentar y desarrollar un mercado de SSCC, garantizando su prestación para mantener la calidad y confiabilidad del suministro eléctrico²¹. Sin embargo, la redacción general de esta disposición deja abiertas varias interrogantes sobre los objetivos concretos, los instrumentos de política que se utilizarán y los criterios que guiarán la implementación de dicho mercado. Asimismo, precisa que este marco normativo regulará la operación y administración del mercado de SSCC²².

Como sustento de esta disposición, el Dictamen de la Comisión de Energía y Minas resalta la necesidad de otorgar a los SSCC reconocimiento normativo con rango de ley como parte del sistema eléctrico peruano. Según la Comisión, la creciente penetración de energías renovables en el SEIN incrementa el riesgo de fluctuaciones o desviaciones que podrían desestabilizar el sistema, por lo que los SSCC son fundamentales para corregir dichas variaciones y garantizar su estabilidad (Comisión de Energía y Minas, 2023, p. 146), lo cual justificaría una intervención del Estado a través de la regulación.

En este sentido, la decisión del legislador peruano guarda similitudes, en términos formales, con la regulación chilena, que reconoce los SSCC en su Ley General de Servicios Eléctricos²³ con ciertas disposiciones generales y desarrolla su regulación específica para el funcionamiento del mercado de SSCC a nivel reglamentario, a través del Reglamento de SSCC²⁴, la Norma Técnica de SSCC²⁵, emitida por la Comisión Nacional de Energía (en adelante, CNE)²⁶, y Resoluciones Exentas emitidas por la misma CNE (Lima, 2022).

Sobre este punto, durante las reuniones para la emisión del Dictamen de la Comisión de Energía y Minas, se debatió si la creación de un mercado de SSCC debía incorporarse en la modificación de la

Ley 32249 o si, por el contrario, debía ser retirada y evaluada en la CRSE.

La postura a favor de su inclusión, encabezada principalmente por el COES, argumentó que posergar el desarrollo del mercado de SSCC pondría en riesgo la estabilidad del sistema ante el creciente ingreso de fuentes renovables (Comisión de Energía y Minas, 2023, p. 105). En contraste, la posición liderada por Osinergmin enfatizó la complejidad de este mercado, que ya estaba siendo analizado dentro de la CRSE en el marco de una reforma integral del mercado eléctrico (Comisión de Energía y Minas, 2023, p. 145). Finalmente, la Comisión ratificó la necesidad de avanzar en esta materia, estableciendo un plazo hasta el 1 de enero de 2026 para que el MINEM apruebe el marco normativo correspondiente, reconociendo la complejidad del desarrollo de este mercado²⁷.

Con ello, el legislador trasladó al Ejecutivo la responsabilidad de definir los aspectos sustantivos del mercado a través de un reglamento, decisión que, si bien pragmática, también revela una falta de claridad o consenso técnico-político al interior del Congreso sobre cómo estructurar este mercado. Este enfoque puede considerarse razonable en tanto permite un espacio de deliberación técnica a nivel reglamentario, en el que las normas de mejora de calidad regulatoria²⁸ obligan a establecer espacios de participación de los agentes interesados, pero también supone un riesgo de ambigüedad regulatoria si el Ejecutivo no logra articular reglas claras y previsibles en el plazo ordenado.

Es importante señalar que también se debatió la posibilidad de incorporar la figura de los sistemas de almacenamiento de energía, como lo proponía la iniciativa legislativa publicada por el MINEM en 2022. No obstante, tanto Osinergmin como el COES coincidieron en que su inclusión requería un análisis más profundo debido al impacto que

²¹ Artículo 33 de la Ley 32249.- Mercado de servicios complementarios:

33.1. El Ministerio de Energía y Minas aprueba el marco normativo para promover y generar el mercado de servicios complementarios para la provisión de servicios necesarios para asegurar la calidad y confiabilidad del suministro de electricidad desde la generación hasta la demanda. (2025)

²² Artículo 33 de la Ley 32249.- Mercado de servicios complementarios:

33.3. El Ministerio de Energía y Minas reglamenta la operación y administración del mercado de servicios complementarios (2025).

²³ Aprobada por la Ley 20.936, Ley que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional (2016).

²⁴ Aprobado por Decreto 113/2017.

²⁵ Aprobada por Resolución Exenta 786 (2019).

²⁶ Regulador chileno del sector energético.

²⁷ Véase a Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley 32249 (2025); Dictamen 30 de la Comisión de Energía y Minas (2023, p. 146).

²⁸ Véase a Decreto Legislativo 1565 que aprueba la Ley General de mejora de la Calidad Regulatoria y sus respectivas normas reglamentarias (2023).

podría generar en el mercado mayorista. En particular, advirtieron que los titulares de estos sistemas podrían introducir distorsiones al arbitrar el costo marginal, es decir, comprar energía cuando el precio es bajo y revenderla cuando es alto. La Comisión de Energía y Minas respaldó esta posición y decidió excluir del proyecto lo referido a los proveedores de sistemas de almacenamiento (Comisión de Energía y Minas, 2023, pp. 146-150). Esta exclusión, aunque prudente en lo técnico, demuestra una oportunidad perdida para abordar integralmente el papel de nuevas tecnologías en la provisión de SCCC.

En cuanto a los aspectos específicos vinculados a los SCCC, se pueden destacar cuatro:

Primero, se reconoce la prestación de SCCC como una actividad independiente de las actividades tradicionales del sector eléctrico, como la generación, transmisión y distribución. En este sentido, se incorpora en la Ley 28832 la definición de proveedores de SCCC, estableciendo que “pueden ser proveedores de servicios complementarios los generadores, transmisores, distribuidores, usuarios libres u otros”²⁹. De este modo, se distingue a estos proveedores de los agentes que desarrollan las demás actividades del sector eléctrico e incluso abre la posibilidad de que empresas sin presencia previa en el sector puedan ofrecer estos servicios. Este enfoque es consistente con regulaciones adoptadas en otras jurisdicciones, como Estados Unidos, Europa y Chile, donde los SCCC son reconocidos como una actividad independiente (MINEM, 2022, p. 26).

Esta decisión también es una respuesta a una omisión regulatoria, respecto a que solo los generadores habían sido considerados técnicamente habilitados para prestar SCCC, conforme a los procedimientos técnicos del COES, excluyendo de facto a otros agentes con capacidad tecnológica para hacerlo. De este modo, esta disposición corrige una limitación del marco vigente y plantea el reto de desarrollar reglas operativas y técnicas que fomenten la participación de nuevos agentes en la prestación de estos servicios.

Segundo, se regula la entrada a la prestación de SCCC mediante un título habilitante que otorgará el MINEM.

En la misma definición de proveedores de SCCC, se precisa que “el proveedor de servicios complementarios cuenta con título habilitante otorgado por el Ministerio de Energía y Minas para brindar estos servicios”³⁰. Según el Dictamen de la Comisión de Energía y Minas, esta precisión responde a la necesidad de que el Estado verifique que los agentes cumplan con requisitos mínimos para operar (Comisión de Energía y Minas (2023, p. 138).

Sin embargo, más que la exigencia de un título habilitante, lo que en realidad se requiere para el ingreso de instalaciones destinadas a prestar SCCC es la verificación de condiciones técnicas para su conexión al SEIN. Este procedimiento ya está contemplado en la normativa vigente para instalaciones eléctricas, que deben pasar por una revisión técnica a cargo del COES y concluir con la emisión de un certificado de conformidad³¹. En esa misma línea, la Exposición de Motivos de la propuesta legislativa publicada por el MINEM en el 2022 sugirió que, más que un título habilitante, debería requerirse el cumplimiento de condiciones técnicas y otros requisitos que sean mínimos y razonables para permitir la participación de los agentes en esta actividad (MINEM, 2022, p. 26). Este enfoque coincide con el adoptado en Chile, donde la regulación exige que toda instalación destinada a la prestación de SCCC cumpla con requisitos técnicos mínimos y especificaciones operativas, cuya verificación está a cargo del coordinador del sistema. Dicho coordinador emite un documento de conformidad tras verificar el cumplimiento de estas condiciones³².

En consecuencia, la exigencia de un título habilitante —que probablemente requerirá, además, la opinión previa del COES— puede terminar convirtiéndose en un trámite innecesario, con potencial para ralentizar el ingreso de nuevas instalaciones, más aun considerando los ya conocidos retrasos en los procedimientos administrativos del sector, los cuales constituyen barreras burocráticas para la inversión y el desarrollo eficiente del mercado eléctrico.

Tercero, se dispone que el marco normativo que aprobará el MINEM incluirá una regulación para asignar la responsabilidad de pago del SCCC a quien genere la inestabilidad del sistema eléctrico³³. Esta disposición normativa, si bien tiene por

²⁹ Artículo 1 de la Ley 32249, numeral 39 (2025).

³⁰ Artículo 1 de la Ley 32249, numeral 39 (2025).

³¹ Procedimiento Técnico del COES PR-20 “Ingreso, modificación y retiro de instalaciones en el SEIN”.

³² Artículos 81 y 82 del Reglamento de SCCC, aprobado por Decreto 113/2017. Artículo 10 del Anexo Técnico: verificación de Instalaciones para la prestación de SCCC de la Norma Técnica de SCCC, aprobada por Resolución Exenta 786 (2019).

³³ Artículo de la Ley 32249, numeral 3 (2025).

finalidad una asignación eficiente de los costos del sistema generados por el uso de los SSCC, plantea interrogantes importantes respecto a su implementación práctica y a sus implicancias sobre las señales económicas y tarifarias del sector.

Durante las discusiones del Dictamen de la Comisión de Energía y Minas, Osinergmin expresó su preocupación de que esta disposición implicaría trasladar el costo del SSCC a la demanda, lo que podría incrementar las tarifas, como habría ocurrido en Chile (Comisión de Energía y Minas, 2023, p. 145).

En respuesta, el COES aclaró que el texto no establece que el costo del SSCC se traslade automáticamente a la demanda, sino a quien efectivamente genere la inestabilidad del sistema. Identificó tres posibles responsables de la necesidad de SSCC o de variaciones en el sistema: (i) la demanda, cuando presenta fluctuaciones; (ii) la generación variable, como la eólica y la solar, debido a su naturaleza intermitente; y (iii) la generación convencional, en casos de fallas en máquinas o desconexiones de líneas de transmisión (Comisión de Energía y Minas, 2023, pp. 149-150). En este sentido, el COES precisó que, de estos tres factores, la demanda es la que introduce menos variaciones y tiene menor capacidad para asumir el costo del SSCC, ya que, al tratarse de millones de usuarios, es poco probable que todos presenten fluctuaciones súbitas al mismo tiempo que generen un impacto significativo en la estabilidad del sistema (Comisión de Energía y Minas, 2023, pp. 150).

Asimismo, el COES señaló la importancia de diferenciar entre dos tipos de costos: (i) los costos operativos, esto es, lo que cuesta prestar el SSCC en ese momento; y (ii) los costos de inversión, esto es de instalación para prestar SSCC. En ese sentido, explicó que, en Chile, los costos operativos se distribuyen entre los tres tipos de agentes mencionados. En cambio, los costos de inversión, derivados de la instalación de nuevas infraestructuras de SSCC que el coordinador determina como necesarias para el sistema, son asumidos por la demanda. No obstante, advirtió que estas inversiones son aprobadas por el regulador, lo que incluso en este caso permite garantizar que su implementación sea justificada y no genere un impacto significativo en la tarifa (Comisión de Energía y Minas, 2023, pp. 148-149).

Más allá de la descripción de estos elementos, la experiencia chilena ofrece lecciones que deben ser analizadas críticamente para su eventual adaptación al caso peruano. En efecto, como se desprende de los comentarios del COES, un aspecto clave que el MINEM deberá considerar al apro-

bar el marco normativo de SSCC, es la experiencia comparada en Chile.

En Chile, el coordinador del sistema determina anualmente los SSCC que requerirá el sistema eléctrico en el año siguiente. Asimismo, cada cuatro años, el coordinador debe realizar un estudio de costos destinado a valorizar y remunerar aquellos SSCC que deben ser prestados o instalados en el sistema eléctrico cuando las condiciones del mercado no son competitivas. Este estudio debe especificar (i) los costos de inversión y mantenimiento asociados a la nueva infraestructura que se instale en el sistema eléctrico; (ii) los costos requeridos para la prestación de los SSCC o mecanismos para su valoración, según el mecanismo de asignación correspondiente (subasta, licitación o instrucción directa del coordinador); y (iii) las respectivas fórmulas de indexación (Lima, 2022). Según la regulación chilena, existen tres mecanismos para la prestación de los SSCC que requiere el sistema: subastas, licitaciones o instrucción directa del coordinador (Lima, 2022). La remuneración de los SSCC dependerá del mecanismo mediante el cual fueron asignados.

En el caso de nueva infraestructura, los costos incurridos se trasladan a los usuarios finales a través de un cargo único vinculado a su consumo de energía. Por el contrario, cuando los SSCC se prestan utilizando instalaciones existentes en el sistema eléctrico, los costos son asumidos por los generadores en proporción a la energía que retiran para abastecer a sus clientes. No obstante, es común que estas empresas incluyan cláusulas de traspaso de estos costos en los contratos de suministro, lo que finalmente implica que sean los clientes quienes terminan asumiendo el pago de los SSCC prestados.

En definitiva, la incorporación de un mecanismo que traslade los costos de los SSCC al agente que cause la inestabilidad del sistema requiere un diseño regulatorio técnicamente riguroso, que permita identificar de manera objetiva y trazable la fuente de dichas variaciones y, sobre esa base, asignar responsabilidades de manera proporcional y eficiente. Si bien la experiencia chilena ofrece un referente técnico relevante, también pone en evidencia que, aun bajo esquemas de control, la asignación estructural de ciertos costos a la demanda puede tener implicancias tarifarias relevantes que deben ser cuidadosamente evaluadas. En el caso peruano, el verdadero reto no es únicamente determinar quién debe pagar, sino cómo estructurar un sistema que asegure señales económicas adecuadas, fomente la inversión y mantenga la equidad y transparencia del régimen tarifario, sin comprometer la estabilidad ni la credibilidad del marco regulatorio.

Cuarto, se establece que el mercado de SSCC permitirá la oferta y la demanda de estos servicios en un entorno competitivo, sin excluir a ningún agente³⁴.

Una manera de mantener un entorno competitivo es implementar mecanismos eficaces y sostenidos de monitoreo de competencia. En relación con este aspecto, resulta relevante recordar lo señalado en la exposición de motivos de la propuesta legislativa del MINEM publicada en 2022, donde se planteó la posibilidad de implementar mecanismos para supervisar periódicamente la competencia en la prestación de SSCC y evaluar la necesidad de regular los precios (MINEM, 2022, p. 26).

Si bien los documentos que sustentan la aprobación de la Ley 32249 no incluyen propuestas concretas sobre este tema, la experiencia comparada en Chile ofrece un referente útil. En Chile, el coordinador del sistema elabora anualmente un informe en el que identifica los SSCC que el sistema eléctrico requerirá el año siguiente. Además, en este mismo informe, debe evaluar si existen condiciones de competencia en el mercado de SSCC, con el fin de determinar si la asignación de estos servicios se realizará a través de subastas u otro mecanismo (Lima, 2022, p. 3).

Este enfoque no solo reconoce la importancia de la competencia como principio rector, sino que también institucionaliza su evaluación periódica como condición para la eficiencia del mercado. Considerando esta experiencia, sería recomendable que el marco normativo nacional contemple mecanismos similares de supervisión y evaluación de la competencia en el mercado de SSCC, con el fin de determinar la necesidad de intervención regulatoria y asegurar un desarrollo equilibrado del sector.

En el 2022, con ocasión de la propuesta legislativa del MINEM, se planteó la posibilidad de que sea COES quien ejecute estos mecanismos de monitoreo, lo cual estaría alineado con la experiencia chilena donde el coordinador del sistema es quien efectúa esta evaluación. No obstante, depositar esta función exclusivamente en el COES podría ser insuficiente, dado su rol exclusivo de operador del SEIN. Lo aconsejable sería que este monitoreo incorpore activamente a entidades con indepen-

dencia técnica y mandato específico en materia de competencia y supervisión regulatoria, como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, mejor conocido como Indecopi, que es la autoridad de competencia y cuenta con la experiencia técnica y especializada para evaluar condiciones de competencia en los mercados, y el Osinergrmin, que dispone de información estructural sobre la participación de los agentes en el sector.

En cualquier caso, antes de aprobar el marco normativo que regulará la prestación de los SSCC, el MINEM deberá garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio *Ex Ante*³⁵. Esto resulta fundamental para asegurar la transparencia, predictibilidad, apertura y participación activa de los actores clave en el proceso de elaboración normativa. No obstante, preocupa que, a pesar de que se ha establecido como plazo límite el 1 de enero de 2026 para la aprobación de este marco normativo, el MINEM no haya incluido su desarrollo en la Agenda Temprana 2025³⁶. Esta omisión genera incertidumbre sobre el avance del proceso y podría comprometer la implementación oportuna de un marco regulatorio adecuado para la prestación de los SSCC³⁷.

V. REFLEXIONES FINALES

- En la coyuntura actual del sistema eléctrico peruano, caracterizada por una creciente participación de fuentes renovables no convencionales y una mayor complejidad operativa, los SSCC se han vuelto esenciales para preservar la confiabilidad y estabilidad del suministro eléctrico. Estos servicios permiten mantener el equilibrio entre la generación y la demanda, asegurar la calidad de la frecuencia y gestionar contingencias en tiempo real. Su importancia se ha intensificado en un contexto donde la variabilidad e intermitencia de tecnologías como la solar y la eólica introducen nuevas exigencias técnicas para el sistema.

³⁴ Artículo 33 de la Ley 32249, numeral 2 (2025).

³⁵ Aprobado por Decreto Supremo 063-2021-PCM (2021).

³⁶ Aprobado por Resolución Ministerial 033-2025-MINEM-DM (2025).

³⁷ Cabe señalar que, conforme a lo establecido en el Título III del Reglamento del AIR *Ex Ante*, aprobado mediante el Decreto Supremo 063-2021-PCM, la Agenda Temprana puede ser modificada para incluir la reglamentación de los SSCC, lo cual, hasta la fecha de elaboración del presente artículo, no ha ocurrido. No obstante, lo más adecuado habría sido que dicha problemática se incluyera desde la publicación de la Agenda Temprana, más aun considerando que la modificación de la Ley 28832 fue publicada el 19 de enero, mientras que la Agenda Temprana, el 31 de ese mismo mes.

- Frente a este escenario, resulta indispensable contar con un marco regulatorio que permita el desarrollo de un mercado de SSCC eficiente y competitivo. Como se ha analizado a lo largo de este artículo, la regulación cumple un rol fundamental al facilitar la incorporación de nuevos agentes y fomentar mecanismos que promuevan la eficiencia operativa. No obstante, el marco regulatorio vigente para los SSCC no ha evolucionado significativamente desde su reconocimiento en la Ley 28832, lo que ha limitado o desincentivado la participación de nuevos actores en la prestación de estos servicios, a pesar de su rol fundamental en la confiabilidad del sistema eléctrico.
- En este contexto, el reconocimiento de un mercado de SSCC en la Ley 28832 representa un avance positivo que refleja la evolución tecnológica del sistema eléctrico peruano. Este marco normativo será aún más relevante cuando los SSCC adquieran mayor protagonismo, al garantizar una provisión eficiente y competitiva de estos servicios. Para su desarrollo, será fundamental que el MINEM considere la experiencia de otras jurisdicciones más desarrolladas en la materia, como Chile, así como la participación de actores clave del sector público y privado, en línea con los principios de mejora de la calidad regulatoria.
- En esta línea, resulta imprescindible que la elaboración de este marco normativo esté respaldada por un análisis riguroso y una discusión regulatoria profunda. Entre los aspectos clave a considerar destacan la implementación de un mercado que asegure condiciones de competencia y eficiencia, la adecuada asignación de costos a quienes generan la necesidad de estos servicios y la integración de nuevas tecnologías, como los sistemas de almacenamiento (BESS).
- Sin embargo, preocupa que la Agenda Temprana 2025 no contemple la regulación de los SSCC, a pesar de que el MINEM debe aprobar este marco normativo antes del 1 de enero de 2026. La ausencia de un plan claro para su desarrollo genera incertidumbre sobre el cumplimiento oportuno de esta obligación y el impacto que podría tener en la estabilidad del sistema eléctrico.
- Como reflexión final, el estudio de la regulación en sectores estratégicos como el eléctrico ofrece una valiosa oportunidad para comprender las dinámicas institucionales y

normativas que moldean el desarrollo del sector. La evolución de los SSCC en el Perú representa una valiosa oportunidad para analizar cómo la regulación puede adaptarse a los desafíos tecnológicos y operativos del sistema eléctrico, con miras a construir un marco normativo más sólido, eficiente y alineado con las necesidades del sector. Sin duda, queda mucho por explorar en materia de regulación de los SSCC desde una perspectiva jurídica. Este artículo ha abordado los principales avances normativos y propuestas actualmente en discusión, reconociéndose la oportunidad de profundizar el análisis, incorporando enfoques propios de la teoría de la regulación y considerando con mayor detalle experiencias comparadas que puedan enriquecer el debate. 📖

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

La autora declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

La autora manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Baldwin, R. (2010). Understanding regulation. En R. Baldwin, M. Cave, & M. Lodge (Eds.), *The Oxford handbook of regulation* (pp. 3-16). Oxford University Press.
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2011). *Understanding regulation* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Black, J. (2001). Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a "post-regulatory" world. *Current Legal Problems*, 54(1), 103-146. <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>
- Inostroza, J. R., Wolak, F. A., Arrázola, I., Gutiérrez, A., & Ching Espinosa, R. A. (2020,). *Estudio de los servicios complementarios de energía en el Perú y su adaptación para inclusión de tecnologías no convencionales* [Archivo de PowerPoint]. Porta web del Coes.

https://www.coes.org.pe/portal/browser/download?url=Publicaciones%2FInformes%20Tecnicos%2F07_Estudio%20de%20Servicios%20Complementarios%20a%C3%B1o%202020%2FPresentaci%C3%B3n%20SSCC%20Agosto%2013%202020%20versi%C3%B3n%20completa.pdf

Lima R., J. L. (2022, junio). Funcionamiento y competencia en el mercado de servicios complementarios en el sistema eléctrico nacional. *Investigaciones CeCo*, 1-12. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/06/Lima-2022-Funcionamiento-y-Competencia-en-el-Mercado-de-Servicios-en-el-Sistema-Elctrico-Nacional.pdf>

Osinermin. (2019). *Beneficios y retos de los RER* (Cap. 2). En D. Schmerler Vainstein, J. C. Velarde Saco, A. Rodríguez González & B. Solís Sosa (Eds.), *Energías renovables: experiencia y perspectivas en la ruta del Perú hacia la transición energética* (pp. 34–57). Osinermin.

Perú Energía. (2024, 30 de mayo). *Se debe desarrollar un mercado de servicios complementarios de almacenamiento, pero también definir el precio por ellos y quién lo pagará*. Perú Energía. <https://peruenergia.com.pe/se-debe-desarrollar-un-mercado-de-servicios-complementarios-de-almacenamiento-pero-tambien-definir-el-precio-por-ellos-y-quien-lo-pagara/>

Révolo Acevedo, M. (2020). *Reunión de inicio: Visión de la modernización del sector electricidad* [Archivo de PowerPoint]. Plataforma del Estado Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5309671/4764133-1-vision-de-la-modernizacion-del-sector-electricidad.pdf?v=1697832298>

Wolak, F. A. (2021). *Final report on thematic line 2: Transformation of the peruvian wholesale electricity market*. Stanford University.

NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1565, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2023 (Perú).

Decreto Supremo 026-2016-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de julio de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 063-2021-PCM., Decreto Supremo que aprueba el reglamento que de-

sarrolla el marco institucional que rige el proceso de mejora de la calidad regulatoria y establece los lineamientos generales para la aplicación del análisis de impacto regulatorio *ex ante*, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de abril de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 113, Decreto Supremo que Aprueba Reglamento de Servicios Complementarios a los que se refiere el artículo 72 -7 de la Ley General de Servicios Eléctricos, *Diario Oficial de la República de Chile*, 27 de marzo de 2019 (Chile).

Decreto Supremo 113/2017-E, Decreto Supremo que establece parámetros para mejorar la eficiencia de la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. - COFIDE en su calidad de banco de desarrollo de segundo piso, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de abril de 2017 (Perú).

Ley 20.936, Ley que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional, *Diario Oficial de la República de Chile*, 20 de julio de 2016 (Chile).

Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de julio de 2006 (Perú).

Ley 32249, Ley que modifica la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, a fin de garantizar el abastecimiento seguro, confiable y eficiente del suministro eléctrico y promover la diversificación de la matriz energética, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de enero de 2025 (Perú).

Ministerio de Energía y Minas [MINEM], 19 de junio de 2019, Resolución Suprema 006-2019-EM (Perú).

Ministerio de Energía y Minas [MINEM], 22 de junio de 2022, Resolución Ministerial 227-2022-MINEM/DM (Perú).

Ministerio de Energía y Minas [MINEM], 31 de enero de 2025, Resolución Ministerial 033-2025-MINEM-DM (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN] (2022). *Análisis Técnico Económico de las Propuestas Normativas para el Desarrollo del Mercado de Flexibilidad (Servicios Complementarios)* (Informe 631-2022-GRT). <https://www2.osinermin.gob.pe/GRT/Eventos/Informe%20N%20631-2022-GRT.pdf>

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 3 de marzo de 2005, Resolución Directoral 014-2005-EM-DGE (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN] (2021). *Modificación del Procedimiento Técnico del COES No 20 "Ingreso, Modificación y Retiro de Instalaciones en el SEIN" (Servicios Complementarios)* (Infor-

me 266-2021-GRT). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2457376/Osinergmin-266-2021-GRT-IT.pdf>

Resolución Exenta 786, Notifica resoluciones de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental respecto de los recursos de reclamación presentados en contra de la RCA N° 39/2018, *Diario Oficial de la República de Chile*, 26 de diciembre de 2019 (Chile).

EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN EL PERÚ: RELEVANCIA, RIESGOS Y CASOS CRÍTICOS

OPERATIONAL RIGHTS IN ROAD INFRASTRUCTURE CONCESSIONS IN PERU: RELEVANCE, RISKS AND CRITICAL CASES

Miguel Angel Paz Sime*
Pontificia Universidad Católica del Perú

In this article, the author examines the right to operate under road infrastructure concessions in Peru within the context of Public-Private Partnerships. He analyzes how this right, primarily exercised through toll collection, is essential to the economic equilibrium of concession projects.

The author also discusses the problems that arise when the Government violates the operational rights, whether through political or legislative decisions. The author highlights the legal and contractual implications of these violations, including claims for non-compliance and compensation mechanisms, with a focus on legal certainty and investment protection.

KEYWORDS: Operational rights; road infrastructure; toll collection; road concessions; contractual liability.

En el presente artículo, el autor examina el derecho de explotación en las concesiones de infraestructura vial en el Perú en el contexto de las Asociaciones Público-Privadas. Se analiza cómo este derecho, principalmente a través del cobro de peajes, es crucial para el equilibrio económico de los proyectos de concesión.

Asimismo, el autor discute los problemas que surgen cuando el Estado vulnera el derecho de explotación, ya sea por decisiones políticas o legislativas. Se destaca las implicaciones legales y contractuales de estas violaciones, incluidas las reclamaciones por incumplimiento y los mecanismos de compensación, con un enfoque en la seguridad jurídica y la protección de las inversiones.

PALABRAS CLAVE: Derecho de explotación; infraestructura vial; peajes; concesiones viales; responsabilidad contractual.

* Abogado. Magíster en Regulación de los Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de CENTRUM PUCP - Escuela de Posgrado de la PUCP. Asociado Senior del Estudio Rosselló Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: 0000-0001-9536-7275. Contacto: mpaz@rossellolaw.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el viernes 18 de abril de 2025.

I. LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL

Las personas necesitamos recibir atención médica y servicios educativos, producir o adquirir nuestros alimentos, asistir a nuestro centro de trabajo y realizar otras actividades cotidianas¹. Asimismo, no todas nuestras necesidades pueden ser atendidas en un entorno próximo o inmediato a nuestro domicilio. La mayor parte de las veces necesitamos salir de nuestros barrios, nuestros distritos, nuestras provincias, nuestros departamentos o incluso de nuestro país.

Para desplazarnos, las personas utilizamos objetos, a los que llamamos medios de transporte, los cuales pueden estar destinados al uso propio o a la provisión de servicios a terceros. Asimismo, muy probablemente no solo necesitemos transportarnos nosotros, sino también nuestras posesiones materiales, para lo cual, igualmente, requerimos el uso de medios de transporte.

Ahora bien, la demanda de transporte –o, de manera más precisa, del uso de los medios de transporte– produce al mismo tiempo una demanda derivada, que es la del acceso al soporte, la vía o la plataforma que permita o facilite el inicio, proceso o fin de la travesía de los medios de transporte². De esa manera, tenemos que los medios de transporte que denominamos ‘aeronaves’ necesitan de la provisión de aeródromos o aeropuertos como puntos de embarque y desembarque, los medios de transporte que llamamos ‘embarcaciones’ requieren terminales portuarios en los puntos de origen y destino y, por supuesto, los vehículos de transporte terrestre utilizan terminales como puntos de origen y destino y carreteras como vía de desplazamiento.

Debido a la evidente importancia de la infraestructura para facilitar, contribuir o directamente permitir el transporte mismo, que es un mecanismo fundamental para la satisfacción de las necesidades esenciales de las personas, los Estados suelen asignarse un rol preponderante en la provisión de dicha infraestructura, reservándose

la titularidad de los proyectos de infraestructura de transporte. Ahora bien, la sociedad ha identificado, con el transcurso del tiempo y la experiencia histórica acumulada, que es posible obtener resultados más eficientes en la provisión de la infraestructura cuando el Estado recurre a la colaboración de empresas privadas especialistas en diseñar, construir, mantener y operar esas infraestructuras (Ministerio de Economía y Finanzas [MEF], 2020, pp. 14-18). Para tal efecto, los Estados –entre ellos, el Estado Peruano– recurren a empresas privadas especializadas y les encargan el desarrollo de los proyectos, los cuales se ejecutan “vía los sistemas de concesiones, asociaciones público-privadas y, en general, promoción de la inversión privada” (Huapaya, 2015, p. 381). Sin embargo, el Estado mantiene un rol regulador y adopta una posición de garante final ante la población por el acceso y uso regular, continuo y sostenible de dichas infraestructuras.

Para la provisión de infraestructura de transporte, como una carretera, es necesario llevar a cabo actividades como el diseño, la construcción, el mantenimiento y la operación. Estas actividades, como es obvio, generan costos y, por lo tanto, deben ser asumidos por alguien. Una primera opción de asignación de costos es que estos sean asumidos por el titular de la potestad de desarrollar los proyectos, es decir, el mismo Estado, lo que implica que sean los contribuyentes del país los que financien íntegramente la ejecución y operación de la infraestructura, con independencia de si algunos de ellos individualmente la utilizan o no. También existe la posibilidad de que dichos costos sean asumidos exclusivamente por quienes utilizan la infraestructura, es decir, los propietarios o usuarios de los medios de transporte. Por último, también es una opción que los contribuyentes asuman parcialmente los costos de la infraestructura y que la fracción restante sea pagada o retribuida por los usuarios.

El Estado implementa la primera opción a través de la contratación de empresas para que diseñen, ejecuten y conserven la infraestructura, pagándoles una contraprestación por la actividad que a

¹ Véase a De Rus, Campos y Nombela (2003, p. 5). Señalan que:

[...] el transporte no es un bien de consumo final, sino un bien intermedio. Salvo en viajes turísticos en los cuales el propio trayecto da valor al bien (por ejemplo, un crucero marítimo), el usuario se desplaza entre los puntos de origen y destino de un viaje para llevar a cabo alguna otra actividad (trabajo, estudios, ocio, etc.) Por tanto, se desea invertir en el trayecto la menor cantidad de tiempo posible, ya que el tiempo de viaje le supone una desutilidad. Las decisiones sobre la demanda de transporte están muy influidas por los tiempos en cada modo, además de las preferencias de los individuos y de las tarifas.

² Los mismos autores explican que existen “dos tipos de actividad” en:

[...] todos los modos de transporte [...]: siempre hay una infraestructura y unos vehículos que utilizan la misma [...] incluso en los modos de transporte en los que en principio podría pensarse que los vehículos no necesitan para moverse un soporte físico [...]. (2003, p. 3)

cada una le corresponda. Si la opción elegida es la segunda, su implementación se produce a través del otorgamiento de una concesión para que una empresa desarrolle y opere la infraestructura y recupere su inversión mediante el cobro a los usuarios. Y, por último, la tercera opción puede implicar también el otorgamiento de una concesión a favor de una empresa, para que desarrolle la infraestructura y recupere su inversión a través de dos fuentes: el cobro a los usuarios, que usualmente es deficitario, y el cofinanciamiento del monto necesario por parte del Estado para que el proyecto sea sostenible.

En nuestro país, las concesiones son la especie contractual más frecuente o recurrente de una modalidad legal más grande denominada **Asociación Público-Privada** (en adelante, APP) (Huapaya, 2013, p. 20; Baca y Ortega, 2013, p. 46; Céspedes y Paz, 2018, p. 21). Aunque no es materia de este trabajo desarrollar la evolución histórica de las APP, podemos mencionar que recibieron este nombre cuando, en la última década del milenio pasado, primero en el Reino Unido y luego en la Europa continental, las autoridades se dieron cuenta que lo más importante en el desarrollo de proyectos de infraestructura no era tanto la transferencia de riesgos al sector privado sino la óptima asignación de riesgos, lo que puede implicar que el Estado transfiera ciertos riesgos al sector privado, pero retenga otros. Las APP constituyen un modelo de desarrollo de proyectos que se contraponen a la provisión pública directa por parte del Estado, pero también a las nociones iniciales de las *Private Finance Initiative* británicas y a la concepción tradicional de la técnica administrativa de la concesión, que implicaba una transferencia prácticamente total a riesgo y ventura de la empresa concesionaria. En contraste con dichos enfoques, las APP

se fundamentan en el precepto de la distribución adecuada de riesgos, que es aplicable respecto de todas sus modalidades o especies, incluidas las actuales concesiones (Nieto, 2014, pp. 390-398; Mairal, 2013, pp. 205-217; Céspedes & Paz, 2018, pp. 11-20).

Bajo la legislación peruana, las APP pueden ser: (i) autofinanciadas cuando los proyectos son económicamente autosostenibles con recursos privados, por ejemplo, cuando lo cobrado a los usuarios es suficiente para retribuir los costos de inversión, operación y mantenimiento del inversionista privado o (ii) subsidiadas (la ley les llama ‘cofinanciadas’) cuando la retribución del inversionista privado es efectuada parcial o totalmente por el Estado.

En el caso de las carreteras, las concesiones son autofinanciadas cuando los proyectos viales se autosostienen con los peajes recaudados de los usuarios, lo cual se correspondería con la segunda opción de distribución de costos antes mencionada; en tanto que son cofinanciadas o subsidiadas cuando el peaje no es suficiente para recuperar la inversión, por lo que el Estado paga un importe fijo a las empresas concesionarias, teniendo el peaje la finalidad de disminuir el monto comprometido y pagado por el Estado, lo que se correspondería con la tercera opción antes mencionada.

Si el Estado optara por la primera opción de distribución de costos, es decir, que sean los contribuyentes los que asuman íntegramente los costos de la carretera, probablemente el proyecto no sería desarrollado como una APP o concesión, sino que recurriría a otros esquemas de contratación pública, como la obra pública tradicional o incluso los denominados proyectos gobierno a gobierno (G2G), entre otros semejantes.

Tabla 1: Alternativas de desarrollo de infraestructura y modalidades contractuales

Alternativa de desarrollo de la infraestructura, según mecanismo de Financiamiento y Retribución	Modalidad contractual usual
‘Primera opción’: Inversión Pública	Contratación pública tradicional, Contratos Gobierno a Gobierno (G2G), Contratación a través de organismos multilaterales, etc.
‘Segunda opción’: Inversión privada y recuperación mediante el cobro a los usuarios	APP: Concesión autofinanciada
‘Tercera opción’: Inversión privada y recuperación mediante el cobro a los usuarios y pagos del Estado	APP: Concesión cofinanciada

Fuente: Elaboración propia.

Efectuando un resumen progresivo hasta este punto, podemos anticipar ciertas conclusiones:

- La demanda de infraestructura de transporte surge como una demanda derivada de la demanda por servicios de transporte. En particular, en el caso de las carreteras, estas

aparecen como una necesidad derivada de la demanda por el uso de vehículos de transporte terrestre.

- Debido a la importancia de la provisión de la infraestructura vial en la atención de necesidades esenciales y cotidianas de las per-

sonas, el Estado es el titular del desarrollo de proyectos viales, pero puede decidir que quienes ejecuten, mantengan y gestionen directamente dichos proyectos de carreteras o autopistas sean empresas privadas.

- Cuando el Estado decide que la gestión directa de los proyectos de infraestructura vial recaiga sobre empresas privadas, se vincula con ellas a través de una modalidad legal denominada **Asociación Público-Privada (APP)**, siendo la forma más recurrente la concesión, a través de contratos.
- Es fundamental que, en la estructuración de una APP, como los proyectos de concesión de infraestructura vial, se efectúe una adecuada asignación o distribución de los riesgos del proyecto.
- Las APP o concesiones en infraestructura vial pueden ser autofinanciadas, cuando la inversión se recupera íntegramente con el peaje, o cofinanciadas, cuando la retribución del inversionista proviene tanto del peaje como del presupuesto del Estado.

II. EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL

De modo general, las empresas concesionarias de infraestructura vial tienen a su cargo la ejecución de múltiples prestaciones como la elaboración de los estudios para las obras obligatorias, el cierre financiero (es decir, la contratación de los financiadores, denominados ‘acreedores permitidos’, para el desembolso de los recursos financieros que permitirán acometer las obras), la ejecución propiamente dicha de las obras obligatorias (que pueden ser las obras requeridas por el Estado en una iniciativa pública o las obras ofertadas por el postor ganador durante el mismo proceso de selección), el mantenimiento de las obras a su cargo y de las instalaciones preexistentes entregadas por el Concedente, la provisión de servicios obligatorios, el cumplimiento de estándares de calidad de la vía denominados ‘niveles de servicio’, las defensas posesorias de las áreas entregadas por el Concedente, la contratación de garantías y seguros, entre otras³.

En las concesiones autofinanciadas, la única contraprestación a favor de las concesionarias de

infraestructura vial es la recaudación de peaje. Eso es lo que dice expresamente, por ejemplo, la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: “Los costos de inversión, Operación y Conservación en que incurra el CONCESIONARIO serán cubiertos con la recaudación del Peaje [...]” (2010, p. 59). Esto significa que la recuperación del financiamiento efectuado por los acreedores permitidos y el aporte propio de los accionistas destinado para cubrir los costos de inversión, operación y mantenimiento se efectúa únicamente a través de la recaudación de peaje, actividad que se encuentra asociada al derecho de explotación.

El derecho de explotación puede ser entendido como la facultad que tienen las empresas concesionarias de recuperar sus inversiones, tal como lo declara la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión de la Red Vial 4: “La Explotación de los Tramos de la Concesión por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará la inversión como consecuencia de la prestación del Servicio” (2009, p. 49).

¿Cómo se materializa el derecho de explotación? Con la operación física o técnica de la recaudación de peaje en las correspondientes estaciones o unidades de peaje. Así, por ejemplo, lo prevén las cláusulas 9.6 y 9.7 del mismo Contrato de Concesión de la Red Vial 4, al establecer que:

Se exigirá el pago del Peaje a cada Usuario que utilice los Tramos de la Concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo” y que “el cobro del Peaje será por derecho de paso, lo que implica que se cobrará al Usuario de los Tramos de la Concesión que no se encuentre exento de pago [...]. (2009, p. 57)

Ahora bien, para que el derecho de explotación pueda ser ejercido plenamente sin la amenaza de que el Gobierno, de manera oportunista —una vez ejecutadas las inversiones—, decida suprimir el peaje, el Estado Peruano suele garantizar que dicho ejercicio se efectúe de manera ininterrumpida y hasta el fin de la concesión, tal como lo regula expresamente la cláusula 3.4.d) del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, según la cual el concedente se compromete a que “[...] el CONCESIONARIO tendrá derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la pri-

³ Por ejemplo, pueden considerarse los siguientes contratos de concesión, registrados en el portal institucional del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público: (i) Contrato de Concesión de la Red Vial 4; (ii) Contrato de Concesión de la Red Vial 5; (iii) Contrato de Concesión del Tramo 5 del Corredor Vial Interoceánico Sur; (iv) Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro; (v) Contrato de Concesión de la Autopista del Sol, entre otros.

mera Acta de Entrega Parcial de Bienes [...] y este derecho solo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión” (2010, p. 25).

En ese sentido, resulta claro que en las concesiones autofinanciadas, el derecho de explotación mediante la recaudación de peaje es un presupuesto esencial para el equilibrio entre las prestaciones relativas a la provisión de la infraestructura y la recuperación de los costos por dicha provisión. Debido a ello, es necesario que el Estado garantice su ejercicio ininterrumpido.

Imagen 1: Equilibrio económico financiero entre obligaciones del Concesionario y su derecho de explotación en una concesión autofinanciada



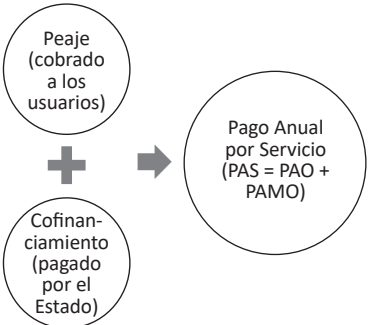
Fuente: Elaboración propia.

De otro lado, aunque en el texto de los contratos de concesión correspondientes a las concesiones cofinanciadas igualmente se suele asociar el derecho de explotación con el cobro de peaje, en estricto, la recuperación de los costos no depende de lo que se recauda. Al respecto, en este tipo de concesiones, lo ordinario es que el concedente asume el compromiso de garantizar al concesionario una contraprestación fija que se denomina Pago Anual por Servicio (en adelante, PAS), que está conformada por el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (en adelante, PAMO) y el Pago Anual por Obras (en adelante, PAO), que, en líneas generales, retribuyen el *capex* y el *opex* de la infraestructura respectivamente. Este PAS, además de ser la suma del PAMO y PAO, es también la suma de la recaudación de peaje y el cofinanciamiento a cargo del Concedente.

El funcionamiento del régimen económico de una concesión vial cofinanciada queda adecuadamente resumido con una breve revisión del Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión del Tramo 5 del Corredor Vial Interoceánico Sur, cuyo idéntico contenido se replica en otros contratos. En este se señala que “el pago del PAS se efectuará

a través de las siguientes fuentes: a) la recaudación de peaje y b) el cofinanciamiento”, además de establecer que “el monto del PAS asciende a la suma conjunta del PAO y el PAMO ofertados” (2007, p. 302) y que el cofinanciamiento es igual a la suma de PAMO y PAMO (o sea, el PAS), menos la recaudación de peaje.

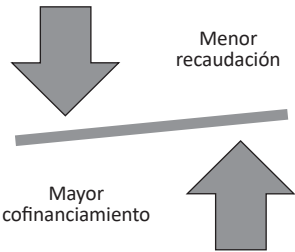
Imagen 2: Composición de la retribución del Concesionario (PAS) en una Concesión Vial Cofinanciada



Fuente: Elaboración propia.

El PAS es fijo a diferencia de la recaudación de peaje, que es variable y depende de la demanda derivada de transporte. Ahora bien, para mantener el PAS constante, el cofinanciamiento también tiene que ser aritméticamente variable, de modo tal que cada sol que se recaude es un sol que el Estado deja de desembolsar (o cofinanciar) y cada sol de menos que se recaude es un sol más que el Concedente debe cofinanciar o subsidiar. En síntesis, lo que los usuarios pagan por concepto de peaje disminuye el desembolso de recursos públicos a cargo del Concedente.

Imagen 3: Relación entre la recaudación y el cofinanciamiento en una concesión vial cofinanciada



Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar, la práctica adoptada en el Perú para las concesiones cofinanciadas es que la recaudación de peaje (debido a que suele ser diminuta en comparación con la magnitud de ingresos requerida para la recuperación de inversión) resulta ser indiferente para las empresas concesionarias, pues sus ingresos no dependen del peaje sino del compromiso de pago firme asumido por el Estado. La recaudación termina siendo más bien relevante para el concedente, pues

mientras mayor es la recaudación de peaje menos se afecta su presupuesto⁴.

En resumen, el derecho de explotación a través del cobro de peaje retribuye íntegramente las inversiones y los costos de operación y mantenimiento en las concesiones autofinanciadas, en tanto que en el caso de las concesiones cofinanciadas, el peaje disminuye el empleo de recursos públicos.

Ahora bien, la explotación suele ser mencionada en los contratos de concesión, como un derecho –por demás explicado y hasta sobreentendido– pero también como un deber. ¿En qué sentido la explotación de una concesión es un deber? El contenido de este deber se relaciona con el principio de no discriminación a los usuarios, de modo tal que las empresas concesionarias están impedidas de realizar exenciones o conceder liberalidades a determinados usuarios por razones comerciales. Ciertamente, el alcance de este deber se ve limitado cuando el mismo Concedente autoriza que determinados usuarios abonen tarifas diferenciadas (como se puede apreciar en el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol), de modo que los usuarios que pertenecen al área geográfica más próxima a las unidades de peaje y se desplazan frecuentemente sobre ellas paguen una tarifa inferior a la regular. Asimismo, existe una regulación especial y expresa contenida en el Decreto Ley 22467 (del año 1979) y sus normas modificatorias sobre los vehículos exonerados del cobro de peaje, tales como: las ambulancias, los patrulleros policiales y las unidades de emergencias del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios, cuando este tipo de vehículos se encuentra en servicio. Como resulta evidente, el crucial y urgente servicio público que prestan estas unidades o instituciones explica las razones por las cuales estos vehículos se encuentran exonerados del cobro de peaje.

De otro lado, también es posible entender la explotación de la concesión como un deber si es concebida como la operación de la infraestructura vial dentro de la cual se generan múltiples relaciones comerciales o de consumo entre la empresa concesionaria y cada usuario pagante del peaje, lo que supone tener unidades de peaje debidamente habilitadas para la recaudación y cumplir determinados estándares de operación, como el tiempo

de espera en cola en las unidades de peaje, así como disposiciones normativas relativas a la oportunidad de publicación de las tarifas, recepción y atención de reclamos, entre otros.

III. OTROS PROPÓSITOS DEL PEAJE

Bajo una lógica financiera del desarrollo de proyectos de inversión en infraestructura vial, el peaje es el mecanismo para recuperar total o parcialmente dicha inversión, así como los costos de operación y mantenimiento.

Sin embargo, si nos aproximamos a los instrumentos regulatorios y las políticas públicas para un transporte sostenible y un buen uso de los bienes de dominio público, el peaje también puede ser concebido como una herramienta regulatoria para transmitir una señal de escasez. ¿Y esto por qué es importante? Porque si un bien puede ser usado o apropiado sin que se tenga que pagar por ello, muy probablemente el bien experimentará una saturación en uso y una degradación en su calidad.

Esto puede ocurrir después de la inauguración de una nueva infraestructura vial urbana (Redacción El Comercio, 2022). Al inicio la puesta en operación de una nueva infraestructura parece ser el esperado remedio de los problemas de congestión, pues los usuarios se benefician con la capacidad vial añadida, probablemente experimentando un incremento de la satisfacción o la utilidad en el transporte al llegar más rápido a su destino. Sin embargo, al poco tiempo, conforme los usuarios empiezan a tomar conocimiento de la existencia de la nueva infraestructura, empieza a saturarse y a generar nuevos ‘cuellos de botella’, desapareciendo el fugaz beneficio de la novedad.

Parte de este problema se puede explicar por la falta de una señal de escasez. Cuando no se recibe una señal del mercado que transmita la idea de que un bien es escaso, es decir, que cuesta, se produce un desajuste entre la demanda de la infraestructura, es decir, entre los automóviles que ocupan la vía y la capacidad de la infraestructura, quedando esta última saturada (De Rus *et al.*, 2003, pp. 347-348). En cambio, cuando se transmite una señal de escasez de la infraestructura mediante el cobro de un precio por utilizar la vía, que es justamente la

⁴ Desde una perspectiva teórica, también podrían estructurarse concesiones cofinanciadas donde no exista un PAS que retribuya íntegramente las inversiones y la operación y mantenimiento sino simplemente la obligación de cofinanciar un importe fijo (que intencionalmente sea calculado por debajo del mínimo necesario para cubrir todos los costos de inversión y operación) y que se traslade al Concesionario el riesgo de demanda. En estos casos, el funcionamiento de estas concesiones sería semejante al de una concesión autofinanciada, donde la recaudación de peaje es la preocupación económica fundamental para el inversionista privado y básicamente guarda una relación de identidad con el derecho de explotación. Sin embargo, nominalmente se trataría de una concesión cofinanciada debido al desembolso de recursos públicos.

noción de peaje, los usuarios internalizan dentro de sus costos particulares los costos asociados a la congestión (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional, 2015).

En un escenario donde se emiten con claridad señales de escasez, el consumo o uso de la infraestructura se disciplina, de modo que no se llega —al menos en el corto plazo— a degradar la utilidad o disponibilidad de la infraestructura vial. Y precisamente, el peaje es un buen indicador de la escasez de la infraestructura. Por supuesto, existen herramientas regulatorias alternativas, pero la literatura reconoce la eficiencia, eficacia y no regresividad de los peajes, lo que los convierte en un mecanismo apropiado para combatir o regular la congestión, en comparación, por ejemplo, con mecanismos que limitan la cantidad de viajes por automóvil (Fageda & Flores-Fillol, 2018), como las regulaciones pico-placa o semejantes.

De otro lado, no cabe duda de que los resultados pueden ser mejores si la implementación de una señal de escasez en el corto plazo se complementa con el despliegue de mayor infraestructura en el largo plazo y sobre todo si dichas obras vienen acompañadas de políticas públicas basadas en evidencia, por ejemplo, aquellas que privilegian la movilidad sostenible mediante el transporte masivo sobre el transporte individual.

Sin ánimo de ser pretencioso ni de ofrecer soluciones milagrosas que escapen a nuestras competencias, es recomendable tomar los consejos de autores como De Rus *et al.*, quienes comentan que:

A medio y largo, plazo, las soluciones pueden ser acometer proyectos de ampliación de la infraestructura viaria, de forma que permita acomodar flujos de tráfico mayores, o tratar de desviar parte de la demanda hacia otros medios de transporte público alternativos (generalmente, autobuses, metro y ferrocarril son opciones para tratar de aliviar la gestión en entornos urbanos). (2003, p. 349)

Ciertamente, a lo que se debe aspirar es a la implementación de una estrategia combinada de colocación de peajes sobre carreteras de alta ca-

pacidad sin dejar de proveer infraestructura complementaria sin pago, acompañando la receta con mecanismos de regulación de la circulación terrestre que privilegien el transporte público masivo.

Es interesante que la ley peruana sobre transporte y tránsito terrestre recoja los preceptos fundamentales que deben ser utilizados como guía para los *policy makers* en la elección de los mecanismos regulatorios sobre el uso de las vías públicas⁵, partiendo de la premisa fundamental de que quien usa la infraestructura vial debe internalizar los costos derivados de su decisión. El peaje tiene como finalidad precisamente que los usuarios internalicen sus decisiones y elecciones al movilizarse, de tal manera que no se degrade ni sature la infraestructura vial.

Las concesiones de infraestructura vial aportan con la provisión de la infraestructura de alta capacidad a la que se añaden señales de escasez para su uso racional mediante el cobro de peaje. Tenemos entonces una ‘pata’ de la mesa de las herramientas combinadas para atender los problemas relativos al transporte y la congestión. No obstante, no tenemos suficiente infraestructura vial. Es necesario desarrollar más y nuevos proyectos viales de alta capacidad y con mecanismos que racionalicen el uso de la infraestructura, lo que implica desde destrabar proyectos pendientes hasta la formulación de nuevos proyectos. Sin embargo, como ya se ha señalado, la promoción de nuevas concesiones viales no es lo único que hace falta. Las demás ‘patas’ (vías urbanas complementarias y alternativas, transporte masivo, entre otras) también son importantes.

IV. ASIGNACIÓN DEL RIESGO DE DEMANDA EN CONCESIONES VIALES

Las ventajas del despliegue de infraestructura vial, especialmente en un país con una gigantesca brecha de infraestructura para la movilidad sostenible, son probadas en materia de conectividad, competitividad e incluso en seguridad vial (Aguirre, 2024), especialmente cuando los proyectos se desarrollan como APP (Bonifaz y Fasanando, 2021). Asimismo, como ya se ha comentado extensamente, el peaje funciona como un mecanismo

⁵ Artículos 6 y 7 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.-

6.1 El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

[...]

7.2 Con el fin de inducir racionalidad en las decisiones de uso de la infraestructura vial, el Estado procura que los costos asociados a la escasez de espacio vial se transfieran mediante el cobro de tasas a quienes generan la congestión vehicular. (2012)

para la recuperación total o parcial de las inversiones acometidas para la provisión de la infraestructura y de los servicios obligatorios que se prestan sobre aquella y, al mismo tiempo, como una señal de escasez para disciplinar la disponibilidad y el uso de la infraestructura.

Por lo tanto, lo que la ciudadanía debería esperar y reclamar es que se ejecute más infraestructura vial para atender la mencionada brecha. Ahora bien, probada la necesidad de ejecutar múltiples proyectos de infraestructura vial, es natural que los estructuradores se enfrenten a una cuestión fundamental mientras desarrollan los proyectos: ¿cuál debe ser el esquema de asignación de riesgos del proyecto? En particular, ¿a quién se le asignará el riesgo de demanda? En primer lugar, debe tomarse en cuenta que si un proyecto se diseña como una APP es porque la participación de la inversión privada es deseable y puede incrementar las ganancias de eficiencia. Sin embargo, el entusiasmo por la participación privada no debe hacer perder de vista que lo fundamental en el desarrollo del proyecto es asignar los riesgos acertadamente, de modo tal que el proyecto no resulte “peor de lo planeado” (Barrantes, 2009, p. 331) o, si ocurriera alguna contingencia, esta pueda ser superada con éxito.

La literatura especializada en APP y concesiones recomienda enfáticamente considerar como criterio fundamental para la distribución de los riesgos de un proyecto la mejor capacidad para gestionar, administrar, mitigar e incluso soportar los riesgos (Barrantes, 2009, p. 331; Dammert, 2009, p. 340; Guasch, 2005, p. 255; Kerf *et al.*, 1998). Siguiendo ese orden de ideas, podemos mencionar, por ejemplo, que el riesgo constructivo naturalmente debe asignarse al inversionista privado. ¿Por qué? Porque quien se encuentra en mejor posición para afrontar los sobrecostos o las demoras por la ejecución de sus propios métodos constructivos o por la idoneidad de sus propios estudios es el ejecutor físico del proyecto. A la inversa ocurre respecto del riesgo por cambios en las leyes, es decir, el riesgo de que, por una nueva regulación, se incrementen los costos o se disminuyan los ingresos del proyecto objeto de un contrato que el Estado de la República ha formulado, estructurado, negociado, aprobado y firmado; obviamente, del inversionista privado no depende que se aprueben cambios en las leyes sino que es el Estado quien se encuentra en mejor capacidad de evitar que dicha contingencia se produzca y, por lo tanto, debe ser quien soporte el riesgo en caso dichos cambios legales impacten en la economía del proyecto.

Tabla 2: Asignación de los riesgos en proyectos de APP

Riesgo		¿Cómo se manifiesta?	¿Quién lo debe administrar o soportar?
Inversión	Diseño	Mayores costos o retrasos en la ejecución de las obras por deficiencias en los estudios técnicos o de ingeniería.	El que diseña (de preferencia, el inversionista)
	Financiamiento	Imposibilidad de conseguir el cierre financiero.	Inversionista
	Construcción	Sobrecosto o demora en la ejecución de las obras por aspectos constructivos.	Inversionista
		Sobrecosto o demora en la ejecución de las obras por falta de disponibilidad de terrenos (riesgo de expropiación).	Estado
Explotación	Mantenimiento y operación	Subestimación de volumen o tráfico que genere mayores costos de mantenimiento de la infraestructura o atención de usuarios.	Inversionista
	Ingresos	Tráfico o demanda	Depende
		Decisión gubernamental que impida cobrar o aumentar las tarifas.	Estado
		Generación del derecho a percibir (o a incrementar) ingresos, a condición de que se ejecute la infraestructura o se preste el servicio.	Inversionista
Ambas Etapas	Regulatorio	Variaciones normativas generales (tributarias, laborales y societarias).	Ambos
		Variaciones normativas sobre el objeto contractual.	Estado
	Fuerza mayor	Reconstrucción por desastre natural imprevisto.	Inversionista (a través de la aseguradora)
		Imposibilidad de cumplir obligaciones por catástrofe.	Ambos
		Disminución de ingresos por oposición social de usuarios al cobro.	Ambos

Fuente: Elaboración propia a partir de Dammert (2009), MEF (2016) y Kerf *et al.* (1998)

¿Qué ocurre con el riesgo de demanda? El riesgo de demanda consiste en la posibilidad incierta de que la demanda sea insuficiente para retribuir los costos de la infraestructura. Si la infraestructura es muy demandada y los usuarios tienen alta disponibilidad de pago, muy probablemente el proyecto pueda ser concebido como autofinanciado. En contraste, si la infraestructura, a pesar de ser socialmente muy demandada, no puede ser repagada por la limitada capacidad de pago de los usuarios, probablemente el Estado tenga que desembolsar recursos públicos para la sostenibilidad del proyecto. La estructuración de cada proyecto vial depende de la realidad socioeconómica y de las necesidades de la ciudadanía, las cuales requieren ser atendidas. Por lo tanto, no en todos los proyectos se puede asumir un mismo esquema de asignación de riesgos (en particular, del riesgo de demanda).

En algunos casos, qué duda cabe, el proyecto puede ser estructurado asignando el riesgo de demanda íntegramente sobre el concesionario, de modo que sus ingresos y rentabilidad dependan del tráfico real y la capacidad de pago de los usuarios.

Ahora bien, incluso para este esquema de asignación del riesgo de demanda, los contratos de concesión suelen incorporar ciertos mejoradores del perfil del riesgo del proyecto, de modo tal que este se modere y no ahuyente demasiado a los potenciales inversionistas por su posible aversión al riesgo (Pereyra, 2008). Por ello, por ejemplo, en los proyectos de infraestructura vial autofinanciados, se ha introducido una obligación o compromiso contingente a cargo del Estado, denominado 'Ingreso Mínimo Anual Garantizado' (en adelante, IMAG), que sirve como una suerte de piso para que la concesión sobreviva retribuyendo la operación y mantenimiento, en caso de que la recaudación efectiva sea ridícula o diminuta. Sin embargo, si la recaudación resulta ser mayor que el IMAG, este no se activa. Y esto puede ocurrir en un escenario de una recaudación igualmente deficitaria aunque un céntimo superior al IMAG como en el de un escenario superavitario, pues el riesgo de demanda o tráfico permanece asignado en cabeza del concesionario. Otros contratos, igualmente autofinanciados, incluyen garantías tarifarias, de modo que, si una autoridad prohíbe cobrar el peaje, el Concedente asume la pérdida de ingresos y compensa al concesionario. Otras garantías mejoradoras del

perfil del riesgo del proyecto pueden ser los compromisos de pago en caso de imposibilidad de cobro del peaje por oposición social.

Además de los proyectos donde es posible que el riesgo de demanda repose sobre la cabeza del concesionario, también pueden estructurarse proyectos que son altamente rentables desde una perspectiva social, pero que ofrecen una limitada rentabilidad financiera. En estos casos, existe una demanda real de provisión de una infraestructura vial, pero también una limitada capacidad de pago de la población del área de influencia. ¿Qué se hace en esos casos? El proyecto vial no puede retribuirse solo con el peaje —y ni siquiera se incluyen garantías mínimas de ingreso— sino que es directamente estructurado como una concesión cofinanciada, donde el riesgo de demanda lo asume el Concedente, a través de su compromiso firme⁶ de garantizar a las empresas concesionarias de infraestructura vial una retribución fija denominada PAS.

V. PROBLEMAS PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA POR AFECTACIÓN AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

El derecho de explotación es esencial para la sostenibilidad de los proyectos viales, que son tan necesarios para atender la brecha de infraestructura y satisfacer las necesidades de la ciudadanía. A través del derecho de explotación se logra el equilibrio económico-financiero de la concesión, pues su ejercicio permite recuperar los costos de inversión y operación y mantenimiento, especialmente, en el caso de las concesiones autofinanciadas. Asimismo, en el caso de las concesiones cofinanciadas, el cobro a los usuarios disminuye el cofinanciamiento a cargo del Estado, lo cual también contribuye a garantizar el equilibrio económico-financiero y a procurar el cuidado del presupuesto público.

Sin embargo, el Estado de la República del Perú, a través de distintas dependencias, en la última década ha venido adoptando conductas, acciones u omisiones contrarias al derecho de explotación en algunas concesiones, lo cual viene siendo un flagelo no solo contra la sostenibilidad de los proyectos directamente afectados (porque al fin y al cabo, las acciones culposas o dolosas pueden acarrear responsabilidad contractual bajo la ley peruana o incluso bajo el Derecho Internacional Público, en

⁶ Por 'compromiso firme' debe entenderse a toda obligación de pago del Estado que se debe efectuar en una oportunidad o de manera periódica. Se trata de una obligación cuya oportunidad está predefinida; por ejemplo, el depósito trimestral del PAMO. Se contraponen al 'compromiso contingente', que es una obligación potencial del pago del Concedente, la cual se activa cuando se produce la condición contractual eventual e incierta que la gatilla; por ejemplo, el compromiso asumido por el Concedente en algunos contratos de concesión de pagar los montos dejados de recaudar, en caso se produzcan y se extiendan en el tiempo eventos de oposición social que impidan cobrar el peaje.

caso de que se produzca la vulneración de un tratado de protección de inversiones), sino también contra la seguridad jurídica y la promoción de la inversión privada.

A continuación, se repasan algunos antecedentes de esta última década, esperando que su remembranza genere una investigación complementaria sobre las causas de estos incumplimientos por parte del Estado de la República del Perú y que motive a una reflexión sobre las oportunidades de mejora en cuanto a la promoción de las inversiones en infraestructura.

A. Privación del derecho de explotación por ley: el caso de la Ley 31018

1. Contexto de la transgresión al derecho de explotación

En el contexto de la pandemia por la enfermedad del coronavirus iniciada en el 2019 (COVID-19), se dictaron una serie de medidas que, por lo menos al inicio, se consideraban razonables y apropiadas para limitar el contagio. Es el caso, por ejemplo, de la denominada 'inmovilización social obligatoria' dispuesta por el Decreto Supremo 044-2020-PCM, cuyo propósito era evitar que las personas salieran de sus hogares, salvo para producir y comprar alimentos o medicamentos, o para proveer servicios públicos esenciales de agua, telecomunicaciones, residuos sólidos, electricidad, gas, saneamiento y los servicios funerarios. En dichas circunstancias, el desplazamiento por carretera en el territorio nacional quedó drásticamente disminuido, pues las unidades vehiculares que se desplazaban eran fundamentalmente aquellas que participaban en dichos mercados que se consideraban esenciales, así como las unidades vehiculares que siempre tenían la condición de exoneradas de pagar peaje por tratarse de unidades de emergencia o patrullaje para el cumplimiento de las normas relativas a la cuarentena.

La consecuencia natural de dicha disposición sobre las concesiones viales fue la disminución del tráfico. Sin embargo, su alcance normativo era mucho más amplio pues se trataba de una medida de alcance general y que, aunque restringía la libertad de desplazamiento de los ciudadanos, podía ser concebida como una medida idónea para detener

el brote del coronavirus, por lo menos en función de la información global y nacionalmente disponible hasta ese entonces. Asimismo, aunque era una medida que impactaba en las expectativas económicas de las partes contratantes (concretamente, en los ingresos de los concesionarios) no implicaba una modificación de los términos contractuales. En otras palabras, se trataba de una modificación legal semejante a las disposiciones que incrementan la remuneración mínima vital, generan nuevos impuestos, entre otras reglas de aplicación general que, aunque impactan económicamente sobre las partes, no modifican lo pactado. En todo caso, como cualquier ley o regulación sobreviniente al respectivo contrato de APP o concesión que no implicara una modificación del contenido contractual, era de cumplimiento obligatorio, aunque, dependiendo de su impacto económico en ingresos o costos sobre la concesión, podía gatillar la activación de las cláusulas de restablecimiento de equilibrio económico-financiero por los cambios en las leyes.

Ahora bien, además de esta primera medida (probablemente justificada), el Estado de la República del Perú, dictó una segunda medida regulatoria que impactó sobre las concesiones viales. Fue la Ley 31018, emitida por el Congreso de la República, no sin la objeción del Poder Ejecutivo. Al respecto, el texto de esta ley fue aprobado en una primera oportunidad por el Pleno del Congreso el 3 de abril de 2020 y, debido a la negativa del Poder Ejecutivo a promulgar la Ley, esta fue aprobada por el Congreso de la República por insistencia el 7 de mayo de 2020, publicándose en el Diario Oficial El Peruano.

El objeto de esta ley fue directamente la anulación temporal del derecho de explotación de los concesionarios y además, la prohibición de compensar a los concesionarios por dicha privación⁷. Esta medida era, a todas luces, inconstitucional, pues implicaba una modificación de los contratos de concesión vigentes al suprimir la garantía de explotación ininterrumpida prevista en dichos instrumentos, además de que se trataba de una disposición discriminatoria o 'con nombre propio', pues impactaba únicamente sobre las empresas concesionarias autofinanciadas (Núñez del Prado, 2020, p. 842), es decir, aquellas cuya única fuente de recuperación de sus costos de inversión, opera-

⁷ Artículo único de la Ley 31018.-

Suspéndese con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.

La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio. (2020)

ción y mantenimiento es la recaudación del peaje. Además, si cabe el término, era una ley ‘muy’ inconstitucional pues transgredía la protección cualificada otorgada por los contratos-ley en la modalidad de contratos de garantía suscritos por los concesionarios (Núñez del Prado, 2020, p. 788-789), cuyo contenido es el compromiso soberano del Estado de la República del Perú de protegerlo de cualquier acto de cualquier entidad suya que implicara un desconocimiento o una modificación del Contrato de Concesión, especialmente a través de nuevas leyes.

Tan clara era la inconstitucionalidad que, el 2 de junio de 2020, el Poder Ejecutivo presentó una demanda para la expulsión de la mencionada ley del ordenamiento jurídico peruano y cuyo resultado fue que el Tribunal Constitucional –cuya composición, por cierto, era una de las más variadas en el espectro ideológico– declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la ley mediante la Sentencia recaída en el Expediente 0006-2020-PI del 26 de agosto de 2020 (Tribunal Constitucional, 2020).

Ahora bien, lo cierto es que la Ley, a pesar de su inconstitucionalidad (posteriormente declarada) y de que, teóricamente, debería haber sido inoponible a los contratos celebrados antes de su entrada en vigencia, en los hechos produjo el efecto concreto de que los usuarios no pagaran el peaje, privando de esa manera a las concesionarias viales de su derecho de explotación, lo cual contravino la garantía de explotación ininterrumpida prevista en los respectivos contratos de concesión (Núñez del Prado, 2020, p. 805).

2. La privación del derecho de explotación derivada de la Ley 31018 es un incumplimiento contractual que debe ser indemnizado

La prohibición de cobrar peaje provocó un menoscabo patrimonial sobre las concesionarias viales autofinanciadas, al privarles de su única fuente de recuperación de inversiones y costos de operación y mantenimiento. Este daño fue consecuencia directa de la prohibición dictada por el Gobierno, la cual contraviene el compromiso del Concedente expresado en los respectivos contratos de concesión de respetar y garantizar el ejercicio del derecho de explotación de los concesionarios de manera ininterrumpida. En ese sentido, se configura un supuesto de responsabilidad civil contractual pues hay incumplimiento contractual, daño y la relación de causalidad entre incumplimiento y daño.

Ahora bien, ¿es posible atribuir responsabilidad contractual al Concedente cuando el hecho generador del daño es una ley aprobada por el Congreso de la República? Sí. En los contratos de con-

cesión, la parte gubernamental es el Estado de la República del Perú. Esto es distinto, por ejemplo, respecto de lo que sucede en los contratos que celebran las entidades públicas bajo la Ley General de Contrataciones Públicas o incluso los convenios en virtud de la Ley de Obras por Impuestos, donde la parte contractual gubernamental es precisamente la entidad contratante. No ocurre lo mismo en los contratos de APP –entre los que se incluye a los contratos de concesión vial– donde expresamente el Estado decide autodenominarse como Concedente, siendo el Ministerio del sector correspondiente únicamente el interlocutor o representante del Concedente en su condición de entidad titular o administradora del proyecto.

Si bien se ha sostenido dentro de los autores nacionales que el Concedente es una entidad pública determinada y no el Estado de la República del Perú (Martin, 2021, pp. 150-151), existen diversas razones que explican por qué los contratos deben entenderse celebrados con el Estado de la República del Perú en su conjunto y no con la entidad que lo suscribe en su representación (el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el caso de los contratos de concesión de infraestructura vial).

En primer lugar, los contratos de concesión asignan múltiples responsabilidades derivadas de los mismos contratos –y no de las leyes aplicables– a entidades distintas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Por ejemplo, Ositran puede aplicar penalidades contractuales, lo cual difiere del ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora contemplada en la Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores. Asimismo, Ositran puede conformar Comités de Aceptación de Obras y determinar si rechaza o acepta las inversiones ejecutadas por los concesionarios. Si bien estas actividades son compatibles con las facultades y prerrogativas asignadas a Ositran en función de la Ley 27332 y la Ley 26917 (su Ley de Creación), no son en estricto funciones administrativas, sino que se derivan estrictamente de los contratos de concesión y su alcance varía de contrato a contrato. Todas las actuaciones que efectúa Ositran en el marco de los contratos de concesión, distintas a las prerrogativas públicas conferidas por las leyes antes mencionadas, son actos de ejecución contractual atribuibles al Estado de la República del Perú. No son meras intervenciones de terceros no signatarios, sino expresiones de la voluntad del Estado durante la ejecución contractual en función de los roles y las responsabilidades que el mismo Estado de la República del Perú ha decidido repartir o distribuir internamente. Por supuesto, el primer y principal responsable de cumplir con los contratos de concesión es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como entidad pública titular del

proyecto, pero es perfectamente posible que otras entidades deban cumplir prestaciones en nombre del Concedente.

Asimismo, debe tomarse en consideración que el Estado ha decidido establecer un sistema de promoción de inversión privada mediante el empleo de contratos y no a través de licencias, autorizaciones o incluso concesiones administrativas. Ello responde a la bondad o virtud de los contratos, consistente en que ‘en tanto expresan un acuerdo de partes’, a diferencia de las normas administrativas, tienen el propósito de “dar credibilidad a los compromisos del Estado y [...] limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir –no para ampliar– la discrecionalidad del Estado y sus agentes” (Bullard, 2012, p. 317).

Sería absolutamente contradictorio con la decisión del Estado de proveer seguridad jurídica a los inversionistas bajo el empleo de contratos a nombre del Estado de la República del Perú que la entidad encargada de la administración de dichos contratos justifique su imposibilidad de cumplir sobre la base de las acciones u omisiones de otras entidades del mismo Estado. Ello sería totalmente contrario al propósito de los contratos de concesión, cuyo “uso se da precisamente para reducir el riesgo regulatorio y crear incentivos para que el Estado no desconozca con la mano derecha lo que reconoció con la mano izquierda” (Bullard, 2012, p. 317).

En concordancia con esta política pública de promoción de la inversión privada a través de instrumentos contractuales que provean de seguridad jurídica, el Estado peruano suscribe de manera simultánea con los contratos de concesión, otros contratos denominados ‘Contratos de Garantía’, cuya autorización se efectúa individualmente mediante decreto supremo con el propósito de reforzar el compromiso soberano de cumplir, a nombre del Estado de la República del Perú, con las obligaciones contenidas en el respectivo contrato de explotación. Es interesante observar que, si bien los Contratos de Garantía o Contratos de Seguridades y Garantías son suscritos por el mismo Ministerio del sector titular de los proyectos, la autorización para el otorgamiento de dicha garantía soberana es emitida por el Presidente de la República y por el MEF, como se puede observar, por ejemplo, en el Decreto Supremo 008-2013-EF, con el que se otorga seguridades y garantías para el cumplimiento de uno de los contratos de concesión.

Los contratos de garantía tienen la condición de contratos-ley y, al mismo tiempo, producen el efecto de que los contratos de concesión reciban

idéntica protección a la de los contratos-ley (Núñez del Prado, 2020, p. 788; Bullard, 2012, p. 326). Esto último es relevante porque, en virtud del Contrato de Seguridades y Garantías, las obligaciones, previstas en el Contrato de Concesión, ‘se vuelven verdaderas obligaciones de naturaleza contractual’, lo cual produce el efecto de un contrato-ley, y es que “el Estado se compromete a no modificar el marco legal vigente al momento de la inversión **y opta voluntariamente por regir una relación jurídica patrimonial mediante las normas del derecho privado**” (Amado & Miranda, 1996, p. 21) [el énfasis es nuestro]. Sin embargo, como los mismos autores argumentan, “no es que aquel [el Estado] se desligue de sus poderes de *imperium*, sino que en virtud de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el derecho privado” (1996, p. 18).

En ese orden de ideas, los contratos de garantía refuerzan la obligación del Estado en su totalidad de cumplir los contratos de concesión, lo que genera, como correlato, que el Estado responda por las contravenciones a dichos contratos que fuesen producidas por alguna(s) de a sus múltiples dependencias. Asimismo, el otro efecto de la celebración de los contratos de garantía es que el Estado se despoja voluntariamente de su *ius imperium*, de modo que queda sometido al derecho privado, el cual abarca, por ejemplo, el régimen de responsabilidad civil por incumplimiento de los contratos.

En síntesis, es posible resumir los fundamentos que justifican la posibilidad de que los concesionarios interpongan reclamaciones contractuales contra el Estado por la privación del derecho de explotación como consecuencia de la prohibición de cobrar peaje contenida en la Ley 31018, en los siguientes términos:

- (i) Los contratos de concesión reconocen textualmente que el Concedente es el Estado en su conjunto y no únicamente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- (ii) Los concesionarios y el Estado suscriben simultáneamente contratos de seguridades y garantías, en virtud de los cuales el Estado, a través del Presidente de la República, el MEF y el Ministerio del sector correspondiente, reconoce su compromiso soberano de cumplir el contrato de concesión.
- (iii) La Ley 31018 contraviene la cláusula de los contratos de concesión, en virtud de la cual el Concedente se obliga a garantizar a los concesionarios el derecho de explotación de manera ininterrumpida.

- (iv) Los contratos de garantía tienen la naturaleza de contrato-ley y otorgan la misma protección a los contratos de concesión.
- (v) Al celebrar contratos-ley, el Estado opta voluntariamente por regirse por las normas de derecho privado, las que incluyen las reglas de responsabilidad civil contractual.

En ese sentido, dado que la privación del derecho de explotación de las concesionarias viales auto-financiadas configura un incumplimiento contractual, aquellas pueden activar los mecanismos de solución de controversias previstos en sus respectivos contratos de concesión con el propósito de reclamar una indemnización por el peaje no recaudado, pudiendo alegar el incumplimiento de la obligación contractual específica de mantener al concesionario en ejercicio ininterrumpido del derecho de explotación, así como el incumplimiento del compromiso soberano asumido en el marco de los contratos-ley, los cuales tienen una cláusula de solución de controversias idéntica a la de los contratos de concesión. Estos mecanismos de solución de controversias son el trato directo y, de no prosperar este, el arbitraje nacional o internacional dependiendo del monto involucrado.

3. La prohibición de compensación contenida en la Ley 31018 no resulta aplicable y no impide actualmente que los concesionarios sean indemnizados por los daños generados por el Concedente

Como se ha señalado, la Ley 31018 no solo prohibió a los concesionarios cobrar el peaje sino que además intentó prohibir al Estado compensar a los concesionarios por la privación de su derecho de explotación.

Sin embargo, esta segunda prohibición no podría configurar un impedimento para que el Estado indemnice a los concesionarios por la privación de su derecho de explotación, siguiendo los mecanismos de solución de controversias previstos en cada contrato, por dos razones: (i) porque dicha prohibición fue expulsada del ordenamiento jurídico con la sentencia que la declaró inconstitucional y (ii) porque, incluso, si no se hubiese iniciado nunca un proceso de inconstitucionalidad contra esa Ley, los Tribunales Arbitrales que conocieran las reclamaciones contractuales por la privación del derecho de explotación como consecuencia de la vigencia de la Ley 31018 estarían obligados a ejercer control difuso sobre la prohibición de compensación prevista en esa misma ley, lo que implicaría no aplicarla por contravenir el artículo 62 de la Constitución (Mori, 2020).

Por lo tanto, no habría justificación válida o legítima para excusarse de su obligación de resarcir o indemnizar, máxime cuando hay actos propios del Estado peruano que demuestran haber repudiado su propio incumplimiento contractual, como la interposición de la demanda de inconstitucionalidad.

4. La activación de las cláusulas de garantía tarifaria en algunos contratos de concesión

Es interesante tomar en cuenta que algunas concesionarias ni siquiera tendrían que desarrollar los presupuestos de la responsabilidad civil contractual en sus reclamaciones pues cuentan con una protección contractual específica, sencilla y directa.

Es específica porque se aplica precisamente cuando existen órdenes gubernamentales de no cobrar peaje. Es sencilla porque basta con demostrar la orden gubernamental y el tráfico no pagante. Y, finalmente, es directa porque al existir esta cláusula, los concesionarios tienen un atajo que les libera de desarrollar la justificación extensa que hemos esbozado sobre el Estado como Concedente y sobre los contratos-ley como instrumentos de protección cualificada a los concesionarios.

Al respecto, por lo menos en dos contratos de concesión se han introducido cláusulas de garantía tarifaria, en virtud de las cuales el Concedente se obliga a pagar a la concesionaria los montos dejados de recaudar por concepto de peaje cuando una autoridad emite una ley o disposición regulatoria que impide el cobro de peaje. Es decir, en estos contratos, las partes han decidido evitar la disputa sobre la constitucionalidad, eficacia, oponibilidad de las leyes u órdenes administrativas que atentan contra el derecho de explotación, garantizándose a la empresa concesionaria que el Concedente le restituirá los peajes que no perciba durante la vigencia temporal del mandato legal o administrativos.

Sobre el particular, es de acceso público el laudo expedido el 12 de mayo de 2023 en el Caso Arbitral 0440-2021-CCL, en el cual el Tribunal Arbitral reconoció la procedencia de la activación de la garantía tarifaria del Contrato de Concesión de la Red Vial 6 por la aplicación de la Ley 31018 (Concesionaria Vial del Perú S.A. v. República del Perú, 2023).

5. Reclamaciones por violaciones a los tratados de protección de inversiones

Los accionistas extranjeros de las concesionarias también pueden formular reclamaciones contra el Estado de la República del Perú por la privación del derecho de explotación de las concesionarias.

Concretamente, pueden alegar una transgresión a los respectivos tratados de protección de inversiones suscritos por el Perú y su país de origen.

Estos reclamos serían, como acota Núñez del Prado (2020), ‘poderosos’, pues la Ley 31018 que privó a sus sociedades controladas de su derecho de explotación constituiría el fundamento mismo de dichas reclamaciones, al configurar “precisamente el hecho ilícito internacional” (2020, pp. 818-819).

En caso los accionistas extranjeros sean empresas nacionales de un Estado con el que el Perú ha celebrado un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones (en adelante, BIT) o Tratados de Libre Comercio, estos podrían formular reclamaciones bajo dichos instrumentos, argumentando que Perú ha transgredido la cláusula de Trato Justo y Equitativo (en adelante, TJE).

Como explica Núñez del Prado (2020, p. 821), es posible alegar que el Estado de la República del Perú ha incurrido en una contravención de la cláusula TJE, debido a la modificación irrazonable del marco legal aplicable a las concesiones viales al suspender el cobro de peaje y por la contravención de las expectativas de los inversionistas al prohibir la compensación posterior.

La Ley 31018 introdujo modificaciones irrazonables en el marco legal pues, si bien se emitió en un contexto de emergencia por la pandemia del COVID-19, los fundamentos para su aprobación no guardaban vinculación alguna con la prevención del contagio sino que respondían a una necesidad política de otorgar ventajas a ciertos grupos de interés. De hecho, un acertado analista económico comentó que, como efecto de la Ley 31018, “no se perciben beneficios económicos adicionales importantes, salvo para grupos de transportistas que ya estaban operando durante el estado de emergencia” (Andrade, 2020). Se sostiene, además, que el debate y la aprobación de la ley fue una oportunidad políticamente conveniente para intentar ‘castigar’ a ciertas concesionarias viales de Lima Metropolitana respecto de las que se comentaba que habían participado en prácticas corruptas (Núñez del Prado, 2020, pp. 821-827).

Asimismo, la privación del derecho de explotación y la prohibición de compensación constituye también un desconocimiento del Estado peruano de las expectativas legítimas de los inversionistas, pues cuando estos decidieron participar en los respectivos procesos de promoción de la inversión privada, actuando como postores, luego como adjudicatarios y finalmente como concesionarios a partir de la fecha de suscripción de cada contrato,

confiaron en la promesa de Perú de ejercer ininterrumpidamente su derecho de explotación.

Las inversiones realizadas, que son retribuidas con el peaje, fueron ejecutadas asumiendo de buena fe un escenario en el que se respetarían las expectativas legítimas y razonables de una operación ininterrumpida de las unidades de peaje, no uno en que el Estado, a pesar de haber percibido los beneficios del cumplimiento de los contratos de concesión, decidiera recortar el período de explotación. Tampoco esperaban los inversionistas que el Estado de la República del Perú, a pesar de haberles prometido por ley y por contrato que se aseguraría del cumplimiento del Contrato de Concesión, pudiese valerse de uno de sus múltiples brazos para prohibir el cobro de peaje y además su compensación posterior, pues ello en buena cuenta significaría que la garantía otorgada por Perú no tiene valor alguno. En consecuencia, existiría mérito para las reclamaciones internacionales con base en los tratados de protección de inversiones.

6. Reflexión final sobre la Ley 31018 y sus efectos

Ruiz comenta que “la iniciativa del Congreso genera un precedente negativo pues desconoce uno de los pilares del modelo económico y regulatorio peruano, consistente en la libertad de contratación” (2020).

La privación del derecho de explotación, como consecuencia de la Ley 31018, sea que se interprete como un incumplimiento contractual o como un hecho ilícito internacional, es un antecedente nefasto respecto del cual no había duda alguna de que el Estado peruano tendría que asumir responsabilidad, bajo los contratos o los respectivos tratados.

Si se admite el oxímoron, era absolutamente claro el panorama sombrío que se avecinaba. Y tan claro era que el mismo Estado peruano, a través del Poder Ejecutivo, observó la autógrafa de la Ley y, después de que otro brazo del mismo Estado peruano —el Congreso— la promulgó por insistencia, trató de minimizar sus efectos en el tiempo al demandar y finalmente, a través del Tribunal Constitucional, declarar su inconstitucionalidad.

Salvo el Congreso de la República, todos los demás organismos involucrados reconocieron desde ‘el minuto cero’ que dicha Ley era inconstitucional y contingente pues activaría una serie de responsabilidades para el Estado peruano por el incumplimiento de sus compromisos asumidos con las concesionarias viales.

Lamentablemente, el Congreso decidió transgredir abiertamente los contratos de concesión empleando como excusa una inexistente intención de detener el brote del COVID-19. Por esa decisión política, los concesionarios o sus accionistas extranjeros tienen fundamento ‘de sobra’ para reclamar exitosamente una indemnización.

En aplicación del principio de Enfoque de Resultados, dado el improbable escenario de que el Estado pueda salir vencedor en alguna de estas disputas, lo más recomendable sería minimizar el menoscabo del presupuesto público a través de negociaciones vía trato directo o modificaciones contractuales que incluyan medidas compensatorias, como ampliaciones de plazo, acompañadas de pagos parciales de los montos que fuesen reclamados por las concesionarias.

Finalmente, se da por descontado que la reflexión obvia es que una situación así no puede repetirse.

B. Afectación del derecho de explotación por interés político: el caso de la ruta alterna al peaje de Virú

Este es un caso muy reciente y que consiste en que el Estado de la República del Perú, a través de uno de sus gobiernos subnacionales, la Municipalidad Provincial de Virú, ha puesto en marcha un plan para —en términos de Semana Económica— “asestar un nuevo golpe al sistema de concesiones peruano, al poner en operación una ruta alterna de 7.5 km en la Panamericana Norte” (Abarca, 2025).

1. Contexto de la afectación al derecho de explotación

El Estado tiene la prerrogativa de desarrollar la infraestructura vial que resulte técnica, económica y socialmente más conveniente para atender la demanda de movilidad de sus ciudadanos. Las concesiones viales constituyen una de las herramientas más importantes para atender las demandas de movilidad, así como lo son el desarrollo de infraestructura, complementaria y local sin peaje y los mecanismos de ordenamiento del tránsito para favorecer el transporte masivo.

No cabe duda, entonces, de que es correcto que el Estado ejecute inversiones para desarrollar infraestructura. Para tal efecto, el despliegue de la infraestructura puede implicar, como anunciamos al inicio de este artículo, el recurrir a distintas modalidades legales en función de la alternativa de desarrollo: contratación pública tradicional, APP autofinanciada, APP cofinanciada, proyectos de Gobierno a Gobierno, entre otros.

Ahora bien, el ejercicio de las prerrogativas del Estado no debe ser contrario a la buena fe en la ejecución de los contratos que el mismo Estado ha celebrado. Uno de esos contratos es el de la concesión autofinanciada de la Red Vial 4, la cual se retribuye únicamente con la tarifa, que se cobra a los usuarios en cinco unidades de peaje, siendo una de ellas la Unidad de Peaje de Virú.

El Gobierno Regional de La Libertad decidió transferir S/ 5,000,000 (cinco millones de soles) a la Municipalidad Provincial de Virú (Gobierno Regional de la Libertad, 2024) para la construcción de la carretera Santa Elena-Puerto Morín. Ello pareciera ser teóricamente correcto, salvo por el hecho de la intención con la que se produjo esa transferencia presupuestal. Al respecto, el Gobierno Regional expresamente indicó que los pobladores de Virú ya no tendrán que pagar doble peaje para ir a la playa de Puerto Morín. Por su parte, al iniciar las obras, el alcalde provincial “expresó su gratitud al gobernador regional por hacer realidad esta obra. La carretera mejorada permitirá que los más de 100 mil viruñeros accedan directamente a Puerto Morín sin pagar peaje para disfrutar de su propia playa” (Municipalidad Provincial de Virú, 2024).

La obra se terminó y fue puesta en servicio en enero de 2025, produciendo el anunciado efecto, pero sin limitarse a él, pues facilita que otras (y todas las demás posibles) unidades vehiculares hagan uso de la vía concesionada y solo para evitar el pago de peaje, pues los usuarios ahora pueden retirarse de la autopista, conectarse a las vías locales que conducen a la recién inaugurada carretera y luego de transitar por ella, pueden finalmente regresar a la autopista concesionada sin haber pagado el peaje.

No cabe duda de que se trata de un acto claramente intencionado del Gobierno Regional de La Libertad y de la Municipalidad Provincial de Virú para congraciarse políticamente con los ciudadanos, instrumentalizando al concesionario y menoscabando su recaudación de peaje.

2. El Concedente es responsable por las acciones u omisiones de los gobiernos subnacionales

El Estado peruano, en principio, tiene atribuciones legales para desarrollar la infraestructura vial que considere apropiada, en cumplimiento de su función de proveer servicios públicos a sus ciudadanos. Sin embargo, ello no significa que, en cualquier caso, el despliegue de dicha infraestructura libere al Estado de cualquier supuesto de responsabilidad contractual o de compensar al concesionario bajo algún otro título.

En el caso concreto de la carretera Santa Elena-Puerto Morín, el desarrollo de la infraestructura vial no ha seguido un plan de movilidad para atender una demanda no satisfecha, sino que aparentemente habría tenido como finalidad, según lo explícitamente declarado por las dependencias gubernamentales involucradas, evitar que los usuarios pasen por la Unidad de Peaje Virú.

De esa manera, el Estado de la República del Perú, a través de sus dependencias subnacionales, habría actuado en contra del principio de buena fe, noción que:

[...] denota decencia, corrección y razonabilidad en el cumplimiento [...] y está unida a la idea de un término implícito que requiere cooperación de una parte con la otra con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables. (Adams & Bronsward, 1995; citado en Zusman, 2005, p. 23)

La suscripción del contrato de concesión por el Estado peruano y la concesionaria fue efectuada partiendo de la premisa de que las partes respetarían recíprocamente sus expectativas razonables, lo que significaba, como ‘piso mínimo’, no adoptar acciones contrarias a los fines del contrato. El Estado peruano, a través de dos dependencias suyas, habría decidido promover que los usuarios se comporten como *free-riders*, utilizando la infraestructura concesionada al máximo posible, pero que, cuando les corresponda transitar por la unidad de peaje, la evadan. No cabe duda de que si un caso cumple el ejemplo de manual de mala fe es este.

Ahora bien, como se explicó en la discusión sobre la privación del derecho de explotación por la Ley 31018, los contratos de concesión –como el de la Red Vial 4, afectado por estas acciones de los gobiernos subnacionales– reconocen que el Concedente es el Estado peruano en su conjunto. Asimismo, los contratos de garantía contienen el compromiso soberano, a nombre del Estado peruano, de cumplir con los contratos de concesión. Y finalmente los contratos de garantía, en tanto contratos-ley, logran que los contratos de concesión reciban la misma protección que los contratos-ley (Bullard, 2012, p. 326).

Debido a lo anterior, el Estado peruano responde por lo que realice cualquiera de sus dependencias que implique una contravención a los contratos de concesión, y, dado que el contrato-ley implica un sometimiento del Estado peruano al derecho privado (Amado & Miranda, 1996, p. 21), la forma en la que el Concedente responde por los incumplimientos contractuales que los organismos del Es-

tado le hacen cometer es mediante el sistema de responsabilidad civil contractual.

Esto último es muy importante porque, habiendo comprobado que el hecho generador del daño es atribuible al Estado –además de haberlo hecho con una evidente intencionalidad–, la única forma en la que el Estado podría sustraerse del efecto resarcitorio implicaría descartar la ‘ilicitud’ de la conducta (Espinoza, 2015) o también llamada ‘injusticia del daño’ (Buendía, 2021). Al respecto, las circunstancias que justifican los hechos dañosos, es decir, que liberan de la responsabilidad de resarcir a quien daña, son esencialmente: (i) el estado de necesidad; (ii) la legítima defensa; (iii) el ejercicio regular de un derecho; y (iv) el cumplimiento de un deber (Buendía, 2021).

Evidentemente, el diseño, el financiamiento, la construcción y puesta en servicio de una carretera nada tienen que ver con el estado de necesidad o la legítima defensa; por lo tanto, y por descarte, únicamente podría invocar el Estado peruano la ocurrencia de daños no resarcibles debido al ejercicio regular de un derecho (o atribución, por tratarse del Estado) o al cumplimiento de un deber (o función, nuevamente por tratarse del Estado).

No obstante, a pesar de que hipotéticamente el Estado tiene el deber de dotar de la infraestructura que demandan sus ciudadanos y la prerrogativa de desarrollar esos proyectos de infraestructura, no es inapropiado cuestionarnos si es legítimo invocar ese deber cuando el desarrollo de la ruta alterna al peaje de Virú no responde a la satisfacción de un derecho de los ciudadanos o de un reclamo legítimo.

En principio, las personas tenemos derecho al libre desplazamiento dentro del territorio nacional, pero es inexistente el derecho de los ciudadanos a evadir el peaje. El Estado peruano solo puede ejercer sus prerrogativas y funciones de manera compatible con el ordenamiento jurídico peruano y el bien común. En ese sentido, un reclamo ciudadano para evadir el peaje no es susceptible de crear, como correlato, el deber del Estado de proveer infraestructura para evadir tal peaje.

También sería controversial el planteamiento del ejercicio regular de un derecho, pues podría sostenerse que la facultad del Estado de desarrollar infraestructura vial ha sido ejercida de manera abusiva, al buscar como principal objetivo el no pago del peaje.

La ‘regularidad’ en el ejercicio de un derecho se contraponen a su ejercicio abusivo, es decir, al ‘pisoteo’ de los derechos de los demás invocando el

derecho propio, lo cual es, por cierto, un hecho generador de responsabilidad civil (Campos, 2012, pp. 221-227).

En conclusión, el proyecto vial paralelo a la carretera concesionada difícilmente constituiría un supuesto regular del cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho (o prerrogativa gubernamental), sino más bien parecería un caso de ejercicio abusivo del derecho, además de ser muy probablemente una contravención dolosa del Contrato de Concesión y de las expectativas legítimas de la empresa concesionaria. Por lo tanto, las actuaciones de los gobiernos subnacionales podrían derivar en que el Estado peruano tenga que soportar reclamaciones por responsabilidad civil contractual.

3. Una reflexión adicional: la necesidad de efectuar un monitoreo de los riesgos a los proyectos de APP por parte del Concedente

Como ya se ha señalado, la noción fundamental de los proyectos de APP en general -y de las concesiones viales en particular- es la óptima asignación de los riesgos. Sin embargo, identificar los riesgos y distribuirlos durante la etapa de estructuración del proyecto no es suficiente para evitar que la ejecución del proyecto genere afectaciones imprevistas sobre la economía de las partes. También es necesario que, durante la ejecución del proyecto, las partes diseñen estrategias de prevención y, de ser el caso, respuestas ante la concreción no deseada de una contingencia.

Por el lado del Concedente, un riesgo asumido desde la estructuración del proyecto es el regulatorio, asociado al impacto de los cambios en las leyes aplicables sobre la economía del proyecto. Sin embargo, el riesgo regulatorio es una manifestación específica de un riesgo de mayor alcance, que es el riesgo político. El Ministerio de Economía y Finanzas efectúa un análisis parcial de este riesgo asociándolo únicamente al riesgo de impago a los inversionistas por motivos políticos, reconociendo el derecho de los inversionistas a terminar el contrato por incumplimiento del Concedente y recomendando su mitigación a través de pólizas de seguro (2016, pp. 19-20). Por supuesto, estos seguros, si bien pueden activarse en algún escenario de confrontación política, no limitan el derecho del inversionista de reclamar al Estado de la República del Perú por sus incumplimientos contractuales.

Ahora bien, las acciones u omisiones políticas pueden sobrepasar el limitado ámbito de las demoras en los pagos (lo que el MEF denomina 'riesgo político') o de cambios en las leyes (el riesgo regu-

latorio), sino que pueden abarcar un amplio universo de escenarios donde los proyectos queden impactados precisamente por decisiones políticas, que evidentemente son ajenas a los inversionistas y solo pueden pertenecer a la esfera de control del Estado de la República del Perú.

Asimismo, dado que el Concedente está conformado por todas las dependencias y entidades públicas que potencialmente pueden relacionarse con los proyectos materia de los contratos de concesión, podría ser apropiado que el Concedente efectúe un mapeo de dichas entidades y se asegure de realizar actividades de relacionamiento con el propósito de difundir, persuadir o exhortar a las mencionadas entidades que puedan acarrear la interposición de reclamaciones por responsabilidad civil contractual a nombre del Concedente. Si el Concedente, usualmente el Gobierno Central, se limita a asumir las responsabilidades patrimoniales por las actuaciones de otras entidades públicas, como los gobiernos subnacionales, en perjuicio de los proyectos y los contratos de concesión, sin que las referidas entidades o sus servidores tomen conocimiento de que sus acciones generan perjuicios al Estado y de que incluso ellos podrían terminar haciéndose responsables por dicho menoscabo patrimonial, lo que ocurrió en Virú, aunque quizá no haya sido la primera situación de esa naturaleza, muy probablemente tampoco será la última.

C. El Caso Rutas de Lima

1. El escenario de la afectación al derecho de explotación

Comentar acerca de la concesión de la empresa Rutas de Lima bien podría derivar en la elaboración de, por lo menos, un par de tesis de maestría, debido a la riqueza jurídica de la disputa, que involucra no solo alegaciones relativas a la contravención del derecho de explotación, sino también, conceptos como el interés público, la invalidez por vicios en la creación del acto jurídico, el estándar de prueba de la corrupción como un vicio de nulidad, entre otros. Para efectos de este artículo, comentaremos acerca de la afectación al derecho de explotación en dicha concesión.

En resumen, la concesionaria tenía el derecho de instalar y operar una unidad de peaje en el distrito limeño de Puente Piedra, denominada Chillón. El 29 de diciembre de 2016, la concesionaria implementó la Unidad de Peaje Chillón e inició el cobro de tarifas. A los pocos días, se produjeron disturbios y las casetas de peaje fueron vandalizadas. Posteriormente, la Municipalidad Metropolitana de Lima tomó la decisión de suspender el cobro de

peaje y luego de eliminarlo definitivamente (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020, pp. 18-19).

El Contrato de Concesión contemplaba la obligación del Concedente de subrogarse en el pago a cargo de los usuarios en caso de que protestas sociales impidiesen el cobro de peaje.

Ante la negativa de la Municipalidad Metropolitana de pagar los montos dejados de recaudar, Rutas de Lima inició un primer arbitraje para que se le reconozca el derecho a ser compensado con los montos dejados de recaudar hasta la entrada en operación efectiva del peaje o hasta el fin de la concesión, el cual concluyó con un laudo favorable a la concesionaria (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020).

Posteriormente, en un segundo arbitraje, Rutas de Lima formuló una siguiente reclamación relativa al derecho de la concesionaria al incremento de peaje, reconocido en unas actas de trato directo, el cual terminó siendo favorable a la concesionaria (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022).

La Municipalidad Metropolitana de Lima perdió ambos arbitrajes, habiendo formulado reconvencción en ambos casos para solicitar la nulidad del contrato, sus adendas y sus actas de trato directo, invocando la existencia de prácticas corruptas que propiciaron la suscripción del Contrato de Concesión.

El Tribunal Arbitral rechazó las pretensiones reconconvencionales por mayoría en ambos arbitrajes. Ahora bien, en el segundo arbitraje, la árbitra designada por la Municipalidad emitió una opinión disidente en la cual sustenta su voto a favor de la declaración de nulidad parcial del Contrato de Concesión, habiéndose convencido de la invalidez parcial del mencionado negocio jurídico por la identificación de múltiples *red flags* que transmitirían la idea, más allá de toda duda razonable, de haberse suscrito un contrato con una génesis corrupta.

2. La obligación del Estado de compensar los montos dejados de recaudar en un escenario de imposibilidad de cobro de peaje por oposición social

En lo que respecta al derecho de explotación, no cabe duda de que la eliminación de un peaje acarrea responsabilidad contractual por parte del Estado. Asimismo, es perfectamente válido que los contratos de concesión incluyan cláusulas que mejoren el perfil de riesgo de una concesión autofinanciada,

como la asunción del riesgo de fuerza mayor por oposición social por parte del Concedente.

Al respecto, un pacto en virtud del cual el Concedente asuma la obligación de compensar a la concesionaria por la imposibilidad de cobro de peaje debido a la oposición social, aunque no sea frecuente, es compatible con el sistema de promoción de la inversión privada y contribuye a mantener el equilibrio económico-financiero, sin alterar el carácter autofinanciado de la concesión, el cual es adquirido durante la estructuración del proyecto en función de la evaluación de las posibilidades de activación de las garantías no financieras.

Finalmente, los contratos son de cumplimiento obligatorio para las partes, por lo que, habiéndose pactado que el Concedente pague a la concesionaria en subrogación de los usuarios en caso de imposibilidad de operación de la unidad de peaje por protestas sociales, no hay mucho misterio: el Concedente está obligado a pagar los montos dejados de recaudar, no necesariamente porque sea responsable de la problemática ciudadana desde el inicio de la convulsión social, sino por haber asumido expresamente un compromiso contingente de pago en esos términos.

Cabe señalar que el laudo del primer arbitraje de Rutas de Lima es muy interesante porque contiene una condena de pago con cuantía determinable en aplicación de una fórmula durante todos los meses de imposibilidad de cobro de peaje “[...] hasta que las Partes establezcan un mecanismo complementario de comprensión económica” (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020, p. 26). Decimos que es interesante porque demuestra que, con independencia de lo costoso que pueda llegar a ser un compromiso contingente —probablemente subestimado— el Concedente tiene que honrarlo, en aplicación del principio de obligatoriedad de los contratos.

3. Una discusión que no fue abordada en el arbitraje: el carácter de petición de gracia de las iniciativas privadas

En el segundo arbitraje, la Municipalidad pretendía que el Tribunal Arbitral declarara la nulidad del contrato debido a que la concesión se habría conseguido a través del pago de un soborno a exfuncionarios de la Municipalidad. Al respecto, el soborno fue admitido de manera expresa por funcionarios de Odebrecht (la sociedad proponente de la iniciativa privada previa a la adjudicación de la concesión) y, además, fue un hecho incontrovertido en el arbitraje. Es particularmente relevante que las evidencias apuntaran a que los sobornos

fueron pagados entre finales de 2012 y el primer trimestre de 2013 (Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022).

A pesar de esa *red flag*, el Tribunal Arbitral sostuvo, por mayoría, que no había razón para creer que el pago del soborno influyó en la suscripción del Contrato de Concesión porque aquel ya se había producido después de la adjudicación de la concesión⁸. Es decir, dado que, para el momento en que se produjo el presunto soborno, el proyecto ya había sido adjudicado, dicho pago ilegal no habría cambiado en absoluto la inevitable suscripción del Contrato de Concesión.

Ahora bien, aunque el razonamiento podría parecer lógico, aparentemente en el arbitraje no se habría discutido un tema relevante sobre la génesis de este proyecto: el carácter de petición de gracia de la iniciativa privada, lo cual habría sido de capital importancia, dada la delicada materia en controversia. Este tipo de petición administrativa:

[...] no se sustenta en ningún título jurídico específico, sino que se atiene a la esperanza o expectativa de alcanzar una gracia administrativa. A lo sumo, expone como fundamento para la obtención de un beneficio, tratamiento favorable o liberación de un perjuicio no contemplado jurídicamente, la aplicación de la regla de merecimiento. (Tribunal Constitucional, 2002)

El carácter de petición de gracia de la iniciativa privada implica, entre otros efectos jurídicos, que el derecho del proponente se agota justamente al presentar la propuesta y, después de ello, no existe un derecho sustantivo del proponente a exigir la aceptación de la propuesta o la suscripción del contrato. Particularmente, cuando no se presentan terceros después de la declaratoria de interés, el carácter graciable se mantiene en todo momento y solo cesa con la suscripción del contrato.

Ciertamente, la legislación peruana, con relación al carácter de petición de gracia de las iniciativas privadas, no está exenta de cuestionamientos, especialmente en lo que se refiere al doble estándar: pues cuando hay terceros interesados, el carácter de petición de gracia se extingue con la declaratoria de interés. Por lo tanto, en ese escenario, el ganador o adjudicatario del concurso tiene derecho a exigir la firma del contrato de APP. En cambio, si quien se adjudica el proyecto es el mismo proponente por la ausencia de terceros interesados, el carácter de petición de gracia se mantiene y, aunque podría ser razonable esperar que se firme el contrato, no se puede invocar un derecho sustantivo que obligue al Concedente a suscribirlo.

Sin embargo, con independencia de lo discutible que puede ser la regulación normativa, lo cierto es que existe y no ha sido derogada ni expulsada del ordenamiento legal. En nuestra opinión, el Tribunal Arbitral habría tenido que esbozar alguna justificación en virtud de la cual pudiese inaplicar las reglas relativas al carácter de petición de gracia por la vía del control difuso, si hubiese tenido el convencimiento de la arbitrariedad o carencia de razonabilidad de dichas reglas. Por ejemplo, podría haber intentado sostener que la regla que ordena mantener el carácter de petición de gracia después de la declaratoria de interés cuando no hay terceros interesados es discriminatoria en perjuicio del proponente o contraviene alguna libertad económica o algún otro derecho constitucional. No obstante, el Tribunal Arbitral no motivó las razones de la no observancia del carácter de petición de gracia. Más bien, argumentó que la Municipalidad no ofreció evidencia que pudiese demostrar que tenía la facultad de no suscribir el contrato⁹. Sin embargo, no era una prueba lo que necesitaba el Tribunal Arbitral para dilucidar la disputa sobre la prerrogativa de la Municipalidad de no suscribir el contrato de concesión después de la adjudicación, sino la ley peruana, concretamente, la ley que regula las APP.

⁸ El párrafo 599 del caso Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima sostiene que:

En este sentido, el Tribunal encuentra que la evidencia que se refiere al pago de 3 millones de dólares por parte de Odebrecht a la campaña del No a la Revocatoria de Susana Villarán es sin duda una circunstancia relevante para el análisis global, pues constituye un hecho de corrupción ligado a la administración de Susana Villarán como alcaldesa de Lima. Sin embargo, el Contrato ya había sido adjudicado al momento en que, según la Demandada, José Miguel Castro solicitó dinero a Jorge Barata para financiar la campaña del No a la Revocatoria y, conforme a la Ley de APP, el Contrato de Concesión debía ser celebrado entre las Partes, pues ya había sido adjudicado a Rutas de Lima. Por este motivo, el Tribunal no encuentra motivo por el cual Odebrecht tuviese que hacer pagos para asegurar la firma del Contrato de Concesión. (2022).

⁹ El párrafo 593 del caso Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima sostiene que:

[...] ni el señor Castro ni la Demandada explican o han aportado evidencia que explique por qué bajo la ley peruana la alcaldesa podía unilateralmente suspender, impedir o revocar la firma de un contrato que ya había sido adjudicado de manera que pudiera generar un temor que justificara el alegado soborno pagado para asegurar la firma del contrato. Por este motivo, el Tribunal considera que no habría razón para que Odebrecht tuviese que pagar un soborno para asegurar la firma del Contrato de Concesión toda vez que este ya le había sido adjudicado. (2022)

Si el Tribunal Arbitral hubiese concluido, conforme a la ley peruana, que la Municipalidad sí podía abstenerse de firmar el contrato a pesar de haber adjudicado el proyecto, la hipótesis de la irrelevancia del soborno habría tenido que ser abandonada y, en consecuencia, la *red flag* no debería haber sido descartada. Por tanto, el corolario de este análisis académico *ex post* es que posiblemente la decisión del Tribunal de no declarar la nulidad parcial del Contrato de Concesión habría sido distinta¹⁰. Sin embargo, la realidad es que su validez es cosa juzgada, con dos laudos emitidos por mayoría que la han ratificado.

4. Comentario final

No cabe duda alguna de que los contratos están para cumplirse y que el Estado tiene que honrar lo pactado, así luego se arrepienta y considere que lo acordado ya no le resulta conveniente por presentarse circunstancias sobrevinientes cuya probabilidad de ocurrencia fue subestimada, como la oposición social a la operación de una unidad de peaje.

En ese sentido, en estricta observancia de lo pactado en los contratos de concesión, y si nos limitamos al debate relativo al cumplimiento de la obligación de la Municipalidad de pagar los montos dejados de recaudar, sin duda alguna, el reclamo de la empresa concesionaria tenía asidero contractual y lo mismo podría decirse respecto del reclamo relativo a la decisión de la Municipalidad de eliminar la unidad de peaje.

Asimismo, sin perjuicio de los posibles cuestionamientos al laudo del segundo arbitraje por el descarte de la *red flag* al no haber tomado en cuenta la naturaleza graciable de la iniciativa privada, actualmente, el Concedente no tiene posibilidad legal de cuestionar la validez del Contrato de Concesión. Esta ya ha sido reconfirmada en dos laudos, por lo que mal haría la Municipalidad —y, en general, el Estado peruano— en insistir en adoptar prácticas de *ghosting* contra el concesionario o en cercenar sus derechos contractuales y sus expectativas de ingresos, porque el derecho de este último ha prevalecido y el contrato ha quedado incólume.

Por otro lado, es de público conocimiento que los inversionistas extranjeros que controlan al concesionario han formulado una reclamación contra el Estado peruano por la realización de actos muy probablemente expropiatorios, a través de la Mu-

nicipalidad Metropolitana de Lima y el Tribunal Constitucional (Redacción Gestión, 2025).

VI. FINALMENTE, ¿EN QUÉ PODEMOS MEJORAR CON RELACIÓN AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN?

Podemos mejorar mucho. En primer lugar, desde el Estado, debe evidenciarse una intención por cumplir los compromisos asumidos. No es aceptable jurídicamente que el Estado se oponga al cumplimiento de obligaciones de pago expresamente asumidas y que obligue a los inversionistas a iniciar arbitrajes con expectativas a todas luces favorables para ellos únicamente por la reticencia (o temor) del Estado a aplicar el principio de Enfoque de Resultados. Tampoco es admisible que el Estado despliegue acciones que imposibiliten o dificulten la ejecución de los proyectos y el ejercicio del derecho de explotación.

Es positivo que el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional hayan reaccionado raudamente ante la evidente inconstitucionalidad de la Ley 31018. Sin embargo, es una tarea pendiente la adopción de mecanismos que impidan que estas nefastas experiencias se repitan o que dichas leyes, inoponibles a los contratos preexistentes, produzcan efectos materiales. Podría ser apropiado que el Estado peruano transmita inequívocamente la idea de que las entidades que lo hagan responsable por incumplir sus compromisos contractuales sean las que soporten las consecuencias presupuestales.

Asimismo, es posible que, así como el sector privado ya viene implementando hace algún tiempo modelos de prevención, gestión y clasificación de riesgos en función de su magnitud y probabilidad de ocurrencia, el Estado igualmente adopte modelos de prevención en la administración de sus contratos, monitoreando a las distintas entidades que potencialmente pueden interferir en la ejecución contractual con el propósito de evitar incurrir en responsabilidad civil por el no cumplimiento de sus compromisos, ya sean firmes o contingentes.

Por otro lado, es posible también identificar otras oportunidades de mejora con relación al derecho de explotación como las relativas a la forma de relacionamiento con los ciudadanos del área de influencia. Por ejemplo, en los contratos más antiguos no se ha previsto, hasta ahora, la posibilidad de introducir tarifas diferenciadas en razón

¹⁰ Ahora bien, cabe señalar que esto último no hubiese afectado los reclamos respecto de la privación del derecho de explotación que fue materia del primer arbitraje, sino otros reclamos derivados de actos contractuales posteriores, como la adenda de bancabilidad y otras actas de acuerdo.

de la distancia y proximidad de los usuarios con las estaciones de peaje (y, por supuesto, el Estado no los puede modificar unilateralmente). También es posible que, progresivamente, el Estado evalúe la posibilidad de introducir mecanismos que asemejen los esquemas financieros a los de regulación por incentivos, de modo tal que los beneficios que pueden experimentar las concesiones autofinanciadas por una elevada productividad de la concesión durante un intervalo de tiempo sean compartidos con los usuarios en un período siguiente.

Sin perjuicio de la estrategia que finalmente se adopte para mejorar las concesiones viales, no cabe duda de que son imprescindibles para el desarrollo de la movilidad sostenible y para el crecimiento del país. Por lo tanto, es esencial que sean bien administradas por buenos gestores públicos y buenos concesionarios. 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Abarca, E. (11 de enero de 2025). Golpe a las concesiones: los detalles de la ruta alterna construida en Virú para evitar el pago de peaje en la Panamericana Norte. *Semana Económica*.
- Andrade, R. (18 de junio de 2020). Suspensión de peajes: análisis costo-beneficio. *Apoyo Consultoría*.
- Aguirre, J. (2024). *Una aproximación de los impactos de las concesiones viales en Perú: casos de las carreteras Buenos Aires-Canchaque, Longitudinal de la Sierra Tramo 2 y Tramo vial Dv. Quilca – La Concordia*. (Documento de trabajo 2).
- Amado, J. & Miranda, L. (1996). La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley. *THEMIS Revista De Derecho*, (33), 15-21.

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional [AFIN] (2015). *Entendiendo las tarifas de peajes* (Informe Especial).

Baca, V. & Ortega, E. (2013). Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (13), 33-49.

Barrantes, R. (2009). Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 329–337.

Bonifaz, J. & Fasanando, A. (2021). *Asociaciones público-privadas versus obra pública: Una comparación para el caso de redes viales en Perú y la región*. Suárez, A., Ferrero, A. & Álvarez, C.

Buendía, E. (2021). De la antijuridicidad a la injusticia del daño: La antijuridicidad no es elemento de la responsabilidad civil bajo las normas del Código Civil peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (100), 203-240.

Bullard, A. (2012). El Estado soy yo: Arbitraje y regulación. ¿Son los árbitros los nuevos reguladores? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (12), 301-367.

(28 de enero de 2017). La paradoja de las vacas y los peajes. *El Comercio*.

Campos, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *IUS ET VERITAS*, (45), 210-227.

Céspedes, J. & Paz, M. (2018). *Alteración en la asignación de riesgos en las concesiones cofinanciadas de infraestructura de transporte de uso público mediante modificaciones contractuales* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Dammert, A. (2009). Equilibrio Económico Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 338–345.

De Rus, G., Campos, J. & Nombela, G. (2003). *Economía del Transporte*. Antoni Bosch.

Espinoza, J. (2015). Sobre los denominados Actos Ilícitos Dañosos. *IUS ET VERITAS*, (51), 116-122.

Fageda, X. & Flores-Fillol, R. (2018). *Atascos y contaminación en grandes ciudades: Análisis y soluciones*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada.

Gobierno Regional de la Libertad (15 de mayo de 2024). *Comienza construcción de carretera desde Santa Elena a Puerto Morín*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Guasch, J. (2005). *Concesiones en Infraestructura: Cómo hacerlo bien*. Antoni Bosch.

Huapaya, R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. *Revista De Derecho Administrativo*, (13), 15-32.

(2015). Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. *IUS ET VERITAS*, (50), 368-397.

Kerf, M., Gray, R., Irwin, T., Levesque, C., Taylor, R., & Klein, M. (1998). *Concessions for infrastructure A guide to their design and award* (World Bank Technical Paper 399). The World Bank.

Mairal, H. (2013). Los riesgos en la financiación privada en los proyectos públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (13), 201–222.

Martin, R. (2021). Las partes del contrato de concesión y la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales. *Revista Derecho Público Económico*, (2), 135-172.

Ministerio de Economía y Finanzas [MEF] (2016). *Lineamientos para la Asignación de Riesgos en Contratos de Asociaciones Público Privadas*.

(2020). *Guía Metodología de Asociaciones Público Privadas*.

Mori, P. (12 de junio de 2020). La crónica continúa: entre peajes, arbitraje internacional y otras diferenciaciones. *Gestión*.

Municipalidad Provincial de Virú (15 de mayo de 2024). *Inauguración del Mejoramiento en Asfalto de la Carretera Santa Elena - Puerto Morín*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Nieto, E. (2004). La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). *Revista de Administración Pública*, (164), 389-406.

Núñez del Prado, F. (2020). Leyes salvajes, suspensión de peajes y coronarbitrajes. En *Derecho de los Desastres. Covid-19, Tomo I* (pp. 753-887).

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Paz, M. (2018). El Carácter de Petición de Gracia de las Iniciativas Privadas. *Derecho & Sociedad*, (50), 79-97.

Pereyra, A. (2008). *Asignación de riesgos en concesiones viales: Evaluación de la aplicación de mecanismos de mitigación de riesgos en contratos de concesión en Uruguay*. (Documento de Trabajo 20/08). Universidad de la República.

Redacción El Comercio (25 de mayo de 2022). Óvalo Monitor: se reporta gran congestión vehicular un día después de la inauguración del paso a desnivel. *El Comercio*.

Redacción Gestión (13 de marzo de 2025). Brookfield, inversionista en Rutas de Lima, inicia arbitraje contra Perú: los millones que reclama. *Gestión*.

Ruiz, G. (23 de diciembre de 2020). Luces y Sombras de la Regulación: las 10 medidas que marcaron la agenda durante el 2020. *Blog de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.

Zusman, S. (2005). La buena fe contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 19-30.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Concesionaria Vial del Perú S.A. v. República del Perú. (12 de mayo de 2023). Laudo de Derecho expedido en el Caso Arbitral 0440-2021-CCL. Cámara de Comercio de Lima.

Decreto Ley 22467, Exoneran del Pago de Peaje a Vehículos Militares de las Fuerzas Armadas, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de marzo de 1979 (Perú).

Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 147-2024-EF, Decreto Supremo que otorga mediante contrato las seguridades y garantías del Estado de la República del Perú en respaldo de las declaraciones seguridades y obligaciones a cargo del Concedente estableci-

das en el Contrato de Concesión para el Diseño Financiamiento Construcción Operación Explotación y Mantenimiento del Proyecto Anillo Vial Periférico, Diario Oficial *El Peruano*, 09 de agosto de 2024 (Perú).

Decreto Supremo 008-2013-EF, Decreto Supremo que Otorga seguridades y garantías del Estado de la República del Perú, en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Dv. Quilca – Dv. Arequipa (Repartición) – Dv. Matarani – Dv. Moquegua – Dv. Ilo – Tacna – La Concordia, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2013 (Perú).

Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020. Laudo Arbitral de Derecho expedido el 11 de mayo de 2020.

Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022. Laudo Arbitral de Derecho expedido el 12 de diciembre de 2022.

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de diciembre de 2002, sentencia recaída en el Expediente 1042-2002-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de agosto de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0006-2020-PI/TC (Perú).

LA POLÍTICA DE ASIGNACIÓN DIRECTA DE ESPECTRO 5G EN EL PERÚ: ¿RECUPERAR EL TIEMPO PERDIDO O FRACASAR EN EL INTENTO?

5G SPECTRUM DIRECT ASSIGNMENT POLICY IN PERU: MAKING UP FOR LOST TIME OR FAILING IN THE ATTEMPT?

Paola Márquez Mantilla*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The trajectory of 5G in Peru reveals a significant delay. In this article, the autor reviews the regulatory evolution from the initial trials to direct spectrum allocation mechanism, highlighting its role in expediting the deployment of advanced networks. The analysis of policies, obstacles, and essential conditions –investments, spectrum reordering, and regulatory commitments– concludes that 5G's success hinges on decisions that secure contiguous spectrum and drive digital transformation.

KEYWORDS: Telecommunications; spectrum; allocation; regulation; 5G.

La trayectoria del 5G en el Perú muestra un retraso significativo. En el presente artículo, la autora revisa la evolución normativa desde las primeras pruebas hasta el mecanismo de asignación directa de espectro, resaltando su papel en agilizar el despliegue de redes avanzadas. El análisis de políticas, obstáculos y condiciones esenciales –inversiones, reordenamiento del espectro y compromisos regulatorios– concluye que el éxito del 5G depende de decisiones que aseguren espectro continuo y potencien la transformación digital.

PALABRAS CLAVE: Telecomunicaciones; espectro; asignación; regulación; 5G.

* Abogada. Máster en Regulación de Servicios Públicos por la Universitat de Barcelona. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Docente de postgrado en la Universidad ESAN. Gerente de Regulación de Entel Perú. Contacto: paolamarquezmantilla@entel.pe

La autora precisa que el presente artículo es de entera responsabilidad suya y no involucra de forma alguna a ninguna entidad en particular

I. INTRODUCCIÓN

Es muy probable que al leer el título de este artículo los lectores se pregunten ¿por qué se tiene que recuperar el tiempo perdido? En la actualidad, las empresas operadoras promocionan y venden servicios móviles y fijos, así como equipos que cuentan con la quinta generación de tecnología, el 5G. Todo ello, con la mirada y atención de los propios usuarios, a quienes les basta con observar en la pantalla del terminal móvil el logo 5G en las zonas en las que se cuenta con cobertura. En ese contexto, es inobjetable puntualizar que esta tecnología es parte de la realidad circundante de la sociedad peruana y que, como ocurrió previamente con la 4G, es previsible que llegue a la mayoría de usuarios de servicios de telecomunicaciones a la par de su evolución natural.

En efecto, durante el primer semestre del año 2019, se realizaron las primeras pruebas de esta conectividad de alta velocidad en el país¹. Posteriormente, en los meses de marzo y abril de 2021, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) autorizó a las empresas América Móvil Perú S. A. (Claro) y Entel Perú S. A. (Entel) a brindar servicios fijos y móviles 5G en la banda 3.5 GHz², que ha sido identificada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT) como la más idónea para su funcionamiento.

No obstante, lo cierto es que el Perú está muy rezagado en el desarrollo de servicios 5G que puede ofrecer respecto de otros países de Latinoamérica y el mundo. Es por ello que la política de asignación de espectro fue modificada el 2024, a fin de acelerar el rumbo hacia la adopción de la tecnología 5G en todo país.

Teniendo en cuenta lo planteado, este trabajo pretende brindar una mirada más profunda sobre cómo las políticas y normativas vigentes han permitido el inicio del desarrollo de los servicios 5G en el país, pero, al mismo tiempo, también se busca exponer los obstáculos que se han afrontado en el camino y advertir los que pueden presentarse a futuro, cuando se aplique el nuevo mecanismo de asignación de espectro para tecnologías de redes de última generación (5G y superiores). Asimismo, se plantearán algunas consideraciones para lograr que este intento por recuperar el tiempo perdido durante el periodo 2020-2024 sea realmente exi-

tos y que, finalmente, se puedan experimentar todos los beneficios de la tecnología 5G.

II. ¿QUÉ ES 5G Y CUÁLES SON SUS BENEFICIOS?

Como señala Zegarra (2018, p. 108), una gran parte de los servicios de telecomunicaciones requieren el uso de ondas electromagnéticas como vehículo de transmisión de las comunicaciones. En concreto, las comunicaciones inalámbricas que hoy son parte de la vida diaria –el internet móvil y las múltiples aplicaciones que se usan– se basan en las ondas radioeléctricas que se propagan en el espacio y que son parte del espectro electromagnético; es decir, requieren de lo que se denomina **espectro radioeléctrico**.

Este espectro necesita a su vez de determinada tecnología que habilite su uso y aprovechamiento. El 5G es la tecnología más reciente que viene siendo adoptada y masificada a nivel mundial para conectar a millones de personas.

5G es el término para identificar la evolución tecnológica que sigue al denominado 4G LTE. Se caracteriza por presentar mucha más velocidad (hasta diez veces mayor), permitir conexiones masivas simultáneas (el denominado ‘internet de las cosas’), y tener muy baja latencia (hasta un milisegundo) y alta confiabilidad. Estos rasgos habilitan nuevos espacios de uso que tendrán un gran impacto en la economía y la sociedad.

Además, puede desplegarse en diversas bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico: en las bandas bajas (menos de 1 GHz) –dependiendo de la región geográfica– como en las de 600 MHz, 700 MHz y 800 MHz; en las bandas medias (entre 1 y 6 GHz), como en las AWS-3, 2.3 GHz y 3.5 GHz, entre otras, siendo esta última la más utilizada a nivel internacional para su desarrollo; y en las bandas altas (mayores a 6 GHz), siendo una de las más usadas la de 26 GHz³. Ahora bien, este trabajo se centrará en el desarrollo del 5G a través de la banda de frecuencia 3.5 GHz.

No existe fórmula única para desarrollar redes 5G; es así como existen dos estándares que son utilizados a nivel mundial. Por un lado, está el 5G *non stand alone* (en adelante, 5G NSA), que es la primera versión disponible y funciona sobre la

¹ Las pruebas fueron realizadas por las empresas Claro y Entel.

² Para efectos del presente artículo, se utilizará el término ‘banda 3.5 GHz’ para referirnos a la porción de espectro comprendida entre los rangos de 3.3 GHz a 3.8 GHz.

³ Recientemente, la UIT ha identificado a la banda superior de 6 GHz para tecnologías móviles internacionales –IMT– para un grupo de países entre los que destaca el Brasil.

base de las redes 4G; es decir, si bien la red de acceso funciona con tecnología 5G, se soporta en el *core* de la 4G. De otro lado, está el 5G *stand alone* (5G SA) que se podría entender como un 5G independiente, pues no requiere un soporte preexistente. Para acelerar la implementación, los despliegues iniciales se hicieron bajo el 5G NSA. Sin embargo, en la región, ya existen países como Brasil que han apostado por el 5G SA; y –según los comentarios del último World Mobile Congress realizado en Barcelona a inicio de marzo de 2024– la tendencia se orientaría a ello, por lo menos en donde ya hay redes 5G NSA. La ventaja reside en la posibilidad de habilitar aplicaciones y casos de uso más avanzados, lo que la Global System for Mobile Association (en adelante, GSMA) ha descrito como un 5G **completo** (2025). Pese a ello, es de esperarse que, en países con mayores desafíos para el cierre de brechas de conectividad, aún se cuente con redes 5G NSA.

Por otra parte, siguiendo la recomendación UIT-R M.2083-0 del Sector Radiocomunicaciones de la UIT (2015, pp. 12-13) y tal como es reconocido por entidades especializadas, las principales categorías de casos de uso de 5G son las siguientes: (i) banda ancha mejorada –eMBB–, con conexiones de hasta 1 Gbps; (ii) comunicaciones masivas entre máquinas –eMTC–, con la posibilidad de habilitar más conexiones por km²; y (iii) comunicaciones ultrafiabiles y de baja latencia –URLLC–. Al respecto, el European Telecommunications Standards Institute señala:

La eMBB permite hacer frente al exponencial crecimiento de datos, la mayor densidad de usuarios, así como escenarios de alta movilidad; la eMTC, para el IoT, requiere bajo consumo de energía y bajas velocidades de datos para un gran número de dispositivos conectados; y la URLLC es latencia y confiabilidad crítica para determinadas aplicaciones. (2025)

Los casos de uso agrupados en estas categorías no solamente permiten descargar archivos o videos en mucho menor tiempo que en redes 4G, sino que principalmente habilitan múltiples eficiencias y mayor productividad para diversas industrias. De este modo, el 5G no solo significa una mayor velocidad, sino que implica la digitalización de múltiples industrias en función a sus características y un cambio para la sociedad en su conjunto. Esto se puede apreciar en algunos casos de uso de gran impacto: conectividad inteligente para el sector minero (control y reducción de combustible), agricultura (granjas inteligentes, sistemas de riego automatizado), manufactura (control de inventarios), puertos inteligentes (estibado automatizado), ciudades inteligentes (control de tránsito, acceso a in-

ternet masivo, vigilancia inteligente), telemedicina, autos autónomos, realidad aumentada, seguridad y control, gobierno digital, entre otros. En suma, la red de quinta generación se traducirá en ahorro en costos operativos, incremento de productividad y en una transformación digital completa.

En tanto, la incidencia del 5G ha sido evaluada por organizaciones como la PricewaterhouseCoopers-PWC (2021, p. 5), cuyo reporte *The global economic impact of 5G* identifica un impacto de \$ 1.3 trillones en el producto bruto interno –PBI– global al año 2030, al analizar su contribución a cinco industrias: salud, manufactura, servicios financieros, aplicaciones de consumo y multimedia, y servicios públicos. Por su parte, en el estudio 5G en América Latina, liberando el potencial, la GSMA señala que los beneficios económicos aumentarán rápidamente a partir de 2025, alcanzando los \$ 60,000,000,000 (sesenta mil millones de dólares) en el 2030 para Latinoamérica (2023, p. 24). Estos beneficios se harán realidad en la medida que el 5G pueda penetrar y desplegarse con todas sus características y en condiciones adecuadas. De lo contrario, estará condenada a cumplir un papel muy alejado de su potencial.

Si no se pueden aprovechar todas las ventajas de las características inherentes al 5G, no se liberará toda su capacidad en áreas como telemedicina, teleeducación, agricultura, manufactura, minería, servicios *on demand* y *smart cities*, entre otras industrias. Todo ello sin mencionar que el 5G y, sobre todo, el denominado **5G completo**, es reconocido como un pilar de la transformación digital (GSMA, 2025) de la mano con el desarrollo de la inteligencia artificial.

Por esta razón, el retraso en el desarrollo de la tecnología 5G en el Perú implica principalmente alejarnos de la posibilidad de transformar el país con las ventajas que ofrece para el progreso económico. Por tanto, el 5G no es un tema exclusivo del sector telecomunicaciones, es una herramienta con impacto transversal en todos los sectores de la economía que, sumada a otras innovaciones como la inteligencia artificial, tiene el potencial de generar un nuevo *mindset* cultural.

III. OBSTÁCULOS Y AVANCES EN EL CAMINO HACIA LA ADOPCIÓN DEL 5G EN EL PERÚ

Conforme a las recomendaciones de la Third Generation Partnership Project (3GPP), la UIT y la GSMA, para alcanzar el potencial de la tecnología 5G en la banda 3.5 GHz, se requieren entre 80 y 100 MHz de espectro radioeléctrico. Ello implica que, como parte de las políticas de cada país, se debería considerar como mínimo una asignación de esa cantidad para los operadores interesados.

En el Perú, el camino hacia la implementación del 5G en la banda 3.5 GHz inició en el año 2018, con la declaratoria del reordenamiento del espectro de esta banda, mediante Resolución Ministerial 687-2018-MTC/01.03. La importancia de este hecho radica en que por primera vez se reconocía la necesidad de reordenar la banda pionera para el 5G. Esto era necesario porque la banda estaba asignada en bloques de 25 MHz por empresa, no contiguos, lo que impedía contar con espectro continuo, conforme a las recomendaciones internacionales.

Con la convicción de la necesidad de contar con tal banda reordenada y expedita para el despliegue del 5G, a través de la Resolución Viceministerial 641-2019-MTC/01.03, se adoptó una decisión fundamental: se identificaron 500 MHz de espectro radioeléctrico en el rango comprendido entre 3.3 y 3.8 GHz, y se canalizó la banda acorde con los estándares para servicios móviles avanzados.

De esta forma, el Perú se convertía en uno de los países con más espectro para el desarrollo de la tecnología 5G, a la vanguardia en Latinoamérica.

Finalmente, en diciembre de ese mismo año, se inició el proceso de reordenamiento de la banda 3.5 GHz, hito esencial dado que se necesita que el espectro esté organizado de forma continua. Lamentablemente, el proceso de reordenamiento fue cancelado por el MTC a inicios de marzo de 2020, siguiendo la opinión del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel). Pese a que la decisión fue muy discutible, la pandemia por el COVID-19 estableció otras prioridades que impidieron revisar este tema.

Si bien la decisión adoptada fue muy negativa, por lo menos contribuyó de cierta forma a que el MTC flexibilice su posición sobre las restricciones impuestas a las bandas declaradas en reordenamiento. Es así como, mediante Resolución Ministerial 709-2020-MTC/01.03, el MTC liberó la restricción aplicada a la banda 3.5 GHz, según su propia interpretación⁴, lo que habilitó a las empresas operadoras con espectro asignado en esa banda a brindar servicios fijos y móviles 5G en el año 2021.

En tal contexto, lo que parecía un avance era en realidad un paliativo, dado que las redes 5G que se desplegaron en la banda 3.5 GHz no podían operar con el mínimo ancho de banda reco-

mendado: 80 a 100 MHz. De alguna manera, se estaban realizando inversiones poco eficientes, si se considera que, una vez reordenado el espectro, se requerirían posiblemente portadoras de 100 MHz. Siguiendo ese orden de ideas, la paralización del reordenamiento que debió concretarse en el 2020 puede considerarse como uno de los principales obstáculos que han retrasado el camino hacia el desarrollo de redes 5G en el Perú con la banda 3.5 GHz.

Aun así, cabe destacar que el MTC no claudicó y se esforzó por retomar la senda correcta. En esa orientación, en octubre de 2020, emitió el documento de trabajo Propuesta de asignación de bandas de frecuencia 3.5 GHz y 26 GHz, e identificación de la banda de frecuencia de 6 GHz para el desarrollo de servicios y tecnologías digitales 5G y más allá. Posteriormente, en el 2023, el MTC publicó otro documento de trabajo: Propuesta de reordenamiento y concurso de la banda 3.5 GHz para servicios 5G y en marzo de 2024, finalmente, se remitieron a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) los informes de evaluación de los proyectos Banda de Frecuencias 3.5 GHz y Banda de Frecuencias 26 GHz, con el propósito de incorporarlos al proceso de promoción de la inversión privada correspondiente e iniciar el respectivo concurso público. Pese a ello, el proceso no fue convocado.

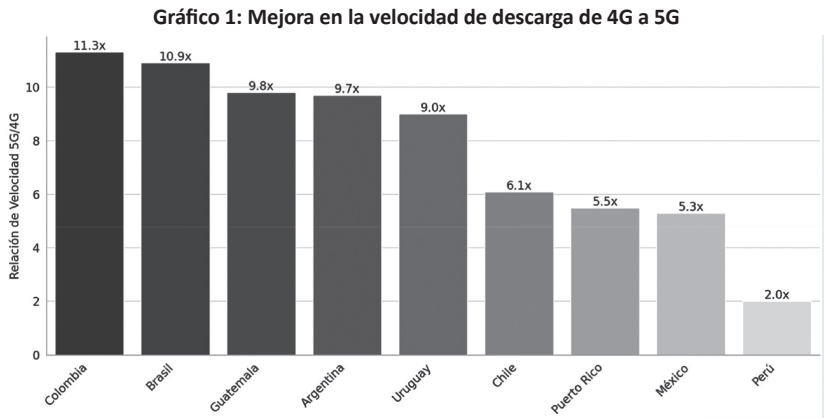
Para entender mejor la magnitud de la problemática que se presenta actualmente, dados los avances y retrocesos advertidos, es importante precisar que el espectro comprendido en el rango de 3400 a 3600 MHz está asignado a cuatro operadores en bloques de 25 MHz discontinuos, con un total de 50 MHz por operador. Es por este motivo que un primer obstáculo a superar para la implementación completa de una red 5G es contar con bloques de espectro de 80 y 100 MHz continuos y disponibles para asignar a cada operador. Ello implica reordenar el espectro a los operadores con asignaciones de espectro en la banda 3.5 GHz.

A lo largo de más de cinco años, se ha observado la intención del MTC de avanzar en el camino correcto, aun considerando los desafortunados retrocesos. A pesar de ello, diversos hechos, que incluso escapaban de la gestión de este ministerio, han impedido que el país tenga las herramientas para seguir adelante con una política clara hacia la implementación del 5G.

⁴ Mediante Resolución Ministerial 687-2018-MTC/01.03, el MTC declaró en reordenamiento diversas bandas de frecuencias, entre ellas la banda de 3.5 GHz, estableciendo diversas restricciones al considerarlas 'en reserva'. En virtud de esa norma, según la interpretación del MTC, no se podían realizar cambios que involucraran de cierta manera variaciones a los derechos de uso del espectro.

Por ello, a pesar de que se puede señalar que el Perú figura entre los países que cuentan con lanzamientos comerciales de conectividad de última generación en la región, lo cierto es que la pene-

tración es muy baja y es el país con menor velocidad registrada de descarga luego de pasar de 4G a 5G, como se aprecia a continuación:



Fuente: Elaboración propia a partir de Opensignal (2025)

Lo descrito explicaría porque se tiene poco espectro disponible por operador (dos bloques de 25 MHz discontinuos) en la banda 3.5 GHz, y máximo 30 MHz en otras bandas que pueden desplegar tecnología 5G, como la banda 2.3 GHz. Esto supone una desventaja mayor que incluso la que presenta Chile que, a pesar de contar con 50 MHz continuos por operador, experimenta velocidades más altas, lo cual es lógico dado que dispone de mayor ancho de banda.

En ese sentido, se espera que el despliegue a gran escala del 5G se concrete cuando existan mejores condiciones técnicas y regulatorias, lo que se producirá cuando la banda 3.5 GHz sea ordenada y asignada en bloques de 100 MHz continuos, entre otros aspectos que se comentarán más adelante.

En consecuencia, no basta con la prestación de servicios con tecnología 5G, lo importante es que exista una política adecuada que permita promover y acelerar su inversión, despliegue y adopción en una banda que permita contar con porciones de 80 o 100 MHz. Ello implica facilitar el acceso al espectro para operar una red en condiciones adecuadas. Para ello, deben generarse los incentivos necesarios para que los operadores aceleren sus planes de desarrollo y, además, que exista una política general que comprenda todo el ecosistema 5G. Al respecto, es importante profundizar en qué posición está el Perú frente a otros países de la región y a nivel mundial para comprender lo que implica afirmar la necesidad de recuperar el tiempo perdido.

IV. DESARROLLO DE 5G A NIVEL INTERNACIONAL

En el año 2019, 5G ya era una realidad en países asiáticos como China, Japón y Corea del Sur, en donde ya existía operación comercial. Los Estados Unidos de América y Canadá también iniciaron por esa época su carrera hacia el desarrollo del 5G, y actualmente cuentan con el 100% de espectro de la banda 3.5 GHz asignado para la operación comercial.

Por su parte, la Unión Europea siguió el mandato del artículo 54 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, que establecía una fecha límite para reorganizar y permitir el uso del espectro en el bloque de 3.4 a 3.8 GHz para la expansión de redes 5G⁵. Esta política se ha cumplido y, a la fecha, la mayoría de los países europeos han asignado por lo menos 80 MHz de espectro en la banda 3.5 GHz. Prueba de ello se puede apreciar en Alemania, Bélgica, Finlandia, Grecia, Hungría y Reino Unido, donde el 97% de espectro en la banda de 3.5 GHz ha sido asignado a los operadores para el despliegue de sus redes 5G (Cullen, 2025).

En cuanto a Latinoamérica, la banda de 3.5 GHz es la más utilizada para la infraestructura de redes de última generación. Así, países como Brasil, Argentina, Costa Rica, Colombia y Chile han asignado más del 80% del espectro identificado en la banda de 3.5 GHz. En tanto, Guatemala y México mantienen más del 50% de espectro asignado, mientras que por debajo del 50% se sitúan

⁵ Se estableció que al año 2020 los países miembros deberían contar con espectro disponible para el desarrollo del 5G.

el Perú⁶ y Venezuela. Un hecho anecdótico es que, como se indicó, en el año 2019, Perú destacaba por ser uno de los pocos países que había identificado 500 MHz de espectro en la banda de 3.5 GHz para el 5G. Lamentablemente, no se pudo concretar el reordenamiento y la asignación posterior de todo el espectro identificado (Cullen, 2025).

Por otro lado, en lo relativo a la cantidad de espectro asignado por operador en la banda de 3.5 GHz, países como Brasil, Argentina, Colombia, Costa Rica y Uruguay, decidieron asignar entre 80 y 100 MHz de espectro por operador. La cantidad de espectro asignado a cada operador es un aspecto muy relevante para el desarrollo y la adopción masiva de el 5G, pues permite que esta tecnología pueda utilizarse en todo su potencial, lo que implica, por ejemplo, una experiencia significativamente distinta en la velocidad de descarga, al disponerse de un mayor ancho de banda, y el desarrollo de aplicaciones innovadoras para la industria.

En lo relativo al tipo de despliegue, los mercados latinoamericanos apostaron por los servicios 5G NSA, lo cual es entendible considerando las inversiones que debían realizarse para iniciar la prestación del servicio. En efecto, la investigación realizada por Opensignal detalla que:

[Los] operadores de redes móviles (MNO) de los mercados latinoamericanos desplegaron predominantemente los servicios 5G usando tecnología de acceso 5G *no-stand alone* (NSA), que combina infraestructura central 4G con una red de acceso 5G. La única excepción es el Brasil, donde todos los operadores lanzaron servicios de acceso 5G *stand alone* (5G SA) en julio de 2022. Esto, junto con el despliegue de espectro en la banda de 3.5 GHz, se tradujo en mejoras masivas en las mediciones de la experiencia 5G en las ciudades principales del Brasil. Asimismo, la Argentina también está expandiendo la red 5G SA. (2025)

Finalmente, siguiendo la información de Opensignal (2025), se evidencia que también Perú ha quedado rezagado en velocidad de redes 5G. En consecuencia, lo que fue un inicio auspicioso en el año 2019 con el posible reordenamiento ha devenido en un retraso en el aprovechamiento de la conectividad de alta velocidad, cuyos beneficios no pueden liberar todo su potencial o, por lo menos, prestarse en las mismas condiciones que países como Chile, Colombia o Brasil.

V. RÉGIMEN DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ

Para que la tecnología 5G pueda transmitirse y llegar a todo el territorio peruano, es necesario utilizar el espectro radioeléctrico, recurso que sirve de base para todas las comunicaciones inalámbricas. En el Perú, la entidad encargada de la administración, asignación, monitoreo y control del espectro es el MTC.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el artículo 199 del Texto Único Ordenado (TUO) del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, TUO del RLT) señala que el espectro radioeléctrico “es un recurso natural limitado que forma parte del patrimonio de la Nación” (2007). Por consiguiente, su utilización y otorgamiento de uso a particulares se sujeta a condiciones específicas, establecidas principalmente en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, en el TUO del RLT y en el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (en adelante, PNAF).

Como se ha indicado en trabajos previos, “para que una porción de espectro pueda ser asignada para su explotación, es indispensable que la banda de frecuencia esté atribuida al servicio que se pretende brindar” (Márquez, 2022). Asimismo, Márquez precisa lo siguiente:

No basta con que la banda esté atribuida a un determinado servicio conforme al PNAF. Previamente, es necesario que la banda esté canalizada. Eso último implica que se haya determinado previamente cómo se divide y organiza una banda de frecuencia, con el objetivo de quedar expedita para ser asignada. Una vez canalizada, la banda se encuentra disponible para ser asignada. (2022)

Al respecto, el artículo 200 del TUO del RLT, expresamente señala que “toda asignación de frecuencias se realiza en base al respectivo plan de canalización” (2007). De hecho, actualmente, todos los planes de canalización se compilan en el Plan Nacional de Canalización de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución Viceministerial 056-2023-MTC/03.

Por su parte, el artículo 204 del TUO del citado Reglamento (2007), precisa que “el uso del espectro radioeléctrico requiere de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente”, es decir, de un título habilitante expedido por el MTC.

⁶ Respecto del espectro identificado en la banda 3.5 GHz.

En tal sentido, el proceso que generalmente se sigue para la asignación de una porción de espectro radioeléctrico de una banda de frecuencia para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones se puede resumir en cinco pasos:

- (i) Atribución de la banda para su uso. La banda debe estar previamente contemplada en el PNAF, con la especificación del servicio que se puede brindar y, de ser el caso, las condiciones para su asignación.
- (ii) Canalización de la banda. El plan de canalización debe especificar cómo se divide el espectro en la banda que se pretende asignar, de manera que sea compatible con el servicio a brindar. Por ejemplo, no se podría asignar una banda para la prestación del servicio de comunicaciones personales si la banda está canalizada para la prestación de servicios de radio troncalizado.
- (iii) Validación del mecanismo de asignación. Si el PNAF establece expresamente el mecanismo de asignación —por lo general, el de concurso público— debe seguirse el proceso correspondiente. De lo contrario, la banda estará expedita para su asignación a solicitud del interesado que seguirá el nuevo mecanismo de asignación directa, el cual se explicará más adelante.
- (iv) Título habilitante. Conforme a lo dispuesto en los artículos 143 y 155 del TUO del RLT, los títulos habilitantes son la concesión única, además del registro del servicio público.
- (v) Asignación del espectro. Es un acto independiente al otorgamiento de la concesión, como se desprende de diversos artículos del TUO del RLT, como el siguiente:

Artículo 159:

[...]

159.10 Tratándose de concurso público para el otorgamiento de concesión única y la asignación de espectro, debe emitirse la resolución ministerial que otorga la concesión única, aun cuando el adjudicatario cuente con anterior concesión, y la resolución directoral que otorgue el derecho de uso del espectro asignado, respectivamente; conforme a los términos y condiciones que rigieron el concurso público. (2007)

Es preciso tener en consideración que uno de los puntos más relevantes del proceso es la validación del mecanismo de asignación del espectro radioeléctrico, dado que expresa el régimen de

asignación establecido acorde a los objetivos de política perseguidos.

En el Perú, conforme a la normativa vigente, la asignación puede realizarse a través de tres mecanismos: (i) a solicitud de parte; (ii) por concurso público de ofertas; y (iii) por asignación directa cuando se trate de espectro 5G o superiores. Este último supuesto ha sido creado por el Decreto Legislativo 1627 (2024), el cual se abordará más adelante.

De la revisión de la normativa aplicable, se puede concluir que los tres mecanismos tienen un elemento común: dependen de una u otra forma de la escasez del espectro radioeléctrico como activo esencial de la prestación de servicios inalámbricos, acorde con la política que se planteó para la apertura del mercado.

Efectivamente, con el establecimiento del Modelo Perú de las Telecomunicaciones, en el año 1998, se aprobaron diversas políticas para contribuir al ingreso de nuevos competidores en el mercado de telecomunicaciones peruano. Una de ellas fue la política de concesiones que, en lo relativo a la asignación de espectro radioeléctrico, dispone flexibilidad en función a la escasez del recurso espectral, tal como se aprecia en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones:

20. Se considera importante precisar que una política de acceso al mercado debe promover la competencia, facilitar el desarrollo de nuevos servicios y tecnologías, promover la inversión y maximizar el uso eficiente del espectro radioeléctrico. De esta manera, la política de acceso debe: [...]

c) Utilizar mecanismos competitivos (subastas o concursos) para la asignación del espectro, cuando la disponibilidad de frecuencias limita el número de operadores en un servicio y haya más demanda que oferta del espectro.

21. No se establecerá limitación al número de concesionarios en un servicio, salvo en aquellos casos en que haya restricciones de espectro. En este sentido, a aquellas empresas que cumplan con los requisitos y obligaciones exigibles se le otorgará la concesión a solicitud de parte. [...]

26. Las concesiones se otorgarán a los operadores que deseen brindar servicios públicos de telecomunicaciones a solicitud de parte y constituyen un acto administrativo diferente de la asignación del espectro. El espectro radioeléctrico se asignará a operadores mediante el mecanismo de concurso público de ofertas

cuando haya escasez y mediante solicitud de parte cuando no la haya. (1998)

Por su parte, los Lineamientos para Consolidar y Desarrollar la Competencia y la Expansión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones en el Perú, señalan expresamente que las asignaciones de espectro para la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao se realizan por concurso público y establecen los criterios para la realización de un concurso público en el resto del país:

Artículo 11.- Asignación de recursos escasos: numeración y espectro

1. La asignación del espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y atribuidas a título primario, se realizará mediante concurso público en la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao. Para tal efecto, el Ministerio emitirá los dispositivos correspondientes. [...]

La asignación de espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para los servicios públicos de telecomunicaciones, y atribuidas a título primario fuera de la provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, se asignarán mediante concurso público cuando:

a. En una determinada localidad o área de servicio, exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

b. Se señale en el PNAF.

c. Se restrinja el número de concesionarios de un determinado servicio público al amparo del artículo 70 de la ley, debido a restricciones técnicas basadas en recursos escasos.

El PNAF se adecuará a lo dispuesto en el presente artículo. (2007)

En esa misma línea, el TUO del RLT recoge los mismos criterios de obligatoriedad del mecanismo de concurso público, conforme a los Lineamientos (2007).

Por lo tanto, en teoría, en los casos en los que no aplique el mecanismo de concurso público de manera obligatoria, sería factible asignar el espectro vía el procedimiento a solicitud de parte. Sin embargo, actualmente todas las asignaciones de espectro –salvo que se puedan realizar por el nuevo mecanismo de asignación directa– deben realizarse por concurso público en virtud de la decisión adoptada por el MTC, en uso de la facultad que se le confiere de determinarlo a través del PNAF. De hecho, en el año 2018, se adoptó una decisión que

podría ser considerada radical y que fue explicada en trabajos anteriores:

No obstante, desde el año 2018, mediante Resolución Ministerial 687-2018-MTC/01.03, se modificaron las Notas de Aplicación al Cuadro de Atribución de Frecuencias del PNAF y se dispuso que la asignación de espectro a nivel nacional se realizaría por concurso público, salvo disposición normativa que establezca lo contrario y para los casos de radio enlaces digitales. (Márquez, 2022)

Sin perjuicio de la calificación de la decisión adoptada en aquel entonces, dicho acto expresa la materialización de lo dispuesto en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones y el RLT, que otorgan suficiente flexibilidad para que, conforme al contexto y los objetivos de política que se persigan, el MTC defina bajo qué modalidad se asigna una determinada banda de espectro radioeléctrico. Para ello, se cuenta con el asesoramiento y recomendaciones de un órgano técnico especializado, como es la Comisión Multisectorial del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, creada mediante Decreto Supremo 041-2011-PCM.

En la misma línea, en el año 2024, a fin de acelerar el despliegue de la tecnología 5G y superiores, se ha creado el mecanismo de asignación del espectro radioeléctrico, el cual constituye el tercer mecanismo contemplado en la normativa vigente para la asignación de espectro radioeléctrico.

VI. MECANISMO ESPECIAL DE ASIGNACIÓN DIRECTA PARA ESPECTRO 5G Y SUPERIORES

Con el propósito de acelerar la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones con tecnología 5G o superiores en el país, en el año 2024, el Poder Ejecutivo solicitó facultades delegadas para crear un mecanismo especial de asignación de espectro que permita avanzar en el despliegue de redes de última generación y, así, el Perú deje de estar rezagado a nivel regional y mundial. Es así como el Congreso de la República, mediante el artículo 2 de la Ley 32089, aprobó facultades delegadas específicas para:

Artículo 2.

[...]

2.1.21. Establecer medidas para promover el despliegue de los servicios públicos de telecomunicaciones que utilicen tecnología de quinta generación (5G) o superior, a fin de que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones establezca un mecanismo especial para el otorgamiento de concesiones con asignación de espectro radioeléctrico sujeto al cumplimiento

de compromisos de inversión en atención al valor de dicho recurso natural. (2024)

En tal contexto y marco legal, se aprobó el Decreto Legislativo 1627, que faculta al MTC a aplicar un mecanismo especial de asignación directa:

Artículo 3.-

3.1 Se faculta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el marco de sus competencias, a aplicar un mecanismo especial de asignación directa, el cual consiste en el otorgamiento de concesiones con asignación de espectro radioeléctrico de manera directa a solicitud de las empresas interesadas, para el despliegue de servicios públicos de telecomunicaciones mediante tecnología de quinta generación (5G) o superior a nivel nacional, siempre que no exista restricción en la disponibilidad de dicho recurso en la banda correspondiente. (2024)

Esta norma no solo plantea promover el desarrollo de la tecnología 5G o superiores, sino también busca contribuir a “la mejor gestión, uso y aprovechamiento del espectro radioeléctrico, así como al beneficio de los usuarios a nivel nacional”, tal como se menciona en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1627 (2024).

Cabe mencionar que, si bien este mecanismo ha sido creado mediante una norma con rango de ley, lo cierto es que, como se explicó en la sección anterior, está basado en la política definida en los Lineamientos de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones y en lo establecido en el RLT. Para que se concrete, es indispensable que no exista escasez de espectro.

Con ello, se están retomando las prácticas empleadas a inicios del año 2000, como parte del proceso de apertura del mercado y que incluso fueron incorporadas en los Lineamientos mediante una modificatoria aprobada en el 2003. Por consiguiente, el Decreto Supremo 015-2003-MTC establece que “deberán utilizarse, de manera previa, mecanismos de consulta pública a fin de que el MTC determine aquellos casos en los que el espectro radioeléctrico deba ser asignado por el mecanismo de concurso público” (artículo 2.86-B).

En esa época, no era extraño que se dieran convocatorias públicas para que las empresas presentaran sus expresiones de interés por la asignación de espectro en una determinada banda de frecuencias. Estas expresiones de interés se convertían en una herramienta fundamental para determinar la existencia de escasez de espectro respecto del número de empresas interesadas y, de esa forma,

cumplir una premisa básica: ante escasez de espectro es necesario realizar un concurso público; si no existe tal escenario, no se requiere acudir a esa vía para la asignación. Por lo tanto, si la decisión política es establecer una contraprestación por el espectro, a pesar de no existir una situación de escasez, es válido y concordante con el marco legal crear un nuevo mecanismo especial de asignación. Al mismo tiempo, se debe resaltar que este mecanismo no puede igualarse al de la asignación a solicitud de parte, pues en este último caso no existe ninguna contraprestación por la asignación de la banda.

Sobre la base de lo anterior, se puede afirmar que este nuevo mecanismo está alineado al Modelo Perú de las Telecomunicaciones y a una política eficiente de asignación de espectro, sobre todo, considerando que en el Perú se han identificado 500 MHz de espectro para la banda 3.5 GHz, la principal banda para 5G a nivel internacional.

Si bien este mecanismo especial se aplica bajo la premisa de la inexistencia de escasez de espectro, lo que en principio lo asemeja al procedimiento de asignación a solicitud de parte, existen determinadas condiciones que lo aproximan más al mecanismo de concurso público y, por ende, lo alejan del procedimiento administrativo de otorgamiento de espectro a solicitud de parte. Esto se puede comprobar en la revisión de los tres requisitos a los que se sujeta el nuevo procedimiento de asignación directa:

- (i) La banda identificada debe ser una banda para el uso de tecnología 5G o superior. No puede utilizarse este mecanismo para asignar espectro para el uso de tecnología 4G o inferiores.
- (ii) Se debe validar que no existe escasez de espectro, utilizando para ello una convocatoria de expresiones de interés. De advertirse la existencia de escasez de espectro, el proceso se deriva a ProInversión para la conducción de un concurso público.
- (iii) El operador debe aceptar las condiciones y los compromisos obligatorios de inversión asociados a la valorización de la banda para participar en el proceso. Es decir, existe una contraprestación por la asignación de espectro.

Si se compara el mecanismo especial de asignación de espectro y la modalidad de otorgamiento de concesiones a solicitud de parte regulada en el TUO del RLT, queda claro que no son similares, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Condiciones asociadas a cada mecanismo de asignación	Mecanismo de asignación directa	Mecanismo de asignación a solicitud de parte
Depende exclusivamente de la voluntad de interesado.	No	Sí
Depende principalmente de la discrecionalidad del MTC.	Sí	No
Depende del número de expresiones de interés y de la existencia de disponibilidad de espectro suficiente para todos los interesados. Si no se cumple esta condición, aplica el concurso público.	Sí	Sí
Está sujeta a compromisos obligatorios de inversión en atención al valor de recurso natural asignado.	Sí	No

Fuente: Elaboración propia

Las condiciones antes citadas nos muestran que el mecanismo de asignación directa contempla una contraprestación que es definida por el MTC, tal como ha ocurrido en el último proceso de asignación de espectro 4G. En tal sentido, como parte de las condiciones del concurso público para el otorgamiento en concesión y asignación de las bandas AWS 3 (1700-2100) y 2.3 GHz, se estableció que la contraprestación por la banda materia de concurso estaría compuesta por compromisos obligatorios de inversión de conectividad 4G, los cuales finalmente fueron asumidos por el postor adjudicado. De esta manera, el nuevo mecanismo especial de asignación directa es congruente con la política asumida en los últimos años por el MTC para la asignación de espectro que consiste en establecer compromisos obligatorios de inversión para incrementar la conectividad en el país y disminuir la brecha digital.

Ahora bien, para concretar la asignación directa del espectro 5G o superiores, el Decreto Legislativo 1624 (2024) define una ruta que podría describirse de la siguiente manera⁷:

- (i) El MTC identifica banda de tecnología 5G o superior y realiza o encarga los estudios correspondientes para la valorización de la banda y la determinación de los compromisos de inversión y demás condiciones del proceso.
- (ii) El MTC convoca a la presentación de expresiones de interés de los operadores, las cuales se sujetan a la presentación de una carta fianza, similar a la fianza por seriedad de oferta que se presenta en los concursos públicos. En esta etapa, el operador debe aceptar los compromisos de inversión establecidos por el MTC.

- (iii) El MTC valida la disponibilidad de espectro en la banda de acuerdo con las expresiones de interés presentadas. Si no existe suficiente espectro para asignar a todos los interesados, se remite el expediente a ProInversión para la realización del concurso público.
- (iv) El MTC inicia el proceso de asignación directa, el cual incluye la determinación de la ubicación de cada operador interesado en la banda.

Como se puede apreciar, este procedimiento puede ser muy célere, dependiendo de los plazos que se establezcan en cada convocatoria, y cumple con el principio base del Modelo Perú de las Telecomunicaciones: el espectro debe otorgarse por concurso ante un escenario de escasez. Precisamente, contar con un mecanismo que acelere la disponibilidad de espectro 5G y permita a su vez ordenar el espectro de los operadores con asignaciones preexistentes en la banda es una de las razones por las que es adecuado optar por un mecanismo así, para que en un solo procedimiento puedan asignarse entre 80 y 100 MHz continuos a los operadores interesados.

Un aspecto que no debe quedar de lado al analizar la necesidad de tener un proceso especial, es que la banda 3.5 GHz está asignada por completo en bloques de 25 MHz no contiguos a concesionarios con derechos preexistentes. En tal sentido, para lograr una asignación continua de espectro en esta banda con la cantidad requerida para desplegar redes 5G, es necesario que los concesionarios con asignaciones en la banda entreguen su espectro al Estado para ser reasignado y reordenado, sobre todo considerando que la mayoría están asociadas a contratos-ley. Justamente, en este punto radica la importancia de contar con un procedimiento

⁷ A la fecha de la redacción del presente artículo, se encontraba pendiente de aprobación el reglamento del Decreto Legislativo, motivo por el cual se ha preferido no citar el proyecto publicado para comentarios por el MTC, en la medida que no se puede asegurar que la versión publicada sea la misma que será aprobada.

distinto; de lo contrario, la disponibilidad de espectro 5G en la banda 3.5 GHz estaría supeditada a la realización de dos procesos: reordenamiento de espectro en los términos y plazos establecidos en el Reglamento correspondiente y al de concurso público. Esta última ruta, a pesar de los esfuerzos que pudiese realizar ProInversión⁸, sumaría más tiempo a los cinco años en los que se intenta avanzar con el desarrollo del 5G, dado que a su vez tendría que realizarse un proceso de reordenamiento conforme al marco legal vigente.

Por su parte, el MTC ha indicado que la justificación para la creación de este nuevo mecanismo se basa en la importancia de desplegar la tecnología 5G en el país, considerando no solo los beneficios asociados sino también el rezago del Perú en el despliegue de esta tecnología respecto a los demás países de la región y el mundo, como se ha descrito líneas arriba.

Adicionalmente, en el Informe 216-2024-MTC/26, que sustenta la propuesta normativa de reglamentación del Decreto Legislativo 1627, se advierte que el MTC realizó un análisis interesante sobre algunos factores que determinan que existan pocas posibilidades de que un operador entrante pueda participar en un concurso público por espectro 5G en bandas medias, considerando además que no existe espectro 5G disponible en bandas bajas. Un precedente que avala esta teoría es el resultado de la licitación de la banda 2.3 GHz, en la cual solo participaron tres de los cuatro operadores existentes.

En ese contexto, el mecanismo de asignación directa de espectro se convierte en una herramienta idónea para acelerar el desarrollo y la adopción de la tecnología 5G que, además, garantiza que, ante un escenario de escasez de espectro, se optará por la figura del concurso público.

VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE ASIGNACIÓN DIRECTA

Luego de transitar por el camino que se ha seguido en los últimos cinco años para intentar impulsar el desarrollo de la tecnología 5G en el Perú, se presenta a continuación algunas consideraciones a tomar en cuenta para **recuperar el tiempo perdido y no fracasar en el intento**, respondiendo al título del presente trabajo.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el despliegue de la tecnología 5G requiere de inver-

siones importantes. Para ello, como ocurrió en el periodo de apertura del mercado de las telecomunicaciones, un modo de generar confianza para atraer inversiones es otorgar seguridades y garantías. Ciertamente, en todos los concursos públicos para la adjudicación de espectro para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, se han otorgado seguridades y garantías vía decreto supremo, al amparo de lo establecido en el artículo 1357 del Código Civil (1984) y las normas de promoción de la inversión privada y de Asociaciones Público-Privadas. No cabe duda de que, independientemente del mecanismo de asignación, el comportamiento del inversionista será el mismo: iniciará el despliegue de la red para poder prestar servicios en la banda, lo cual requiere una inversión importante, sobre todo en una banda media que requiere mayor implementación de infraestructura. El desarrollo de la tecnología 5G es un asunto de interés nacional por su impacto transversal; por ello, se deben brindar las garantías necesarias; caso contrario, se presentaría un riesgo de incertidumbre que podría convertirse en un nuevo obstáculo para el desarrollo del 5G en el Perú.

Un segundo aspecto a considerar para que el mecanismo de asignación directa sea exitoso es el derecho de los concesionarios con asignaciones preexistentes en la banda, cuyos contratos de concesión son contratos-ley. Como se mencionó, existen cuatro concesionarios que actualmente cuentan con asignaciones y operan en la banda 3.5 GHz. En tal sentido, para concretar el proceso de asignación directa, estos operadores deberán ceder su espectro para que el MTC pueda reasignarlo en bloques de 100 MHz. Es importante resaltar que deben asignarse 100 MHz como mínimo, a fin de respetar los derechos de las empresas vinculadas que actualmente detentan 100 MHz de espectro en cinco departamentos comprendidos en sus respectivas áreas de concesión.

Un tercer aspecto a contemplar –que aplica tanto para el mecanismo de asignación directa como para el de concurso público– es que el espectro se ponga a disposición de los interesados en condiciones razonables. Para efectos del proceso de asignación directa, la contraprestación por el espectro asignado considerará obligaciones a ser determinadas por el MTC con base a la valorización de la banda. En ese sentido, es sumamente importante que esa valorización responda al contexto actual de la industria de las telecomunicaciones, en la medida en que un precio alto del espectro

⁸ ProInversión cuenta con un equipo técnico especializado con mucha experiencia en procesos de promoción de la inversión privada en telecomunicaciones, pero no tiene competencia sobre reordenamiento de espectro.

impacta negativamente en la calidad del servicio y, en este caso, en el despliegue necesario del 5G. Sobre el particular, la GSMA, al analizar el caso peruano, sostiene que

una asignación eficiente de 3,5 GHz en condiciones ajustadas a la realidad del mercado puede marcar el rumbo hacia el futuro éxito del 5G. Por el contrario, precios altos pueden consumir capital de los operadores destinado no solo al despliegue de 5G, sino también a la extensión de 4G y la mejora de la calidad de los servicios móviles en general. (2023, p. 4)

Un cuarto aspecto es el relativo a los compromisos de inversión que se definan como contraprestación del espectro en la banda 3.5 GHz. De acuerdo con el Decreto Legislativo 1627:

Artículo 3.-

3.2 La empresa que opte voluntariamente por acogerse a dicho mecanismo, se sujeta al cumplimiento de compromisos obligatorios de inversión orientados al cierre de brechas de acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones u otros que determine el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en atención al valor del recurso natural asignado. (2024)

Como se observa, la norma establece que los compromisos de inversión se asocien al cierre de la brecha de conectividad, pero también deja abierta la alternativa para que el MTC opte por establecer otro tipo de compromiso. Sin duda, este tema reviste particular importancia en este nuevo mecanismo de asignación de espectro, dado que su creación se sustenta en la necesidad de acelerar el despliegue de redes 5G y aprovechar lo antes posible todo el potencial de esta tecnología para el desarrollo económico y la transformación digital en el Perú, asegurando que no se pierda competitividad respecto al entorno internacional.

En ese orden de ideas, la aplicación del mecanismo debe guardar consistencia con el objetivo de política que se persigue.

En efecto, se espera que los operadores que obtengan la asignación directa de espectro expandan sus redes 5G y liberen planes más agresivos de inversión. En cambio, si los compromisos de inversión se diseñan exclusivamente para el cierre de la brecha de conectividad con tecnología 4G, es muy probable que los planes de despliegue del 5G sean más discretos de lo esperado. Ello se explica porque la industria de las telecomunicaciones en el Perú no muestra un incremento de los ingresos por servicios y se presenta además un alto nivel de competitividad en el mercado móvil.

Por tanto, con compromisos de inversión exclusivos de la 4G, es probable que se postergue una inversión más agresiva de el 5G. En ese contexto, experiencias como la de Brasil se presentan como una alternativa para el Perú, en el sentido que se podría establecer una combinación de compromisos que cumplan con contribuir al cierre de la brecha de conectividad, y, a su vez, impulsar el despliegue de 5G en, por ejemplo, las capitales de departamentos o provincias. Los resultados en Brasil han sido alentadores y deberían ser considerados como lecciones aprendidas o buenas prácticas.

Un quinto aspecto a tomar en consideración es el uso actual que le dan a la banda los concesionarios que tienen asignaciones en el espectro de 3.5 GHz. Actualmente, la banda está asignada para prestar servicios 4G, 5G fijo y 5G móvil. Sin embargo, el proceso de asignación directa está orientado a un uso exclusivo del 5G, sin definirse aún si es factible utilizar tecnología 5G para ambos servicios.

Se requiere predictibilidad sobre el uso de la banda para una adecuada planificación de la continuidad de servicios para los clientes. En tal sentido, sería importante que el contrato de concesión que se suscriba como resultado del proceso de asignación directa no restrinja el uso de la banda al servicio móvil, e, inclusive, se contemple la posibilidad de que, en algún momento, los operadores definan el uso de la banda según la mayor eficiencia en el uso del espectro, considerando el diseño de cada red. La tecnología siempre va por delante de la regulación y, en ese sentido, se debe contemplar una cierta flexibilidad que garantice condiciones razonables de operación en ciertos escenarios.

Una sexta consideración está vinculada a la necesidad de facilitar el despliegue de la infraestructura 5G. El Perú se ha caracterizado por contar con una normativa avanzada en lo que se refiere a expansión de infraestructura; no obstante, en el último año, se ha observado un retroceso vinculado a la normativa ambiental aplicable al sector telecomunicaciones que es contraria al régimen de la Ley 29022, su modificatoria y normas complementarias. Para el desarrollo del 5G como resultado del proceso de asignación directa, es necesario que se mantenga una política transversal de promoción del despliegue de infraestructura.

Por último, se plantea una sugerencia referida a cómo lograr que el proceso de asignación directa pueda ser más expeditivo en el tiempo. De lo que se conoce a la fecha de redacción del presente documento, el primer proceso será conducido por el MTC. Ahora bien, tal como sucedió con los concursos públicos de las bandas de frecuencia para

la prestación de servicios públicos móviles, sería interesante que este proceso de asignación directa también se le pueda encargar a ProInversión y, de ese modo, liberar de carga administrativa al MTC. Para tal efecto, se requerirían algunos ajustes indispensables a la normativa vigente.

VIII. CONCLUSIONES

5G no es una tecnología más; es una herramienta de impacto transversal en múltiples sectores económicos, cuya capacidad para generar cambios seguirá evaluándose en los próximos años. En tal sentido, su desarrollo es determinante para la competitividad del país.

A nivel internacional, la banda 3.5 GHz es la más utilizada para el despliegue de el 5G y el Perú no es ajeno ello, pues desde el 2021 cuenta con redes comerciales 5G en esa banda. No obstante, ningún concesionario tiene asignaciones de espectro de 100 MHz continuos, requisito indispensable para aplicar los casos de uso del 5G con mayor impacto económico. Por el contrario, las redes que operan actualmente cuentan con asignaciones de 25 MHz discontinuos, lo que explica que las velocidades al cambiar de una red 4G a 5G estén muy por debajo del promedio en Latinoamérica.

Recientemente, se creó un tercer mecanismo de asignación de espectro que se agrega a los tradicionales de concurso público o solicitud de parte. Este nuevo mecanismo de asignación directa de espectro surge por la necesidad de acelerar la asignación de espectro de tecnologías 5G o superiores, ante el rezago del país en poner a disposición de los operadores interesados la cantidad de espectro idónea para desarrollar la tecnología. Este nuevo mecanismo se ampara en una premisa básica establecida en las políticas contenidas en los Lineamientos de Política de Apertura (1998) y Lineamientos Consolidados (2007); es decir, se aplica en tanto no exista escasez de espectro.

Con lo expuesto, es pertinente retomar la pregunta inicial que origina este estudio: ¿se podrá recuperar el tiempo perdido para el desarrollo del 5G en el Perú y no claudicar en el intento? Todo depende de las decisiones de política que adopte el MTC. A la fecha de edición del presente trabajo, ya se cuenta con un Reglamento que establece las normas y condiciones generales para el funcionamiento del proceso de asignación directa que, además, delimita el marco para establecer condiciones específicas para la convocatoria del proceso de asignación de la banda 3.5 GHz. Asimismo, ya se ha publicado la convocatoria, y, lamentablemente, no se ha adoptado el modelo brasileño, sino que se ha insistido en enfocar los compromisos de in-

versión únicamente en el cierre de la brecha de conectividad 4G, a pesar de que el marco legal vigente habilita a establecer otras obligaciones que el MTC determine.

La decisión adoptada nos sitúa en por lo menos dos escenarios: (i) se cumplen los compromisos de inversión de conectividad 4G, pero no se logran las auspiciosas proyecciones de GSMA para el desarrollo del 5G en el Perú al año 2030; y (ii) se cumplen los compromisos de inversión de conectividad 4G y se logran las proyecciones de GSMA para el Perú al año 2030, de tal forma que se pueda contar con **5G completo** y se impulse la transformación digital integral en el país. Se espera que este último sea el escenario en cinco años y que este intento de avanzar con una nueva modalidad de asignación de espectro sea exitoso para que, de esta manera, se pueda aprovechar todas las ventajas que trae esta tecnología clave para el desarrollo del país. ¶

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

La autora declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

La autora manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Castells, P., Joiner, J., & Adamowicz, A. (2023). *5G en América Latina: Liberando el potencial*. GSM Intelligence. <https://www.gsm.com/about-us/regions/latin-america/wp-content/uploads/2023/06/290623-5G-in-Latam-ESP.pdf>
- CLARO. (2019). *CLARO realiza pruebas de tecnología 5G, alcanzando la mayor velocidad registrada en vivo* [Nota de prensa]. <https://www.claro.com.pe/institucional/centro-de-prensa/claro-pruebas-5g/>
- Cullen Internacional (2025). *Spectrum Database, Licenses (Benchmark)*.
- Herrera, P. (2025). *Spectrum, Americas: 5G initiatives and pioneer bands* [Benchmark Database]. Cullen Internacional.

International Telecommunication Union, Radiocommunication Sector. (2015). *IMT Vision – Framework and overall objectives of the future development of IMT for 2020 and beyond* (Recomendación ITUR M.20830). <https://www.itu.int/rec/R-REC-M.2083-0-201509-l/es>

ENTEL PERÚ. [Nota de Prensa] (2019). <https://www.entel.pe/noticias/prueba-tecnologica/>

European Telecommunications Standards Institute. (2025). *What are the main usage scenarios of 5G (¿Cuáles son los principales casos de uso de 5G?)*. <https://www.etsi.org/technologies/5g?jjj=1742588051162>

Global System Mobile Association (2023). *El impacto de los precios del espectro en Perú* [Informe técnico]. https://www.GSM.com/about-us/regions/latin-america/wp-content/uploads/2023/11/GSM_El-impacto-de-los-precios-del-espectro-en-Peru.pdf

(2025b). *Destination growth, the journey to complete 5G* [Informe técnico]. <https://image.email.GSM.com/lib/fe8213727c6d077572/m/1/1099a913-e0e8-469f-bf29-f325fb-9cf778.pdf>

Márquez, P. (2022). *La Regulación del espectro radioeléctrico*. Polemos. <https://polemos.pe/la-regulacion-del-espectro-radioelectrico/>

Ministerio de Transportes y Comunicaciones [MTC]. (2023). *Propuesta de Reordenamiento y Concurso de la banda 3,5GHz para servicios 5G* [Informe técnico]. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4573427/PROPUESTA%20DE%20REORDENAMIENTO%20Y%20CONCURSO%20EN%20LA%20BANDA%20DE%203.5%20GHz%20PARA%20SERVICIOS%205G.pdf>

(2024a) *Informe 216-2024-MTC/26, Informe que sustenta el proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1627, Decreto Legislativo para promover el despliegue de los servicios públicos de telecomunicaciones mediante tecnología de quinta generación (5G) o superior*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7408597/6314528-informe-n-0216-2024-mtc-26.pdf?v=1734873776>

Opensignal (2025) *Espectro de 3,5GHz: El motor para la experiencia 5G en LATAM*. <https://www.opensignal.com/2024/09/19/espectro-de-35-GHz-el-motor-para-la-experiencia-5g-en-latam>

PricewaterhouseCoopers (2021). *The Global Economic Impact of 5G, Powering the Future* [Informe técnico]. <https://www.pwc.es/es/telecomunicaciones/assets/global-economic-impact-5g.pdf>

Zegarra, D. (2018). *Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones*. Fondo Editorial PUCP.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Ley 29022, Ley para el fortalecimiento de la expansión de infraestructura en telecomunicaciones. Diario Oficial *El Peruano*, 20 de mayo de 2007 (Perú).

Ley 32089, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materias de reactivación económica, simplificación y calidad regulatoria, actividad empresarial del Estado, seguridad ciudadana y defensa nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de julio de 2024 (Perú).

Decreto Legislativo 1627, Decreto Legislativo para promover el despliegue de los servicios públicos de telecomunicaciones mediante tecnología de quinta generación (5G) o superior, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de agosto de 2024 (Perú).

Decreto Supremo 013-93-TCC, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 020-98-MTC, que aprueban los Lineamientos de Política de Apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de agosto de 1998 (Perú).

Decreto Supremo 015-2003-MTC, que modifica los Lineamientos de Política de Apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de marzo de 2003 (Perú).

Decreto Supremo 003-2007-MTC, que incorpora el Título I “Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú” al Decreto Supremo 020-98-MTC, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de febrero de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 020-2007-MTC, que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de julio de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 041-2011-PCM, que crea la Comisión Multisectorial Permanente encargada

de emitir informes técnicos y recomendaciones para la planificación y gestión del espectro radioeléctrico, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de mayo de 2011 (Perú).

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas. *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Resolución Ministerial 597-2023-MTC/01.03, que aprueba el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo de 2023 (Perú).

Resolución Ministerial 687-2018-MTC/01.03, Modifica Notas de Aplicación General al Cuadro de Atribución de Frecuencias de la Sección V del artículo 4 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de agosto de 2018 (Perú).

Resolución Ministerial 709-2020-MTC/01.03, que modifica la Nota P73 del Plan Nacional de Atribución de Frecuencias - PNAF y la Única Disposición Complementaria Final de la Resolución Ministerial Nro. 687-2018-MTC/01.03, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de octubre de 2020 (Perú).

Resolución Viceministerial 641-2019-MTC/01.03, Modifican la R.VM 268-2005-MTC-03 que aprobó las disposiciones de radiocanales (canalizaciones) para los Servicios de Telecomunicaciones, y establece la canalización de la banda 3.3-3.8GHz acorde con los estándares de las nuevas tecnologías para, entre otros, establecer las condiciones para el desarrollo de 5G, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de septiembre de 2019 (Perú).

Resolución Viceministerial 056-2023-MTC/03, que aprueba el Plan de Canalización para los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2023 (Perú).

LAS TELECOMUNICACIONES Y LA REGULACIÓN *MUST-CARRY* EN EL PERÚ: REVISIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RETRANSMISIÓN DE SEÑALES Y CRÍTICA A LAS PROPUESTAS PRESENTADAS

TELECOMMUNICATIONS AND *MUST-CARRY* REGULATION IN PERU: REVIEW OF THE SIGNAL RETRANSMISSION OBLIGATION AND CRITICISM OF THE PROPOSALS PRESENTED

José Carlos Gonzáles Cucho*

Diez Canseco Abogados

Julio Alexis Vélez Cortez**

Diez Canseco Abogados

In a context of technological advancement and diversification of audiovisual services, broadcasting in Peru faces the challenge of remaining relevant and accessible to users. Although television has shifted from an educational purpose to a commercial one, its role as a tool for informational and cultural inclusion remains essential. In this scenario, the debate over the possible implementation of a must carry-must offer regime becomes relevant. This type regulation is the obligation for television operators to include broadcasters' signals and, in turn, for broadcasters to offer their content to the operators.

In this way, the authors analyze whether this regulatory model is appropriate for the Peruvian case, taking into account its social, legal, and technical particularities. To this end, the article examines the origins of this model, comparative regulatory experiences, the current Peruvian legal framework, and the conditions of the local market. The article identifies potential effects on competition, contractual freedom, pluralism, and access to information. It concludes

En un contexto de avance tecnológico y diversificación de servicios audiovisuales, la radiodifusión en el Perú enfrenta el desafío de mantenerse vigente y accesible para los usuarios. Si bien la televisión ha transitado de una finalidad educativa a una comercial, su rol como herramienta de inclusión informativa y cultural continúa siendo esencial. En este escenario, cobra relevancia el debate sobre la posible implementación de un régimen must carry-must offer, esto es, la obligación de los operadores de televisión de incluir señales de radiodifusores y, a su vez, de estos últimos de ofrecer sus contenidos a los operadores.

De esta manera, los autores analizan si este modelo regulatorio resulta adecuado para el caso peruano, considerando sus particularidades sociales, normativas y técnicas. Para ello, se examinan los orígenes de este modelo, las experiencias regulatorias comparadas, marco legal peruano vigente y las condiciones del mercado local. El artículo identifica los posibles efectos sobre la competencia, la libertad contractual, el pluralismo y el acceso a la información. Finalmente, se concluye que imponer

* Abogado. Magíster en Regulación de Servicios por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en Economía y Derecho de Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la PUCP. Certificado en Competition Compliance por la George Washington University Competition Law Center. Experto Certificado en Protección de Datos por el Institute of Audit & IT-Governance- IAITG (ECPD) y por Pacífico Business School. Socio fundador de Diez Canseco Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5001-6906>. Contacto: jgonzales@dclegal.pe

** Bachiller en derecho. Experto Certificado en Protección de Datos por el Institute of Audit & IT-Governance- IAITG (ECPD) y por Pacífico Business School. Ha sido becario de la XXIV edición del Curso de Extensión Universitaria en Regulación con especialización en Telecomunicaciones, programa ofrecido por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL. Asociado Junior de Diez Canseco Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7653-2520>. Contacto: avelez@dclegal.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de mayo de 2025, y aceptado por el mismo el 10 de julio de 2025.

that imposing such obligations without solid justification may prove counterproductive, as it could affect fundamental rights and undermine the sustainability of the sector. As an alternative, the article proposes fostering a more flexible and proportionate regulatory environment that promotes access to essential content without distorting market functioning.

KEYWORDS: *Public broadcasting service; must carry-must offer regulation; broadcast television; subscription television.*

estas obligaciones sin una justificación sólida puede resultar contraproducente, en la medida que podría afectar derechos fundamentales y comprometer la sostenibilidad del sector. Como alternativa, se propone fomentar un entorno regulatorio más flexible y proporcional que promueva el acceso a contenidos esenciales sin distorsionar el funcionamiento mercado.

PALABRAS CLAVE: *Servicio público de radiodifusión; regulación must carry-must offer; televisión abierta; televisión por suscripción.*

I. EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN: ¿UN SECTOR QUE AÚN ES IMPORTANTE EN EL SIGLO XXI?

Nos hemos acostumbrado a presenciar el avance de las tecnologías de telecomunicaciones como procesos fielmente ligados al internet, la telefonía móvil y cualquiera de los dispositivos que hagan uso de estas. No es mentira que los servicios que hoy en día se brindan reemplazan nuestra concepción tradicional de lo que entendemos por telecomunicaciones y, por lo tanto, nos sorprenden con las facilidades que conceden en nuestra vida cotidiana. El uso masivo de estos servicios y productos son, en esencia, lo más atractivo de las telecomunicaciones; sin embargo, aún estamos acompañados de uno de los ‘campeones’ de la industria que trata de mantener su relevancia en la sociedad.

A pesar del dinamismo y la irrupción de nuevas tecnologías, la radiodifusión continúa siendo una pieza clave para todos los países. En el más sensato de los sentidos, la radiodifusión ha estado ligada a muchos de los cambios sociales y políticos de los países, pues, antes que el internet, era tomado como uno de los medios de transmisión de información más eficaces junto a la prensa escrita. La diferencia sustancial en el cambio de paradigma es que, económicamente, la radiodifusión también fue un centro atractivo para el despliegue de infraestructura y redes que han copado capitales, países y continentes enteros. Siendo rigurosos, no podemos negar que el sector de las telecomunicaciones aún conserva como uno de los pilares a la radiodifusión, entendida —esta última— como un servicio que es brindado a miles de millones de personas y que, en la actualidad, se encuentra en una fuerte competencia con diferentes tecnologías.

En este contexto, la radiodifusión en el Perú —refiriéndonos a la televisión en sus modalidades de distribución— mantiene una vigencia notable como medio de comunicación masivo, incluso frente a la acelerada expansión de plataformas digitales. A modo de ejemplo, solo hasta el 2024, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) reportó en su directorio más de novecientos registros de operadores de servicios públicos de radiodifusión por cable activos (2025). Asimismo, se pueden nombrar negocios como los de Comcast o AT&T que históricamente se han encontrado ligados a los servicios de radiodifusión y que, en comparación con muchos de los negocios conocidos, su presencia en este sector en concreto llevó a que se concentre mucho del interés mundial sobre la capacidad de estos servicios, trasladando información masiva.

Hoy en día hemos llegado a una instancia en la cual la evolución de las telecomunicaciones presiona a este sector. Las plataformas de *streaming* son los principales jugadores que enfrentan los operadores de servicios de radiodifusión, sean por cable o satelital. Si bien la tendencia de los servicios de *streaming* se ha visto opacada por otros avances tecnológicos importantes —como la inteligencia artificial y la producción de circuitos avanzados o *chips*—, solo queda concluir que la regla general en el mundo es el consumo de contenido a demanda, mientras que la radiodifusión televisiva se encuentra en búsqueda de oportunidades más rentables al punto de que podríamos llamarla un ‘servicio tradicional’.

Sin embargo, después de todo: ¿es posible negar que hoy en día este sector es importante para las telecomunicaciones? Si bien el foco de las autoridades reguladoras ya no se centra en cómo generar una protección de usuario o vigilar la cadena de funcionamiento de los operadores incumbentes del sector, no podemos desacreditar su rol como un mecanismo que, al menos, un importante sector de la población se encuentra en capacidad de acceder.

Por otro lado, y ya desde una perspectiva revisora, la radiodifusión ha contado —y aún cuenta— con un potencial educativo y, de igual forma, con un atractivo como vehículo para la transmisión de contenido y publicidad. En ese sentido, es necesario repasar el proceso de consolidación del servicio y su estado actual sobre uno de los debates que proponemos discutir en el presente artículo: la instauración de obligaciones de retransmisión sobre los operadores de servicios públicos de radiodifusión.

A. Algunos aspectos para considerar

A mediados del siglo XX, la televisión (como dispositivo terminal del servicio de radiodifusión) captó gran parte del interés dentro del panorama de los instrumentos de comunicación, consolidándose como el principal canal para el consumo masivo de contenidos y transmisión de señales informativas. A partir de su aparición y expansión, se impulsó el desarrollo de tecnologías para la transmisión de señales televisivas, lo cual dio origen a mercados globales, industrias de fabricación de equipos, generación de contenidos audiovisuales y al surgimiento de grandes corporaciones —como las ya mencionadas— enfocadas en potenciar este sector. Estas corporaciones desempeñaron un papel crucial en la conformación de mercados locales y en el fortalecimiento de actores económicos conocidos como radiodifusores.

Para explicar esto podemos destacar que los avances tecnológicos más significativos en este ámbito

tuvieron lugar en Europa, exactamente en Berlín, Alemania. Fue en este país que –sumido en un contexto gris– el 22 de marzo de 1935 se realizó la primera emisión regular de imágenes y de sonido, acontecimiento que dio paso a la televisión bajo el concepto básico que generalmente conocemos.

Exactamente, fue en la Segunda Guerra Mundial (en adelante, SGM) en donde se produjo un destacado desarrollo de los servicios de radiodifusión con fines militares y propagandísticos. Durante este periodo bélico estuvo prohibida en Alemania la recepción de emisiones extranjeras, aunque, en la práctica, miles de alemanes recibían noticias de la radiotelevisión británica: British Broadcasting Corporation (Salvador, 1998, p. 53).

Tras la SGM, el vínculo entre el Estado y la televisión adquirió una nueva dimensión. En un contexto de reconstrucción y fortalecimiento institucional, la radiodifusión televisiva emergió como un instrumento clave del servicio público, orientado no solo al entretenimiento del ciudadano, sino también al ejercicio del derecho a la información. Bajo esta lógica, la televisión fue concebida inicialmente como una herramienta para educar, informar y cohesionar a la sociedad, más que como una fuente de lucro.

No fue sino hasta mediados de la década de 1950 que esta narrativa comenzó a transformarse. El auge económico del período y la expansión de los mercados impulsaron un viraje hacia la producción de contenidos con potencial comercial. La televisión dejó de ser solo un medio estatal de comunicación y se convirtió también en una plataforma atractiva para el sector privado, que vio en ella un canal rentable para llegar a grandes audiencias.

Así nació la programación pensada para el consumo masivo, marcada por la búsqueda de audiencias y el aprovechamiento publicitario. La irrupción de contenidos comerciales y el auge de la televisión como medio masivo no desplazaron su papel esencial en la promoción de derechos fundamentales, ni su utilidad como vehículo para alcanzar objetivos estatales, especialmente en ámbitos como la educación y la difusión cultural. Aun en medio de su creciente orientación al consumo, la televisión conservó su función pública como una herramienta al servicio del ciudadano.

La promesa de rentabilidad, alimentada por el aumento en el consumo de contenidos y los ingresos derivados de la publicidad, dio lugar al surgimiento de cadenas de retransmisión privadas (lo que conocemos hoy como radiodifusoras), que empezaron a coexistir con los canales públicos ya establecidos (mayormente de señales abiertas).

Este nuevo equilibrio entre lo público y lo privado marcó una etapa de expansión y diversificación en la oferta televisiva.

Con el paso del tiempo, este ecosistema híbrido hizo necesario el diseño de marcos regulatorios más sofisticados, capaces de responder a dos fuerzas en constante evolución: por un lado, las particularidades del mercado nacional, como la concentración de actores o el nivel de acceso a la señal; y por otro, los efectos del avance tecnológico que continuamente reconfiguraban la manera en que se producían, transmitían y consumían los contenidos audiovisuales.

Con todo ello, fue normal que los Estados comenzaran a desplegar instrumentos regulatorios en el sector telecomunicaciones inspirados en políticas públicas tendentes a garantizar el acceso a la información. Siguiendo los consensos multinacionales que comprometen los ejes de poder con la protección del ciudadano, se erigió una óptica garantista sobre la radiodifusión, pues se creía que a través de esta se promovía las expresiones, el enriquecimiento informativo y la cultura. No por algo la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado lo siguiente:

[L]a regulación estatal sobre radiodifusión, en general, [...] debería tener como uno de sus objetivos garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como garantizar el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas. [...] [L]a regulación en materia de radiodifusión debe estar destinada a crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión, facilitando el acceso a la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal de asegurar que esta facultad no será usada como una forma de censura indirecta y garantizar la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión. (2015, pp. 19-20)

A lo largo del tiempo, y como consecuencia de las distintas intervenciones regulatorias que han acompañado la evolución del sector, ha ido tomando forma en muchos países una categoría normativa particular: la denominada regulación *must carry-must offer*. Esta figura, que busca armonizar el acceso equitativo a contenidos televisivos entre radiodifusores (operadores privados) y canales de señal abierta, se ha consolidado como una herramienta relevante en ciertos contextos.

No obstante, su incorporación no ha seguido una pauta uniforme. La adopción de estas figuras varía significativamente entre países, dependiendo

de sus prioridades regulatorias, estructuras de mercado y enfoques en torno al derecho a la información. Por ello, su análisis resulta especialmente relevante en contextos donde aún no se han implementado, como el caso del Perú. Precisamente, este artículo se propone examinar críticamente la viabilidad, los alcances y las implicancias de una eventual regulación *must carry-must offer* en el país, atendiendo a sus particularidades institucionales, tecnológicas y sociales.

La adopción de estas figuras varía significativamente entre países, según sus prioridades regulatorias. Esta diversidad regulatoria revela un aspecto fundamental: los servicios de radiodifusión, lejos de haber perdido relevancia, siguen cumpliendo un rol central en el ecosistema de las telecomunicaciones contemporáneo. En ese sentido, los regímenes *must carry-must offer* adquieren una especial importancia, pues permiten constatar que seguimos frente a un sector estratégico y socialmente significativo, incluso en pleno siglo XXI. Por ello, su análisis en el caso peruano resulta particularmente oportuno.

II. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE RADIO-DIFUSIÓN EN EL PERÚ

La regulación de la radiodifusión en el Perú ha estado marcada, desde sus orígenes, por una lógica de liberalización progresiva y mínima intervención estatal como consecuencia de la etapa posterior de los gobiernos centralistas por los cuales hemos atravesado. Desde el punto de vista normativo, en 1993, el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC, establece que los servicios de difusión se prestan bajo un régimen de libre competencia, prohibiendo expresamente cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento.

En este modelo de mercado 'autorregulado', la distribución de señales y contenido queda sujeta a las negociaciones bilaterales entre radiodifusores –que son básicamente operadores de televisión por suscripción– y los titulares de los contenidos. No existen, por tanto, mecanismos normativos que demanden la retransmisión obligatoria, lo que en la práctica ha generado un entorno más dinámico en el que la inclusión o exclusión de señales responden a criterios comerciales y a la preferencia de la demanda.

Por otro lado, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) también dictó, en el marco de sus facultades como agente regulador del sector, la Resolución 064-2018-CD/OSIPTEL con la que aprobó

las Normas para la Prestación del Servicio de Televisión de Paga. En el artículo 1 esta normativa se establecieron las condiciones especiales para el acceso y utilización del servicio de televisión de paga, en el que se encuentran los operadores del servicio público de radiodifusión, bajo cualquier modalidad de contratación.

Sin perjuicio de lo que venimos analizando, es importante resaltar que, a pesar de que en este sector no se cuenta con regulaciones incisivas o que conlleven a un profundo impacto sobre la forma en la que se viene prestando, sí hubo otro tipo de iniciativas que respondieron sobre todo al contexto global de la digitalización. Nos referimos a la creación del Plan Maestro para la Implementación de la Televisión Digital Terrestre (en adelante, TDT), aprobado por Decreto Supremo 017-2010-MTC. El contexto es simple: generar nuevas condiciones para el acceso gratuito a contenidos televisivos.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT) ha reseñado en sus estudios sobre la TDT que los usuarios se encontrarían exigiendo información, contenido multimedia y entretenimiento en cualquier lugar, en cualquier momento y en cualquier dispositivo, si es posible interactivamente y con la mejor calidad del servicio posible; por lo tanto, los conceptos de transmisión modernos deben intentar hacer frente a estas demandas que solo pueden ser satisfechas por las tecnologías digitales (UIT, 2016, p. 1). Entonces, la pretensión del MTC con la TDT fue causar lo que es conocido como el 'apagón analógico' para permitir que las personas capten en sus dispositivos un contenido adecuado y una mejor calidad técnica sin la necesidad de que suscriban contratos con los operadores de radiodifusión, los cuales tienen una mayor facilidad para brindar contenido en sus grillas.

Por otro lado, en forma paralela al Decreto Supremo 013-93-TCC, existe la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, la cual no está enfocada en los operadores del servicio público de radiodifusión –las operadoras de televisión por suscripción–, sino en los canales o titulares de los contenidos definidos por el propio Decreto Supremo 013-93-TCC en su artículo 43 como "servicios privados de interés público". Estos agentes son quienes realizan las emisiones de señales y contenidos que se destinan a ser recibidos directamente por el público en general.

Entonces, estamos ante un sector que al menos, desde el punto de vista regulatorio, no enfrenta una carga considerable en comparación con otros sectores como el de la telefonía. No obstante, sí le resultan aplicables las regulaciones generales

como: (i) la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución 172-2022-CD/OSIPTEL; (ii) el Texto Único Ordenado del Reglamento para la Atención de Gestiones y Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución 099-2022-CD/OSIPTEL; o, el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución 214-2024-CD/OSIPTEL.

En definitiva, nuestro panorama regulatorio en materia de radiodifusión (el servicio público) muestra un enfoque centrado en la libre competencia con intervenciones puntuales orientadas a la protección del usuario y su acceso, pero sin un tratamiento específico sobre alguna retransmisión de contenidos. Esta ausencia de normas que establezcan obligaciones de inclusión de señales abiertas en las grillas de televisión por suscripción evidencia que este tema ha permanecido, hasta ahora, fuera del radar de los legisladores y de las autoridades administrativas (MTC y Osiptel). Esta ‘omisión’ no es menor si recordamos que la radiodifusión pública aún sigue teniendo un papel relevante en el ecosistema de las telecomunicaciones, especialmente para amplios sectores de la población cuyo acceso a la información y entretenimiento depende en buena medida de estos servicios.

Abrir el debate sobre una eventual regulación del tipo *must carry-must offer* exige, por tanto, una aproximación cuidadosa. No se trata de intervenir un sector que ha operado históricamente bajo reglas de mercado, sino de preguntarse si la falta de regulación expresa sobre la retransmisión de contenidos constituye un vacío normativo o, por el contrario, una decisión coherente con el modelo adoptado. Como se analizará más adelante, el Congreso de la República ha debatido en distintas ocasiones propuestas legislativas orientadas a establecer este tipo de obligaciones, pero muchas de ellas presentaban problemas técnicos, conceptuales y de diseño normativo que desnaturalizaban el sentido de estas figuras. En consecuencia, cualquier intento serio por discutir esta materia debe partir de un conocimiento claro de su lógica, implicancias y límites.

III. ¿QUÉ ES LA REGULACIÓN *MUST CARRY-MUST OFFER* Y QUÉ PROBLEMAS BUSCA SOLUCIONAR?

Para empezar con la discusión sobre este asunto es importante recordar que en el mercado de radiodifusión será frecuente encontrar agentes dedicados a la emisión y distribución. Por ello, las legislaciones incorporan clasificaciones que recaen en los servicios de telecomunicaciones. Tal es el

caso de los servicios de difusión televisiva, estos se encuentran agrupados en radiodifusores de televisión abierta —o señal pública— y operadores de televisión por suscripción —o ‘TV paga’ en sencillo—, quienes por separado se valen de distintos mecanismos para desarrollar su actividad.

Así, con la identificación de los jugadores del sector, a través de los años se concibió en la mayoría de los países del mundo un tipo de categoría conocida conceptualmente como regulación *must carry-must offer*. Cabe señalar que su introducción en la regulación no es necesariamente una práctica común en todas las latitudes.

Es importante reconocer que, aunque los países incorporen la regulación *must carry-must offer* a su ordenamiento, no existe una definición exacta que permita agruparlas con un único tratamiento. Los países incluyen esta regulación y cada uno les asigna soberanamente un significado específico, por lo que, antes de considerarse una regulación homogénea globalmente, esta responde al interés y política de cada país. Que esto sea así no dista mucho de la realidad, ya que, al encontrarnos en un terreno ligado al servicio público, las cuestiones coyunturales son las que dotarán de contenido estos conceptos.

Para tener una aproximación objetiva, podemos citar los estudios realizados por la Organización de Telecomunicaciones de Iberoamérica (en adelante, OTI) sobre estos conceptos regulatorios:

Por un lado, *[m]ust [o]ffer* se refiere a la obligación que tienen los licenciatarios de televisión abierta de ofrecer sus contenidos a los operadores de televisión de paga para su retransmisión. Las autoridades de cada país suelen emitir las normas con las que se lleva a cabo el ofrecimiento de la señal. Según la legislación de la que se trate, la cesión de los derechos para la retransmisión puede estar sujeta a contraprestaciones económicas o ser simplemente una obligación gratuita de la estación de televisión abierta. Por otro lado, *[m]ust [c]arry* se refiere a la obligación del proveedor de televisión restringida de retransmitir una señal de televisión abierta. [...] Existen casos en los que la retransmisión es un derecho de los operadores de televisión restringida y otros en los que es una obligación como mecanismo de protección al usuario final (las audiencias en televisión restringida). (2016, p. 5)

A partir de lo que ya se ha desarrollado podemos explicar el concepto de *must offer* como la obligación que tienen los radiodifusores de televisión abierta de ofrecer sus señales (o contenidos) a los operadores de ‘TV paga’ (distribuidores) para su

posterior retransmisión, lo cual puede estar sujeto o no al pago de una contraprestación económica por el aprovechamiento de contenidos ajenos.

En contraste, la obligación de tipo *must carry* se refiere a la carga recaída en el operador de televisión por suscripción que lo fuerza u obliga a retransmitir en su programación las señales de televisión abierta, análogas o digitales. En especial, esta obligación persigue el objetivo principista de garantizar el derecho de acceso a la información de los ciudadanos y de los usuarios de los operadores, así como concretar las metas estatales de cultura y educación. Esta obligación, en casi todos los casos, busca propugnar que no haya costo para el usuario para no limitar su derecho de acceso a la información y resguardar el amplio abanico de fuentes a la que pudiera acceder.

Sobre el *must carry*, podemos resaltar que su aplicación deberá observar la dimensión del auditorio que recibirá las señales; es decir, si un grupo de usuarios reunidos en una masa considerable percibe una señal más importante o satisfactoria en relación con su necesidad de información, la regla *must carry* se inclinaría por afectar estas señales (o incluso contenidos) imponiendo al operador de televisión por suscripción la obligación de retransmisión a un costo cero para el ciudadano. Además, existirán otras cuestiones sobre la viabilidad técnica y la dimensión del contenido que se pretenderá acoger en la obligación que jugarán un importante rol como variables de una política pública asociada a esta obligación.

Cabe señalar que los operadores de televisión por suscripción no podrían asumir eficazmente una obligación de retransmitir señales (*must carry*) si no cuentan previamente con acceso a los contenidos de los radiodifusores de señal abierta. Por ello, en la práctica, el deber de ofrecer dichas señales (*must offer*) suele ser entendido como una condición implícita e indispensable para la operatividad del primero.

Ambas figuras están estrechamente vinculadas y concebidas muchas veces como expresiones complementarias de un mismo principio. Su implementación no puede desvincularse del contexto: tanto el nivel de concentración de los agentes, como la cobertura efectiva de los servicios y el grado de competencia real influyen decisivamente en su diseño y ejecución. Así, cualquier debate sobre su pertinencia también podría llegar a considerar no solo el acceso equitativo a la información por parte de los ciudadanos, sino también las condiciones necesarias para que ese acceso ocurra dentro de un entorno competitivo y sostenible económicamente.

En ese sentido, para evitar los conflictos entre los incumbentes, cada autoridad se encuentra en capacidad de moldear esta regulación y establecer las normas que considere oportunas para el ofrecimiento de las señales. Antes de introducir estas condiciones, será obligatorio hacer un análisis sumamente objetivo y que contemple todas las variables necesarias para su adecuada implementación. Este análisis incluso podría contener, como uno de sus puntos, no solo la satisfacción de la necesidad de la información de los individuos, sino también la existencia de una colectividad desprotegida que pocas veces verá realizado su derecho a la información.

Al observar el tratamiento de las políticas *must carry-must offer* a nivel comparado, se podrá advertir que su diseño y aplicación han sido asumidos como una prerrogativa soberana de cada Estado. Lejos de responder a modelos universales o imposiciones supranacionales, estas figuras regulatorias emergen del ejercicio autónomo del *ius imperium*, reflejando las prioridades internas, las posibles tensiones políticas y los intereses estratégicos.

Esta constatación no solo subraya la centralidad del Estado como arquitecto del orden comunicacional, sino que también invita a reconocer que cualquier discusión sobre su pertinencia en el Perú debe partir del respeto a nuestra soberanía normativa y de una lectura crítica del entorno local. Por lo tanto, es justamente la dimensión política –y no solo técnica– la que otorga relevancia a este debate.

A. Contexto histórico sobre la regulación *must carry-must offer*

El origen de la regulación *must carry-must offer* se remonta al desarrollo de la televisión por cable en Estados Unidos, hacia finales de la década de 1940. En sus inicios, este servicio funcionaba bajo un esquema de suscripción, surgiendo como una respuesta técnica a las limitaciones geográficas que impedían la adecuada recepción de señales abiertas, especialmente en zonas rurales o de difícil acceso. En ese contexto, la televisión por cable no fue concebida como un sustituto de la radiodifusión tradicional, sino más bien como un mecanismo complementario para mejorar la calidad de recepción de los contenidos transmitidos de forma abierta al público (Lopatka & Vita, 1998, p. 65).

El desarrollo de la producción de la programación especial de la televisión por cable y el aumento de puntos de recepción en los hogares conllevó a la manifestación del ‘efecto clausura’. Los operadores de cable, quienes distribuían el contenido

accesible por señal abierta, también encontraron rentable ofrecer a sus suscriptores contenidos de emisoras geográficamente distantes (importación de contenido), que sin su transporte no podrían ser vistas por la audiencia lejana. Esto trajo como consecuencia que los suscriptores prefirieran el servicio de televisión por cable por sobre la recepción de las señales abiertas. Incluso su permanencia en la programación quedaba sujeta al cumplimiento de contraprestaciones económicas o, de lo contrario, llegarían a ser excluidas (Bravo, 2014, p. 528).

En el mismo sentido, Lopatka y Vita concuerdan sobre este aspecto con lo siguiente:

A medida que la industria evolucionaba, la televisión por cable se extendió a áreas que ya recibían múltiples señales abiertas. Los sistemas de cable durante este tiempo recolectaron señales de televisión abierta mediante el uso de una antena maestra, luego las amplificaron, las transmitieron y distribuyeron a través de cable coaxial o cable a sus suscriptores en competencia directa con radiodifusores de señal abierta; los operadores de cable no produjeron su propia programación ni la obtuvieron de fuentes no emitidas. Algunos de los canales de cable proporcionaron una mejor recepción de las señales locales, pero otros ofrecieron las señales de estaciones distantes importadas en el territorio del operador de cable¹. (1998, p. 65) [traducción libre]

A medida que los radiodifusores de señal abierta comenzaron a verse perjudicados por las circunstancias competitivas entre los operadores de televisión por cable y, por ende, la televisión abierta local disminuía su audiencia, comenzaron a manifestarse corrientes regulatorias dirigidas a insertar obligaciones de retransmisión a los operadores de televisión por cable. Así, los radiodifusores de televisión abierta buscaron la protección de la Federal Communications Commission (en adelante, FCC), autoridad reguladora norteamericana.

La FCC inicialmente se negó a regular los contenidos de los operadores de cable (Caso *Frontier Broadcasting Co. v Collier*, 1958). No obstante, frente a dicho panorama y a las presiones recibidas, en 1962 incluyó las primeras condiciones de tipo *must*

carry: los operadores de televisión de cable tendrían que retransmitir contenidos de señal abierta a fin de obtener la autorización que los habilite a desarrollar su actividad económica (Caso *Carter Mountain Transmission Corp. v FCC*, 1962).

Una de las razones más relevantes que habría motivado a la FCC a imponer este tipo de obligaciones fue la necesidad de proteger económicamente a las estaciones de televisión abierta frente a posibles desventajas competitivas. La posibilidad de que sus señales sean retransmitidas por operadores de cable les permite ampliar significativamente su audiencia, lo que, a su vez, incrementa su atractivo como plataforma para la colocación de publicidad. En ese sentido, garantizar su presencia en las grillas de programación no solo respondía a un criterio de acceso informativo, sino también a un interés económico vinculado a la sostenibilidad del modelo de radiodifusión abierta.

Con posterioridad a adopción de las reglas *must carry* y a la consolidación de los criterios regulatorios de la FCC en 1972 por el Congreso de Estados Unidos, los operadores de televisión por cable iniciaron acciones judiciales en contra de las obligaciones de *must carry* impuestas por la FCC. En sus demandas los operadores de televisión por cable exigían que las obligaciones *must carry* les impidieran transmitir otro tipo de contenidos bajo su libre elección y, a la vez, este tipo de obligaciones creaba condiciones desfavorables para que los clientes puedan escoger contenidos más atractivos.

Bajo la premisa de la violación a la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, entre 1985 y 1987, la US Court of Appeals declaró la inconstitucionalidad tanto de las obligaciones regulatorias como de los mandatos de autorización que imponían a los operadores de cable condiciones obligatorias de retransmisión de señales abiertas. Tras la inconstitucionalidad y la impugnación sistemática, la corriente regulatoria optó por insertar obligaciones más flexibles que asegurasen, de acuerdo a sus políticas públicas, la mayor información diferenciada posible para el usuario.

En 1992, con la aprobación de la *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* y su ratificación por parte de la US Court of Appeals bajo

¹ Texto original:

As the industry evolved, cable television spread into areas that already received multiple broadcast signals. Cable systems during this era collected television broadcast signals by use of a master antenna, then amplified them, transmitted them, and distributed them through coaxial cable or wire to subscribers in direct competition with broadcast stations; operators did not produce their own programming or obtain it from non-broadcast sources. Some of the cable channels provided enhanced reception of local signals, but others offered the signals of distant stations imported into the cable operator's territory. (Lopatka & Vita, 1998, p. 65)

el argumento principal de que estas reglas promoverían la variedad de señales en condiciones de competencia del mercado televisivo, el *must carry* sería ‘recuperado’ como un instrumento para la retransmisión de señales abiertas. No fue sino hasta 1994, que la FCC permitió a los radiodifusores de señal abierta optar por la retransmisión de sus señales bajo un criterio diferente a lo que se habría planteado, pasando del modelo orientado por reglas *must carry*, a uno de **retransmisión consentida** o *may carry*.

IV. REVISIÓN DE OTRAS REGULACIONES

A. Unión Europea

El estudio de la regulación comparada en materia de *must carry-must offer* no va a permitir conocer cómo distintos países han abordado esta figura normativa en función de sus propios contextos políticos, tecnológicos y jurídicos. En esa línea, la experiencia de la Unión Europea resulta especialmente ilustrativa por su marco comunitario que, sin imponer una fórmula única, ha promovido ciertos principios orientadores que respetan la soberanía regulatoria de los estados miembros.

Como punto de partida, conviene recordar que el mercado comunitario de telecomunicaciones no tomó forma sino hasta que se consolidó el proceso de liberalización plena, impulsado por los avances propios de la integración europea. Uno de los principales obstáculos que enfrentó este proceso fue la fragmentación normativa entre estados miembros, en particular aquellas regulaciones nacionales que restringían el uso de las redes de televisión por cable exclusivamente a los servicios de radiodifusión. Para hacer frente a este escenario y habilitar un entorno más competitivo y abierto, la Comisión Europea adoptó el 18 de octubre de 1995 la Directiva 95/51/CE, con el objetivo de eliminar estas barreras e incentivar el desarrollo de nuevos servicios e infraestructuras en el sector audiovisual. De acuerdo con García-Pelayo (1997), el objetivo principal de esta directiva era suprimir dichas restricciones, con el fin de favorecer las inversiones y promover el desarrollo de nuevos proyectos e iniciativas en este campo.

Más adelante el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2002/22/CE, conocida como Directiva de Servicio Universal, que se enfocó en los derechos de los usuarios dentro del marco de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Esta norma buscó establecer estándares mínimos que todos los estados miembros debían garantizar. De hecho, la directiva estableció como objetivo central “garantizar la disponibilidad de un conjunto mínimo de

servicios de comunicaciones electrónicas de buena calidad a todos los usuarios a un precio asequible con una distorsión mínima del mercado” (2002), reforzando así la idea de que la conectividad y el acceso a la información deben estar al alcance de todos, sin sacrificar el funcionamiento competitivo del mercado. La Directiva de Servicio Universal destacaba por no restringir la posibilidad de que sus estados miembros incorporen reglas para la difusión de contenidos televisivos, salvaguardando en el fondo tanto la soberanía de cada Estado, así como la garantía del acceso a la información de los ciudadanos europeos.

En línea con el enfoque descentralizado que caracteriza al modelo comunitario, la normativa europea reconoció que las decisiones sobre retransmisión de contenidos debían adecuarse a las realidades particulares de cada Estado miembro. Por ello, la Directiva de Servicio Universal facultó expresamente a los gobiernos nacionales y a sus autoridades regulatorias para establecer obligaciones de tipo *must carry* o *must offer*, así como las condiciones asociadas a posibles contraprestaciones económicas. Esta prerrogativa estuvo contemplada en el artículo 31 de la Directiva de Servicio Universal de la siguiente forma:

Artículo 31.- Obligaciones de transmisión

1. Los [e]stados miembros podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión. Dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser proporcionadas y transparentes. Las obligaciones serán objeto de revisión de forma periódica. (2002)

Con especial cuidado, en el apartado 2 del mencionado artículo señalaba que cada país miembro de la Unión Europea determinaría la retribución económica de forma independiente a cualquier regulación comunitaria. Sin embargo, esta liberalidad debía ser cumplida de acuerdo con la Directiva 2002/19/CE, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión —derogada—, a fin de que no se establecieran medidas legales que obliguen a los operadores a desarrollar tratos discriminatorios a través del ofrecimiento de condiciones distintas para servicios equivalentes.

A la fecha, la Directiva de Servicio Universal fue reemplazada por la Directiva 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Esta sigue los mismos lineamientos de la Directiva de Servicio Universal con la precisión de que en su artículo 114, establece expresamente obligaciones de *must carry*:

Artículo 114.- Obligaciones de transmisión (“*must carry*”)

1. Los [e]stados miembros podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales de programas de radio y televisión y servicios complementarios conexos, en particular servicios de accesibilidad para posibilitar el acceso adecuado de los usuarios finales con discapacidad y los datos que sustentan los servicios de televisión conectada y las guías electrónicas de programas, a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas y servicios utilizados para la distribución de canales de programas radio o televisión al público, si un número significativo de usuarios finales de dichas redes y servicios los utiliza como medio principal de recepción de canales de programas de radio y televisión. Dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general, definidos de manera clara por cada [e]stado miembro, y deberán ser proporcionadas y transparentes.

2. A más tardar el 21 de diciembre de 2019, y posteriormente cada cinco años, los [e]stados miembros revisarán las obligaciones mencionadas en el apartado 1, excepto en los casos en que los [e]stados miembros hayan procedido a dicha revisión en el curso de los cuatro años anteriores.

3. Ni el apartado 1 del presente artículo, ni el artículo 59, apartado 2, atentarán contra la capacidad de los [e]stados miembros de determinar la remuneración apropiada, si la hay, por las medidas adoptadas de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo, y quedará garantizado al mismo tiempo que, en circunstancias similares, no habrá discriminación en el trato a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Cuando se contemple la remuneración, los [e]stados miembros velarán por que la obligación de remunerar se indique claramente en el Derecho nacional, inclusive, en su caso, los criterios de cálculo de dicha remuneración. Los [e]stados miembros también velarán por que esta se aplique de manera proporcionada y transparente. (2018)

Si bien la Directiva de Servicio Universal ya facultaba a los estados miembros a imponer obliga-

ciones de retransmisión (*must carry*), lo hacía en términos generales y sin un desarrollo normativo exhaustivo. El texto se limitaba a reconocer la posibilidad de que cada país, conforme a su realidad, impusiera este tipo de medidas siempre que respondieran a objetivos de interés general y fueran razonables, proporcionales y sujetas a revisión periódica. El Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas retoma esta facultad de los estados, pero introduce ciertos refinamientos que robustecen el marco anterior. En primer lugar, el artículo 114 establece de manera expresa las obligaciones *must carry* y detalla que estas pueden incluir no solo canales de radio y televisión, sino también servicios conexos como guías electrónicas o funciones de accesibilidad para personas con discapacidad. Además, se incorpora un mandato claro para que estas obligaciones sean revisadas periódicamente –como mínimo cada cinco años–, y se reconoce explícitamente la posibilidad de establecer remuneraciones, siempre que estas sean proporcionales, transparentes y se regulen en la legislación nacional.

Podemos decir que el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas no modificó la esencia del modelo anterior, pero sí fortaleció la estructura técnica y normativa manteniendo la autonomía regulatoria soberana de cada estado miembro. De hecho, en el considerando 309 se especifica que los pactos privados pueden estar incluso protegidos ante la ausencia de una disposición nacional:

(309) Las obligaciones «de transmisión» deben estar sujeta a revisión periódica, como mínimo cada cinco años, a fin de poder actualizarlas con arreglo a la evolución de la tecnología y del mercado y garantizar que siguen guardando proporción con los objetivos que deben alcanzarse. Las obligaciones podrían, en su caso, conllevar una disposición en la que se prevea una remuneración proporcionada, que debe establecerse en la legislación nacional. En tal caso, la legislación nacional debe determinar también la metodología aplicable para calcular la remuneración adecuada. Esa metodología debe evitar incoherencias con las vías de recurso que puedan ser impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación a los proveedores de servicios de transmisión empleados para la radiodifusión que hayan sido designados como poseedores de un poder de mercado significativo. No obstante, cuando un contrato de duración determinada firmado antes del 20 de diciembre de 2018 contemple una metodología diferente, debe ser posible seguir aplicando dicha metodología durante la vigencia del contrato. En ausencia de una disposición nacional en materia de remuneración, los proveedores de canales radiofónicos

o televisivos y los proveedores de redes de comunicaciones electrónicas empleadas para la transmisión de estos canales radiofónicos o televisivos deben tener la posibilidad de acordar por vía contractual una remuneración proporcionada. (2018)

En definitiva, aunque el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas introduce lineamientos sobre la posible remuneración asociada al cumplimiento de las obligaciones *must carry*, no impone una regla uniforme para todos los estados. Por el contrario, reafirma el principio de soberanía normativa, dejando en manos de cada país la decisión de regular –o no– este aspecto en función de sus propias prioridades y circunstancias.

Así, el modelo europeo no solo respeta la autonomía legislativa nacional, sino que consagra un enfoque flexible, donde la intervención en el mercado de la radiodifusión se justifica únicamente cuando responde a objetivos de interés general claramente definidos. Esta postura refuerza la idea de que, incluso en una comunidad regulatoria tan integrada como la Unión Europea, el *must carry* no es una imposición, sino una herramienta disponible que cada estado miembro puede adoptar según su propio diseño de política pública.

B. Latinoamérica

Mientras algunas jurisdicciones como la europea han optado por mantener un enfoque flexible o incluso inexplorado en esta materia, otras han establecido marcos normativos más definidos. El caso más emblemático es el de México, donde esta regulación ha sido expresamente reconocida y desarrollada a nivel legislativo. A partir de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones de 2013 y la posterior emisión de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (en adelante, LFTR), México introdujo un régimen obligatorio que impone a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión gratuita de señales de televisión abierta bajo ciertos requisitos, siendo una de las principales referencias para nuestra región.

Para comenzar, la LFTR establece en su artículo 164 una obligación expresa de *must offer*, que impide a los titulares de señales exigir contraprestación alguna por la retransmisión de sus contenidos por parte de los concesionarios de televisión restringida. Lo particular del modelo mexicano radica precisamente en la incorporación de esta obligación, que contrasta con el enfoque europeo, donde la normativa comunitaria solo contempla el *must carry* y deja a discreción de cada estado miembro la posibilidad de desa-

rollar esquemas compensatorios. México, en cambio, opta por un diseño que busca equilibrar los intereses de ambas partes: garantiza el acceso a contenidos abiertos por parte de los usuarios de televisión de paga, pero también impone al titular de la señal la obligación de permitir dicha retransmisión de manera gratuita, como se evidencia a continuación:

Artículo 164.- Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.

Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios. (LFTR, 2014)

La LFTR también contempla disposiciones específicas para los operadores de televisión por suscripción vía satélite. Conforme a su artículo 165, estos operadores se encuentran obligados a retransmitir las señales de televisión abierta que cuenten con una cobertura igual o superior al cincuenta por ciento del territorio nacional. Puede entenderse que esta regla responde a una lógica estratégica al reconocer que los operadores satelitales tienen un alcance técnico nacional.

Otro modelo que resulta importante conocer es el planteado en Chile a través de la Ley 20.750, Ley que permite la Introducción de la Televisión Digital Terrestre, publicada en el año 2014 el cual, según el propio Consejo Nacional de Televisión de Chile, combina aspectos de la regulación *must carry* y el modelo *may carry* (retransmisión consentida) (2016, p. 8).

Si el *must carry* implica que los operadores de 'TV paga' están obligados por mandato legal a retransmitir las señales abiertas, el *may carry* es la versión flexible del mismo. El esquema *may carry* se basa en la 'ausencia' de obligaciones legales de retransmisión en donde tanto los operadores de 'TV paga' como los radiodifusores de señal abierta tienen libertad plena para decidir si retransmiten o permiten la retransmisión de las señales, negociando libremente las condiciones económicas de

su relación. El operador de ‘TV paga’ puede seleccionar qué señales incluir en su oferta comercial, mientras que el radiodifusor conserva la facultad de autorizar o denegar el uso de su programación, sin verse obligado a ceder sus contenidos.

Una característica central del *may carry* es que privilegia el consentimiento como base de cualquier relación contractual, incentivando acuerdos en los que puede pactarse una compensación económica u otros beneficios asociados a la explotación de contenidos protegidos por derechos de autor. Así, en el artículo 15 quáter de la Ley 20.750 se explica, primero, su aplicación sobre los titulares de las señales y, en un segundo párrafo, respecto de los concesionarios de ‘TV paga’:

Artículo 15 quáter.- Los concesionarios de radiodifusión televisiva de libre recepción podrán ejercer, en forma no discriminatoria, el derecho de retransmisión consentida de sus emisiones, consagrado en el inciso tercero del artículo 69 de la [L]ey 17.336, sobre propiedad intelectual, respecto de todas sus señales, siempre y cuando, en la zona de servicio respecto de la cual quieran ejercer este derecho, emitan sus señales en tecnología digital y cumplan además con las condiciones de cobertura digital establecida en esta ley. En todo caso, dichos concesionarios, en las zonas donde quieran ejercer este derecho, deberán lograr una cobertura digital

de al menos el 85% de la población en la zona de servicio de la concesión de que se trate.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero, los permisionarios de servicios limitados de televisión deberán difundir en la región o localidad en que operen, y siempre que sea técnicamente factible, a lo menos cuatro canales regionales, locales o locales de carácter comunitario en sus respectivas grillas o parrillas programáticas. Esta difusión a través de los servicios limitados de televisión no podrá modificar la zona de servicio del concesionario respectivo. (2014)

La Ley 20.750 incorpora una regulación que, si bien establece obligaciones de retransmisión, mantiene ciertos márgenes de flexibilidad que permiten a los agentes negociar condiciones específicas. De esta manera, el modelo chileno, aunque formalmente se estructura en torno a un *must carry*, introduce elementos de autonomía contractual que lo acercan al *may carry*.

La revisión de estas dos legislaciones se da por su carácter emblemático en el continente: por un lado, México ha implementado un modelo *must offer* y criterios de interés público; por otro, Chile sentó las bases del *may carry* con una lista negociable de señales esenciales. Ambos casos representan extremos regulatorios que permiten extraer lecciones clave para la realidad peruana.

Tabla 1: Comparación internacional de regímenes regulatorios del servicio público de radiodifusión

Jurisdicción	Régimen	Característica clave
Estados Unidos	must carry	Los operadores de ‘TV paga’ deben retransmitir las señales locales que lo soliciten, sin contraprestación obligatoria. Los titulares de las señales no están obligados a ofrecer sus señales.
Unión Europea	must carry-must offer	Exige obligaciones proporcionales según país; permite excepciones y equilibra pluralismo y mercado.
Chile	may carry	Lista negociable de señales esenciales, enfoque en zonas rurales y negociación previa de contraprestaciones.
México	must offer	Catálogo mínimo obligatorio con criterios de interés público definidos por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Fuente: Elaboración propia

C. Situación de Perú

Al abordar el panorama nacional, es importante tener claro que en nuestro país no existe, hasta la fecha, una regulación específica que imponga obligaciones del tipo *must carry* o *must offer*. En otras palabras, la retransmisión de contenidos entre los concesionarios del servicio público de radiodifusión –como los servicios de televisión por suscripción– y los titulares de señales abiertas, se rige por un principio de libre competencia. Este enfoque se encuentra expresamente consagrado en nuestro marco legal desde hace décadas.

El fundamento de esta lógica se encuentra en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC (Ley de Telecomunicaciones), cuyo artículo 21 establece como regla general que “los servicios de difusión se prestan en régimen de libre competencia, estando prohibida cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento” (1993). Este principio ha definido el comportamiento del mercado de retransmisión en el país, dejando en manos de los agentes privados la posibilidad de negociar libremente los términos bajo los cuales se comparten o incluyen señales en las distintas plataformas de distribución.

Cabe precisar que esta regla de libre competencia no solo se aplica a los operadores del servicio público de radiodifusión, sino que también alcanza a los propios titulares de señales abiertas. En el caso de los primeros, la regulación proviene de la Ley de Telecomunicaciones que regula el régimen general aplicable a los servicios de telecomunicaciones en el país. Por su parte, los titulares de señales abiertas se rigen por lo dispuesto en la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, cuyo Título Preliminar reafirma este enfoque **liberal**. En su artículo I, dicha norma establece como principio rector el régimen de libre competencia, prohibiendo “cualquier forma directa o indirecta de exclusividad, monopolio o acaparamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico, por parte del Estado o de particulares” (2004).

En el Perú tanto los distribuidores como los generadores de contenido audiovisual comparten un mismo marco normativo basado en la libertad de negociación, sin imposiciones sobre la retransmisión u oferta obligatoria de señales. Bajo esa lógica, podríamos afirmar que desde hace varios años nos encontramos ante un régimen *may carry* no expreso y sin condiciones que la delimiten. Este régimen se ha venido ejecutando sin complicaciones e impactos perjudiciales para el crecimiento del acceso al servicio público de radiodifusión de acuerdo a la evidencia que podemos revisar. Así, por ejemplo, desde el año 2000 ha existido un crecimiento sostenido del número de conexiones del servicio público de radiodifusión a nivel nacional, así como su nivel de penetración por hogares, alcanzando un pico histórico en el año 2018 (Osipitel, 2025).

Pese a la **estabilidad** del mercado y a la vigencia prolongada de la Ley de Telecomunicaciones y de la Ley de Radio y Televisión –promulgada en el año 2004–, el debate sobre la regulación de la retransmisión de contenidos no ha estado del todo ausente en la agenda legislativa nacional. A lo largo de los años, diversas iniciativas han intentado modificar el *statu quo* del régimen de libre competencia, proponiendo nada menos que la instauración de un modelo de *must carry*.

Estas propuestas, aunque no prosperaron, revelan un punto de inflexión en el tratamiento jurídico del sector: por primera vez, se pretendía introducir obligaciones normativas que alteraran la libertad contractual entre radiodifusores y operadores. ¿Qué motivó estos intentos? ¿Qué buscaban corregir o imponer? ¿Y por qué, a pesar de su aparente impulso, terminaron desnaturalizando el concepto mismo de *must carry*? Veamos:

1. Proyecto de Ley 11124/2004-CR (10 de agosto de 2004)

Es la primera propuesta de corte *must carry* que puede identificarse, la cual proponía incorporar

dicha obligación en la Ley de Radio y Televisión. La fórmula legislativa utilizada consistía en que las señales abiertas debían ser incorporadas en la grilla de contenidos del concesionario del servicio público de radiodifusión que hubiese sido autorizado en una determinada localidad (criterio geográfico). El concesionario estaría obligado a sumar la señal en la misma frecuencia otorgada al titular de la misma.

La crítica principal sobre esta propuesta era que: (i) de imponerse este tipo de obligación, se llegaría a saturar la grilla de los concesionarios, lo que terminaría por afectar su oferta comercial; y, (ii) obligar a los concesionarios a mantener la frecuencia –o número de canal– impactaría negativamente en la libertad de los concesionarios para organizar sus paquetes de contenidos.

2. Proyecto de Ley 11320/2004-CR (3 de setiembre de 2004)

Este proyecto pretendió seguir la misma línea que su par contemporánea, pero con la particularidad de que apuntó a modificar la Ley de Telecomunicaciones, exactamente el artículo 21 que establecía el régimen de libre competencia para la prestación de los servicios de radiodifusión. La propuesta seguía la misma fórmula planteada en la propuesta anterior, por lo que las observaciones resultaron similares. De hecho, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) a través del Informe 033-2004-INDECOPI/ST-CLC sustentó las observaciones a este y el proyecto anterior.

3. Proyectos de Ley 6392/2020-CR (8 de octubre de 2020) y 0966/2021-CR (13 de diciembre de 2021)

Estos proyectos apuntaron a modificar nuevamente la Ley de Radio y Televisión con el título de Ley que garantiza el acceso de información y contenido de televisión abierta a los usuarios del servicio público de radiodifusión por cable.

La fórmula legislativa utilizada consistía en incorporar a la Ley de Radio y Televisión y a nueva disposición que, aunque bastante sencilla, tenía el impacto de una obligación de corte *must carry*. En efecto, se propuso que las señales abiertas sean incorporadas en las grillas de los concesionarios del servicio público de radiodifusión con las mismas frecuencias asignadas por el MTC.

4. Proyecto de Ley 2844/2022-CR (18 de agosto de 2022)

Última propuesta que pretendió incorporar nuevas disposiciones a la Ley de Telecomunicaciones.

En su registro histórico, esta propuesta fue sustituida en el año 2024 por una dirigida a incorporar las disposiciones de corte *must carry* de manera expresa en el Decreto Legislativo 702, que aprobó las Normas que Regulan la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones (la Ley de Telecomunicaciones).

La propuesta señalaba que los titulares de las señales tenían el derecho a que, a su sola solicitud, su contenido sea incluido en la programación de los concesionarios del servicio público de radiodifusión en una localidad y en la misma frecuencia asignada por el MTC. Se agregaba además la obligación para el concesionario de retransmitir el contenido sin alteraciones y con las mismas características de tecnología de la señal de origen.

Un detalle importante de esta propuesta era que prohibía la retransmisión sin autorización; es decir, los concesionarios debían contar con una 'previa y expresa autorización del titular' de las señales para incluirlas en sus grillas. Además, se reconocía que esta autorización podía ser gratuita o a cambio de una compensación económica negociada.

Hasta el 2024, el Proyecto de Ley 2844/2022-CR se mantiene en revisión de la Comisión de Transportes y Comunicaciones, pues, si bien llegó a emitirse la autógrafa de ley, fue devuelta por el Poder Ejecutivo dadas las observaciones realizadas. Sin embargo, aún existe la posibilidad de que el Congreso de la República, en el marco de sus facultades, proponga su aprobación por insistencia o la emisión de un texto sustitutorio.

A pesar de sus diferencias formales, todos los proyectos de ley presentados a lo largo de los años han compartido un objetivo común: imponer una obligación legal de retransmisión de señales abiertas en las grillas de los operadores de televisión por suscripción, los concesionarios. Solo el último intento legislativo —el Proyecto de Ley 2844/2022-CR— avanzó hacia un mayor nivel de detalle normativo y de aprobación. Esta última propuesta no solo planteaba la obligatoriedad de incluir las señales abiertas en las mismas frecuencias asignadas por el MTC, sino que también incorporaba la necesidad de contar con la autorización previa y expresa del titular de la señal, así como la posibilidad de negociar una compensación económica.

Varias bancadas parlamentarias han llegado a respaldar los proyectos legislativos argumentando beneficio social en zonas rurales. Sin embargo, algunos gremios de operadores y la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (en adelante, ASIET) manifestaron preocupación por los costos y la operatividad de la medida, lo que no

fue estudiado a profundidad en los documentos de sustento de las propuestas mencionadas.

A primera vista, estos elementos parecían buscar un cierto equilibrio entre el interés público y los derechos de los concesionarios, aunque en la práctica la fórmula legal distaba de ser operativa o coherente con el régimen vigente. En efecto, las observaciones formuladas por el Osiptel (2022), contenidas en el Informe 00300-OAJ/2022, resultan no solo pertinentes, sino también altamente reveladoras. Los cuestionamientos que podemos resaltar consisten en la falta de una justificación basada en una falla de mercado, lo que debilita cualquier fundamento técnico o jurídico que sustente la imposición de un modelo *must carry*.

Asimismo, Osiptel (2022) señala que el impacto del *must carry* perjudicaría la libertad y la organización comercial de los operadores, introduciría sobre costos injustificados y distorsionaría el funcionamiento del mercado audiovisual, sin que exista evidencia real de un problema que deba corregirse. Estas críticas refuerzan la necesidad de ser extremadamente cautelosos ante propuestas legislativas que, bajo el discurso del acceso a la información, podrían terminar vulnerando principios constitucionales y deteriorando la calidad del servicio que reciben los usuarios.

En ese sentido, las iniciativas revisadas hasta ahora evidencian una técnica legislativa deficiente, tanto en la formulación de sus contenidos como en la comprensión del ecosistema regulatorio que pretenden intervenir. Ninguna de ellas ha demostrado con datos claros o diagnósticos territoriales específicos que exista en el Perú una necesidad real, urgente o generalizada que justifique la creación de un régimen obligatorio de retransmisión de señales abiertas. Por el contrario, se trata de propuestas que han carecido de soporte técnico sólido y que, en lugar de responder a una política pública bien definida, parecen obedecer a impulsos normativos aislados, mal estructurados y poco alineados con el principio de proporcionalidad que debe guiar toda intervención legislativa en una materia tan técnica como lo son las telecomunicaciones.

V. ¿ES BENEFICIOSA UNA REGULACIÓN DE ESTE TIPO? ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS QUE EXISTEN?

La imposición de obligaciones como el *must carry* o *must offer* ha generado un amplio debate en distintos sistemas y su valoración puede variar dependiendo del enfoque desde el cual se analice. Desde ciertas perspectivas, estas figuras pueden promover objetivos legítimos como el acceso equitativo a la información o la preservación del pluralismo; sin

embargo, no deben confundirse con mecanismos de vocación altruista o de intervención neutral. En la práctica, su aplicación conlleva impactos concretos sobre los agentes del mercado, pudiendo limitar su libertad operativa, afectar sus modelos de negocio y generar conflictos adicionales —como los vinculados a la gestión de derechos de autor— que distorsionen el equilibrio del sistema.

En adelante, abordaremos estas obligaciones desde tres perspectivas clave: la social, la constitucional y la regulatoria, a fin de evaluar si realmente tienen cabida —o sentido— en nuestro actual contexto.

A. Desde un enfoque social

Las obligaciones *must carry* suelen justificarse en la necesidad de garantizar el acceso universal a contenidos considerados de interés público como noticias, información estatal, contenidos educativos o programación cultural. Se argumenta que, en contextos de desigualdad en el acceso a medios o limitada penetración de servicios, la televisión continúa siendo un canal fundamental para la inclusión informativa; no obstante, esta narrativa tiende a simplificar una realidad mucho más compleja.

En el Perú, los usuarios de servicios de televisión por suscripción no enfrentan barreras técnicas insalvables para acceder a señales abiertas —como bien lo ha señalado el Osiptel— y la TDT ha ampliado el alcance gratuito de canales nacionales sin necesidad de imponer obligaciones rígidas sobre operadores privados. En ese contexto, forzar la inclusión de todas las señales abiertas en las grillas de cable bajo la idea de un ‘interés colectivo’ resulta, en muchos casos, una medida sobredimensionada.

Más aún, extender una eventual regulación *must carry* a toda la programación o a todos los titulares de señales implicaría asumir que todo contenido tiene el mismo valor social, lo cual es insostenible. Si realmente existiera un interés público legítimo detrás de algunos contenidos, lo primero debería ser identificar y clasificar cuáles de ellos cumplen ese rol. No obstante, esa tarea no es menor: ¿quién determina qué contenido es socialmente relevante? ¿En base a qué criterios? Abrir esa puerta nos lleva, inevitablemente a un terreno altamente político en el que la definición de **interés público** podría verse capturada por agendas particulares o subjetivas.

B. Desde un enfoque constitucional

Las propuestas normativas que buscan imponer un régimen *must carry* plantean serias tensiones con derechos fundamentales, en particular con la libertad de empresa y la libertad de contratación.

Imponer a los concesionarios la obligación de incluir señales abiertas en sus grillas, sin permitir una negociación libre con los titulares de dichas señales, supone una interferencia directa en la forma en que estos agentes organizan y gestionan su actividad económica.

De hecho, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 15 de la Sentencia 01405-2010-PA/TC, ha precisado que la libertad de empresa incluye no solo el acceso al mercado, sino también la libertad de dirección, planificación y organización de la actividad empresarial. Desde esta perspectiva, obligar a incorporar determinados contenidos de manera forzosa atentará contra esta facultad, reduciendo el margen de decisión estratégica de los concesionarios y afectando su autonomía operativa.

Asimismo, la libertad de contratación reconocida en nuestro orden constitucional garantiza que las relaciones jurídicas entre privados se formen voluntariamente y bajo parámetros de equilibrio y legalidad. Cuando el Estado impone condiciones que sustituyen la voluntad de las partes se vulnera este derecho. Si bien la Constitución admite que ciertos derechos pueden ser limitados por razones justificadas, tales restricciones deben estar respaldadas por una evidencia clara y objetiva de que la intervención estatal generará un beneficio general para la sociedad.

En el caso que nos ocupa, las propuestas legislativas no han presentado un diagnóstico técnico que sustente la necesidad de esta medida, ni se ha acreditado que el acceso a la información se vea restringido bajo el régimen actual de libre competencia. Por ello, no puede hablarse de una regulación razonable ni proporcional. La simple afirmación de que el *must carry* garantizará mayor acceso a contenidos informativos no basta para justificar una medida que limita derechos empresariales y contractuales protegidos por la Constitución.

En todo caso, una política pública que pretenda intervenir en este nivel debe demostrar que existe un problema real, generalizado y estructural en el acceso a los contenidos de señal abierta y que no existen medidas menos lesivas para alcanzar el mismo objetivo, lo cual no ha ocurrido. En ausencia de esta justificación, cualquier imposición como la que proponen los proyectos de ley analizados no solo carece de sustento, sino que resulta abiertamente incompatible con nuestro marco constitucional y los principios que rigen la actuación del Estado frente al mercado.

C. Desde un enfoque técnico

La implementación de un régimen *must carry* implicaría un incremento sustancial en los cos-

tos operativos de los concesionarios del servicio público de radiodifusión. Los concesionarios tendrían que reconfigurar sus parrillas de programación para incluir señales abiertas, lo que generaría un aumento en los costos fijos debido a la necesidad de gestionar más canales y, potencialmente, de adaptar infraestructuras y sistemas de distribución. Esta reconfiguración no solo afectaría la eficiencia operativa de los concesionarios, sino que también podría llevar a un ajuste al alza en las tarifas de los servicios, impactando directamente en la accesibilidad económica de los usuarios finales.

Desde un punto de vista económico, la imposición del *must carry* podría generar distorsiones competitivas en el mercado. Los operadores de televisión por suscripción verían reducida su flexibilidad para organizar su grilla de contenidos, lo que limitaría su capacidad de ofrecer paquetes atractivos basados en la demanda de los consumidores. Podríamos señalar que esto terminaría por afectar la rentabilidad de las empresas y desencadenar una reducción en la inversión en contenidos, dado que los concesionarios estarían obligados a priorizar contenidos no solicitados por el mercado.

Además, la falta de un marco claro para la negociación de contraprestaciones económicas por la retransmisión de señales abiertas incrementaría la incertidumbre en el mercado. Sin una estructura definida de compensación, los concesionarios podrían enfrentar costos imprevistos por el uso de las señales, lo que afectaría sus decisiones de inversión y su estrategia comercial. Este vacío normativo generaría un clima de inseguridad jurídica que ralentizaría el desarrollo y la competencia en el mercado de telecomunicaciones.

VI. CONCLUSIONES RESPECTO AL MODELO QUE LA REGULACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DEBE SEGUIR

Lejos de ser obsoleta, la discusión sobre la regulación de las telecomunicaciones —y dentro de ella, la radiodifusión— requiere una mirada crítica e informada que entienda las nuevas formas de consumo. El desafío regulatorio consiste, entonces, en saber cuándo intervenir, con qué intensidad y en qué medida, para que la intervención estatal no se convierta en un obstáculo a la innovación, pero tampoco en una renuncia a los fines sociales que dieron origen a este sector.

Así, sostenemos que la introducción de un régimen *must carry* en el Perú carece de un fundamento técnico y económico sólido. No existen estudios que demuestren un déficit real en el acceso a señales abiertas ni un problema estructural en la

provisión del servicio de televisión por suscripción que justifique una medida de estas características. En ausencia de un diagnóstico riguroso, imponer una obligación de retransmisión obligatoria se convierte en una intervención arbitraria que puede distorsionar las dinámicas del mercado de telecomunicaciones, específicamente el mercado de televisión.

Además, tal como mencionamos, desde el punto de vista operativo la inclusión forzosa de señales abiertas obligaría a los concesionarios a reconfigurar sus parrillas de programación, generando costos fijos adicionales. La necesidad de gestionar un mayor número de canales puede saturar la capacidad técnica de los sistemas de distribución y requerir inversiones imprevistas en infraestructura, decodificadores y soporte técnico, sin contar el impacto en la calidad del servicio al usuario. Estos sobrecostos no permanecerían en el ámbito empresarial. Al redistribuir recursos hacia la retransmisión de contenidos no solicitados por el mercado, los operadores se verían forzados a trasladar incrementos tarifarios a los consumidores. Adicionalmente, en un contexto donde la competencia con plataformas *over-the top* (en adelante, OTT) ya presiona los márgenes de los proveedores tradicionales, tal incremento podría acelerar la migración de abonados y, en última instancia, debilitaría la sostenibilidad financiera de los concesionarios.

La falta de delimitación de términos técnicos en las propuestas legislativas introduce riesgos de conflicto con la legislación de derechos de autor. Al no especificar claramente el alcance de las autorizaciones ni las condiciones de compensación, se crea un escenario de inseguridad jurídica para ambas partes, que podría derivar en litigios costosos y retrasos en la implementación de cualquier política pública.

Cada Estado tiene la libertad de diseñar sus propias políticas de radiodifusión, pero esas decisiones deben sustentarse en evidencia empírica y en un análisis de impacto riguroso. En el Perú, no se ha presentado información fiable que demuestre la necesidad de un *must carry*, ni se ha identificado un grupo de señales esenciales cuya ausencia en las grillas genere un perjuicio grave a la ciudadanía. Sin ese respaldo técnico, cualquier intervención normativa estaría mal planteada.

En conclusión, la adopción de un modelo *must carry* en el Perú resultaría inapropiada y contraproducente. Las limitaciones impuestas a la libertad de empresa y de contratación, junto con los costos operativos y el vacío técnico en la definición de sus obligaciones, hacen inviable su aplicación en nues-

tro mercado. En lugar de crear más regulaciones, es preferible explorar alternativas orientadas a fortalecer la competencia y la innovación, sin sacrificar los principios constitucionales ni la viabilidad económica del sector.

VII. UN NUEVO CAPÍTULO SE ESCRIBE: *MUST CARRY* EN EL PERÚ

Durante la etapa final de elaboración de este artículo, el Congreso de la República aprobó la Ley 32414, que reforma la Ley de Telecomunicaciones para incorporar, por vez primera, un régimen de *must carry* en el Perú. Esta norma se originó con el Proyecto de Ley 2844/2022-CR y, tras varias modificaciones de forma, ha terminado consolidando un modelo clásico de *must carry*, otorgando al titular de la señal el poder exclusivo de exigir al operador de 'TV paga' la inclusión de su contenido.

Tal como planteamos en este estudio, creemos que la instauración de un *must carry* puro carece de propósito social o técnico justificado. La Ley 32414 no delimita cuáles deben ser las señales de interés público ni tampoco establece criterios de selección basados en la naturaleza educativa, cultural o comunitaria de los contenidos. De este modo, equipara las señales meramente comerciales con las definidas en la Ley de Radio y Televisión como **radiodifusión educativa** —programación orientada al fomento de la educación, la cultura y el deporte— o **radiodifusión comunitaria** —contenidos que fortalecen la identidad de comunidades campesinas, nativas e indígenas—, desvirtuando el sentido de protección al usuario y apertura al pluralismo que históricamente esta figura ha tenido.

Un aspecto positivo que sí debemos resaltar de la Ley 32414 es que obliga al titular de la señal a asumir los costos adicionales que genere la retransmisión forzosa. Esta disposición introduce al menos un mecanismo para evitar que los operadores de 'TV paga' deban absorber inversiones no previstas en su plan de negocios. Asimismo, se ha excluido expresamente a los servicios de difusión directa por satélite. Ello, dado que estos operadores, al contar con acuerdos transnacionales y limitaciones técnicas inherentes a su tecnología, difícilmente podrían incorporar señales locales sin poner en riesgo contratos ya suscritos.

No obstante, estos matices resultan insuficientes para equilibrar la intervención regulatoria. La Ley 32414 refuerza un mandato absoluto al titular de la señal, sin otorgar contrapesos al operador ni métodos de negociación previa. En contraste, un modelo intermedio inspirado en el sistema chileno de *may carry* hubiera permitido conciliar libertad

contractual y protección de usuarios vulnerables (si es que lo hubiere): se obligaría únicamente a retransmitir un catálogo mínimo de señales esenciales y, al mismo tiempo, se dejaría en manos de las partes la negociación de contraprestaciones o ajustes técnicos.

Además, la ausencia de criterios de periodicidad o revisión supone otro vacío importante. La Ley 32414 no establece plazos ni mecanismos de evaluación, lo que podría derivar en una regulación obsoleta o desalineada con las dinámicas tecnológicas del mercado audiovisual. Si bien esta no es una herramienta habitualmente usada por nuestros legisladores, tratándose del mercado de las telecomunicaciones, sí resultaría importante disponer la periodicidad de las disposiciones dictadas sobre *must carry*.

Si bien valoramos las disposiciones sobre asunción de costos y la exclusión de TV satelital, la aprobación de la Ley 32414 consolida un *must carry* clásico y rígido que perpetúa los problemas que ya diagnosticamos en este artículo. Recomendamos considerar, en procesos de reglamentación y desarrollo de normas secundarias, la adopción de un enfoque proporcional y adaptable, tal como el modelo *may carry*, para garantizar un auténtico equilibrio entre interés público, libertad empresarial y protección de los usuarios. 🗣️

REFERENCIAS

- Bravo, F. (2014) Sobre la regulación del *Must-Carry* en Chile. *Revista Ius et Praxis*, 20(2), 525-554. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200016>
- Consejo Nacional de Televisión [CNTV] (2016). *Regulación para la Retransmisión de Televisión Abierta por Operadores de TV Paga (Must Carry)*. <https://cntv.cl/estudio-repositorio/regulacion-para-la-retransmision-de-television-abierta-por-operadores-de-tv-paga/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2015). *Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta, diversa, plural e inclusiva*. (Capítulo III del Informe Anual 2014 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión). https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Transici%C3%B3n_aTV_digital.pdf
- García-Pelayo, G. (1997) Las telecomunicaciones y la sociedad de la información en la unión europea. En Cremades, J. (Coord.), *Derecho de las Telecomunicaciones*, (pp. 287-306). Wolters Kluwer España: Ministerio de Fomento.

Lopatka, J. & Vita, M. (1998) The Must-Carry Decisions: Bad Law, Bad Economics. *Supreme Court Economic Review*, 28(6), 61-121. <https://doi.org/10.1086/scer.6.1147103>

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2025). *Directorio de concesionarios públicos*. Plataforma del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/322450-directorio-de-concesionariospublicos>

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) (2025). *Conexiones de TV paga a nivel nacional y penetración por hogares*. PUNKU. <https://punku.osiptel.gob.pe/>

Organización de Telecomunicaciones de Iberoamérica [OTI] (2016). *Regulación Must Carry-Must Offer*. <https://www.otitelecom.org/wp-content/uploads/2017/05/OTI-regulacion-MUST-CARRY-MUST-OFFER.pdf>

Salvador, M. (1998). *La libertad de la televisión, el modelo alemán* (1ra ed.). Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales (Cedecs).

Unión Internacional de Telecomunicaciones [UIT]. (2016). *Manual sobre la implantación de redes y sistemas de radiodifusión de televisión terrenal digital*. <https://www.itu.int/pub/R-HDB-63-2016>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 013-93-TCC, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de abril de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 017-2010-MTC, Decreto Supremo que aprueba el Plan Maestro para la Implementación de la Televisión Digital Terrestre, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de marzo de 2010 (Perú).

Directiva 95/51/CE de la Comisión Europea, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados, Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], 18 de octubre de 1995 (Unión Europea) [Derogada].

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa al

acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso), Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], 7 de marzo de 2002, (Unión Europea) [Derogada].

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Servicio Universal), Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], 24 de abril de 2002 (Unión Europea) [Modificada].

Directiva 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], 24 de abril de 2002 (Unión Europea).

Ley 20.750, Ley que permite la Introducción de la Televisión Digital Terrestre, Diario Oficial [D.O.], 29 de mayo de 2014, (Chile).

Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de julio de 2004 (Perú).

Ley 32414, Ley que modifica el Decreto Legislativo 702, que aprueba las normas que regulan la promoción de inversión privada en telecomunicaciones, para promover el cumplimiento de los fines establecidos del servicio de radiodifusión, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de julio de 2025 (Perú).

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Diario Oficial de la Federación, 14 de julio de 2014 (México).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), 8 de marzo de 2018, Normas para la Prestación del Servicio de Televisión de Paga, aprobadas por Resolución 064-2018-CD/OSIPTEL (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), 16 de junio de 2022, Texto Único Ordenado del Reglamento para la Atención de Gestiones y Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución 099-2022-CD/OSIPTEL (Perú)

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), 5 de octubre de 2022, Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones,

aprobada por Resolución 172-2022-CD/OSIP-TEL (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), 11 de noviembre de 2022, Informe 0300-OAJ/2022, Opinión sobre el Proyecto de Ley 2844/2022-CR. (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), 30 de agosto de 2024, Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución 214-2024-CD/OSIP-TEL. (Perú)

Proyecto de Ley 11124/2004-CR, Proyecto de Ley que incorpora el artículo 22-A a la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión, sobre el servicio de distribución de radiodifusión por cable, 10 de agosto de 2004 (Perú).

Proyecto de Ley 11320/2004-CR, Proyecto de Ley que modifica el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, fijando a los canales de televisión abierta en el

servicio de televisión por cable, 3 de setiembre de 2004 (Perú).

Proyecto de Ley 6392/2020-CR, Proyecto de Ley que propone Ley que garantiza el acceso de información y contenido de televisión abierta a los usuarios del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, 8 de octubre de 2020 (Perú)

Proyecto de Ley 0966/2021-CR, Proyecto de Ley que propone Ley que garantiza el acceso de información y contenido de televisión abierta a los usuarios del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, 13 de diciembre de 2021 (Perú)

Proyecto de Ley 2844/2022-CR, Proyecto de Ley que propone Ley que incorpora los artículos 21-A y 21-B al Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, 18 de agosto de 2022 (Perú)

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de diciembre de 2010, Sentencia 01405-2010-PA/TC (Perú).

EL DILEMA DE LOS PEAJES EN LOS CAMINOS DIGITALES: EL FAIR SHARE O CONTRIBUCIÓN JUSTA POR UN USO EFECTIVO DE LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES

THE TOLL DILEMMA ON DIGITAL ROADS: FAIR SHARE FOR EFFECTIVE USE OF TELECOMMUNICATIONS NETWORKS

Virginia Nakagawa Morales*
Pontificia Universidad Católica del Perú

In a sort of 'chronicle of a death foretold' the increasing intensive use of digital networks (telecommunications networks) by (i) all users, who obviously 'pay their toll' and (ii) those who use them but 'do not pay their toll' has generated a heated debate. This is because the current environment leaves no room for inefficiencies. The telecommunications industry, both nationally and internationally, is reshaping its strategies to achieve sustainability and responding to the challenge it faces with new services that are the product of new technological needs and a different competitive dynamic. You can't hide the sun with your hands. This is a concrete reality we must face.

This leads us to ask: What is going on? Are there really inefficiencies in this extraordinary mass of data traffic that has grown exponentially, saturating networks and requiring greater investments in infrastructure in the communications sector?

KEYWORDS: Fair Share; OTT; data traffic; telecommunications infrastructure.

En una suerte de 'crónica de una muerte anunciada', el incremento del uso intensivo de los caminos digitales (redes de telecomunicaciones), por parte de (i) todos los usuarios de las mismas y que obviamente 'pagan su peaje'; y (ii) de quienes las usan, pero 'no pagan su peaje', ha generado un fuerte debate. Esto porque el actual entorno no deja espacio para ineficiencias. La industria de telecomunicaciones a nivel nacional e internacional se encuentra remodelando sus estrategias para lograr ser sostenible y responder al reto que enfrentan con los nuevos servicios que son productos de las nuevas necesidades tecnológicas y de una dinámica competitiva distinta. No se puede tapar el sol con las manos. Esta es una realidad concreta que debemos enfrentar.

Esto lleva a preguntarnos: ¿qué es lo que está pasando? ¿En realidad existen ineficiencias en esa masa extraordinaria de tráfico de datos que en forma exponencial ha crecido, saturando redes y requiriendo mayores inversiones en infraestructura en el sector de las comunicaciones?

PALABRAS CLAVE: Contribución justa; OTT; tráfico de datos; infraestructura de telecomunicaciones.

* Abogada. Ha desempeñado cargos de dirección en empresas de telecomunicaciones, tanto en Perú como en Ecuador. En el sector público, ha laborado en el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, y ha ocupado el cargo de directora general de Concesiones en Transportes, así como, ha sido Viceministra de Comunicaciones; ambos cargos en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Árbitra. Socia Senior de Nakagawa Consultores Regulatorios (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4080-3707>. Contacto: virginia@nakagawa.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 17 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 16 de mayo de 2025.

I. DEFINICIÓN DE GRANDES GENERADORES DE TRÁFICO

El aumento en las redes de comunicaciones (redes móviles y de fibra óptica) ha generado un cambio importante en la dinámica competitiva con la aparición de los Grandes Generadores de Tráfico (en adelante, GGT) u *Over-the-top* (en adelante, OTT). Como sabemos, las OTT son plataformas digitales que brindan directamente servicios multimedia a los usuarios mediante la red de internet.

Las OTT hacen uso de la infraestructura de redes con la finalidad de que su contenido sea transmitido por los proveedores de servicios de internet o concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones¹ al usuario final. De acuerdo con Lancaster y Green:

Over-the-top (OTT) services is the buzz-expression for services carried over the networks, delivering value to customers, but without any carrier service provider being involved in planning, selling, provisioning, or servicing them – and of course without any traditional telco booking revenue directly from them². (2006, p. 2)

Por su parte, Dairo y Szücs (2021) señalan que “many of the OTT players are multinational firms that operate across the world without a physical presence in the countries where they generate millions of dollars in digital advertising revenue” (p. 557)³.

II. INCREMENTO DE TRÁFICO DE DATOS A NIVEL INTERNACIONAL

Estos **nuevos** jugadores en el **mercado** han generado que el tráfico de datos (tanto en el mercado internacional como nacional) haya crecido en forma exponencial y permanente, sin que los operadores

o concesionarios de redes de telecomunicaciones –por sobre cuya infraestructura se transporta dichos datos– hayan tenido participación en el planeamiento, diseño o, tan siquiera, en la información oportuna que les permita hacer proyecciones de crecimiento de redes, como es indispensable en la industria de estas.

Así pues, en el mercado internacional, y según Global Internet Phenomena Report, Sandvine (2024) señaló que ‘MAMAAN’ (acrónimo de los seis gigantes tecnológicos que generan el mayor tráfico de datos en el mundo, esto es, Microsoft, Alphabet, Meta, Amazon, Apple y Netflix) “generates more than half of all Internet traffic across Fixed and Mobile networks” (p. 5)⁴. A su vez, se reportó que, en redes móviles, Meta generó un 22% de tráfico de Internet, Alphabet 20%, TikTok 12%, Netflix y Apple 5%, Microsoft y Disney 2%, y Amazon 1%; mientras que, en redes fijas, Alphabet generó un 18%, Meta 11%, Netflix 9%, Microsoft 7%, TikTok y Apple 6%, Amazon 5% y Disney 4% (p. 6).

Respecto del aumento en el número de usuarios de las plataformas digitales, se ha podido determinar que “the average total usage across the world’s 6.4 billion mobile subscriptions and 1.4 billion fixed connections is approximately 33 Exabytes per day, with per-subscriber usage of about 4.2 GB per day” (Sandvine, 2024, p. 6)⁵. Definitivamente, un gran porcentaje del tráfico de datos en el mundo le corresponde a las OTT.

Por su parte, en América Latina se registra la misma tendencia. En efecto, conforme a los datos proporcionados por Global System for Mobile Communications Association⁶ (en adelante, GSMA) (2024a):

Los tres principales generadores de tráfico en la región, Meta, Alphabet y TikTok, generaron

¹ En el Perú, el título habilitante para prestar servicios públicos de telecomunicaciones es la ‘concesión’, la cual se define como:

Artículo 47.- Llámase concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones. El Ministerio otorgará concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de la denominación de éstos contenida en esta Ley o en su Reglamento, con excepción de la concesión para Operador Independiente [...].

Régimen aparte, es el relacionado a los servicios de valor añadido como es el ‘acceso a internet’, que solo requiere de inscripción en el registro correspondiente.

Decreto Supremo 013-93-TCC. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

² Los servicios “OTT” son la expresión de moda para los servicios transportados a través de las redes que ofrecen valor a los clientes pero sin que ningún proveedor de servicios intervenga en su planificación, venta, suministro o servicio y, por supuesto, sin que ninguna empresa de telecomunicaciones tradicional obtenga ingresos directamente de ellos [traducción libre].

³ Muchos los GTT son empresas multinacionales que operan en todo el mundo sin una presencia física en los países donde generan millones de dólares en ingresos por publicidad digital [traducción libre].

⁴ Genera más de la mitad de todo el tráfico de internet en redes fijas y móviles [traducción libre].

⁵ El uso total promedio entre los 6 400 millones de suscripciones móviles y los 1 400 millones de conexiones fijas del mundo es de aproximadamente 33 exabytes por día, con un uso por suscriptor de aproximadamente 4.2 GB por día [traducción libre].

⁶ GSMA Latin America representa los intereses de los operadores de redes móviles en toda la región.

más del 70% del total de tráfico en descarga en 2024 [...]. Meta lideró la generación de tráfico de descarga sobre las redes móviles, concentrando alrededor del 50% en 2024 y casi triplicando el tráfico generado por el segundo proveedor (Alphabet). (p. 13)

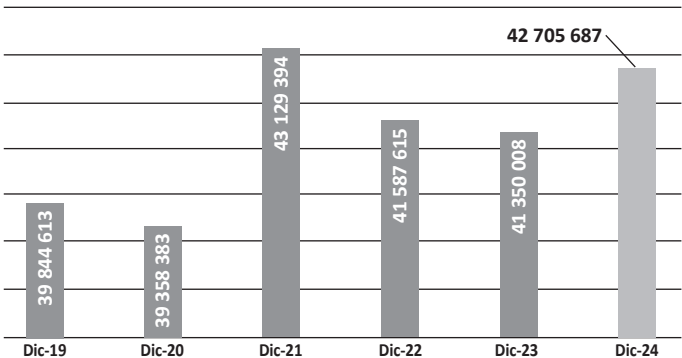
A su vez, GSMA proyecta una evolución hacia el 2030 en América Latina en la que se evidencia que el crecimiento sigue.

III. INCREMENTO DE TRÁFICO DE DATOS A NIVEL NACIONAL

En el caso de Perú, resultan relevantes los reportes del Organismo Supervisor de Inversión Privada

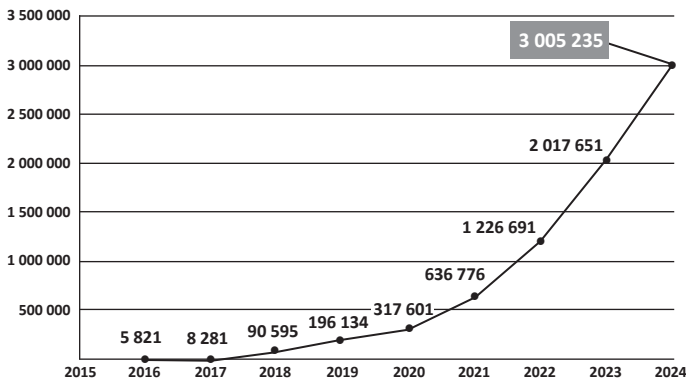
en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) PUNKU⁷ - Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ERESTEL), así como la Encuesta Nacional de Hogares (en adelante, ENAHO), para poder darnos cuenta de cómo están evolucionando las redes de fibra óptica y las redes móviles, y de cómo se está repartiendo la capacidad de transporte de datos que se cursan por las mismas. Como se desprende de los siguientes cuadros, el crecimiento en líneas móviles es sostenido, así como ha habido un interesante crecimiento en las redes de fibra óptica en los últimos años:

Figura 1: Evolución de líneas móviles en el servicio



Fuente: PUNKU-Osiptel (2025).

Figura 2: Evolución de conexiones de internet fijo de fibra óptica



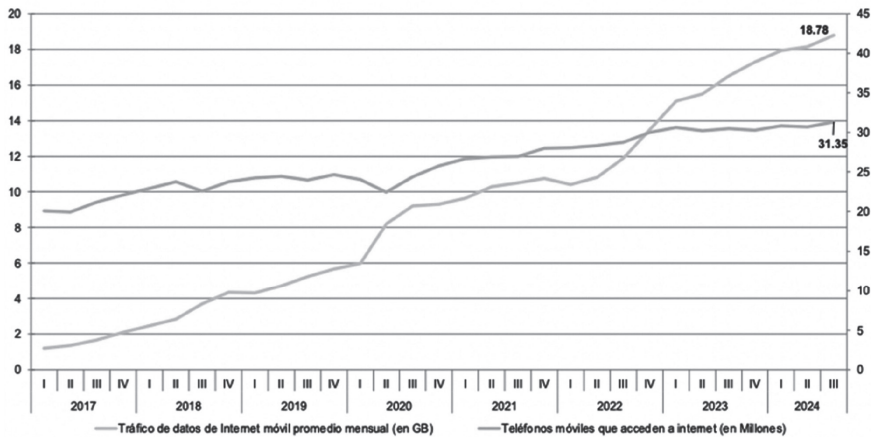
Fuente: PUNKU-Osiptel (2025).

Frente al crecimiento del número de líneas móviles, por ejemplo, podemos evaluar cómo ha sido el incremento en el tráfico de internet. Se evidencia que el crecimiento ha sido tanto en la cantidad

de teléfonos como también en la evolución del tráfico cursado, en el cual ya hablamos en millones de terabytes.

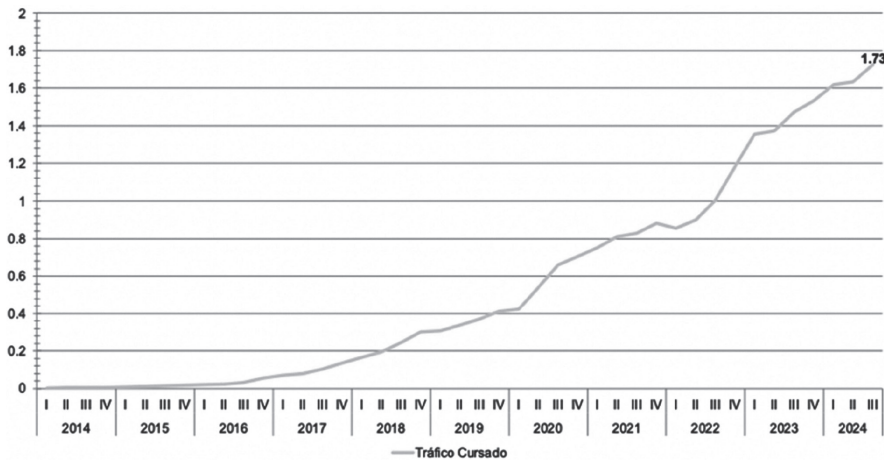
⁷ PUNKU es una herramienta informática diseñada por Osiptel que permite al público en general, acceder a diversa información actualizada sobre el sector telecomunicaciones en el Perú.

Figura 3: Promedio mensual de tráfico de datos móviles y número de teléfonos móviles que accedieron a internet



Fuente: Osipitel (2024).

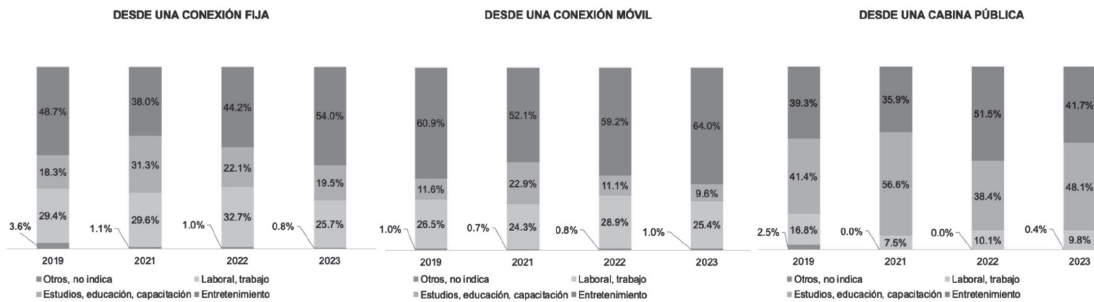
Figura 4: Evolución del tráfico cursado de internet móvil (en millones de terabytes)



Fuente: Osipitel (2024).

Ahora bien, veamos qué datos se están transportando p"or estas redes:

Figura 5. Perú: Finalidad de las Formas de Uso de Internet según Tipo de Conexión, 2019-2023⁸



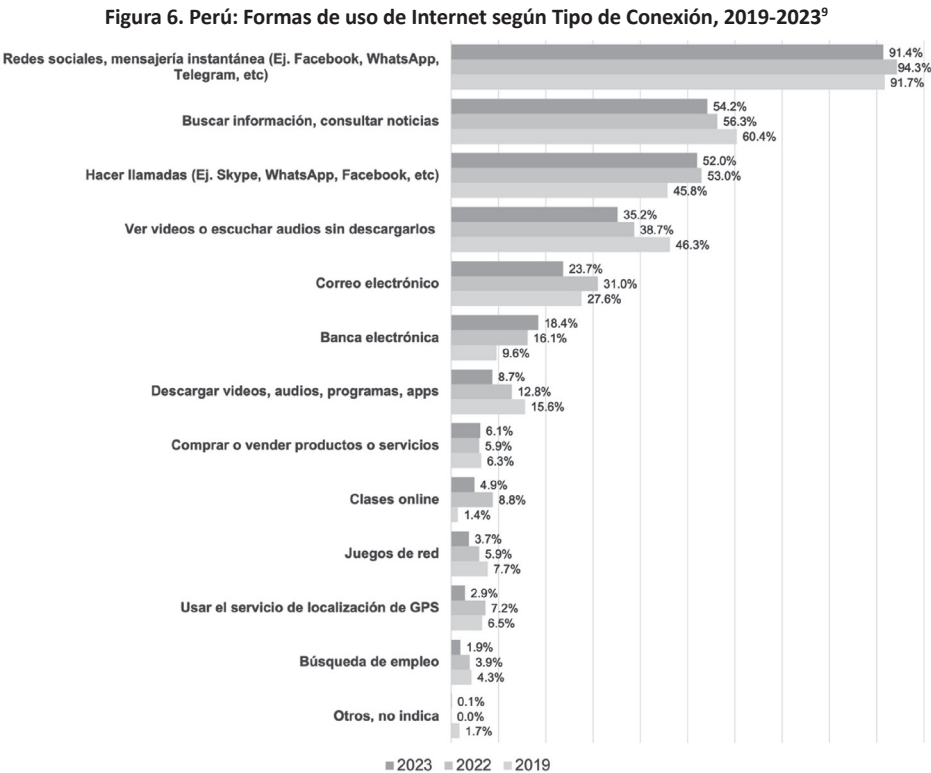
Fuente: Osipitel-ERESTEL (2024).

Como se evidencia en las formas de uso de internet, hasta el 2023, el uso de internet para propósitos de entretenimiento se consolidó como la

principal finalidad entre los usuarios conectados desde una conexión fija y móvil.

⁸ Sobre la base del total de personas de doce años de edad a más que declararon usar internet.

Más ilustrador y gráfico resulta la siguiente figura:



Por su parte, de acuerdo con el Reporte de Consumo de *Streaming* en América Latina 2024¹⁰, elaborado sobre la base del estudio desarrollado por Sherlock Communications, el consumo promedio de *streaming* por día de los peruanos es **de tres**

horas, lo que evidencia una alta penetración. A su vez, es relevante observar (i) qué tipos de contenidos se consumen más en las plataformas de *streaming*; y (ii) qué hacen los encuestados mientras están conectados al *streaming*:

Figura 7: Tiempo de consumo de *streaming*

Territorio	Tiempo promedio de consumo de <i>streaming</i> por día	PERÚ	¿Qué tipo de contenidos consumes más en las plataformas de <i>streaming</i> ?	
Argentina	3.2 horas		Series y películas	53%
Brasil	3.3 horas		Música	17%
Chile	3 horas		Deportes	8%
Colombia	3.2 horas		Podcasts	4%
México	3.4 horas		Reality show	2%
Perú	3 horas		Otros	3%
Latam	3.2 horas		No consume	3%

Fuente: Sherlock Communications (s.f.).

Por lo tanto, la conectividad está creciendo, y el tráfico de datos también está incrementando ex-

ponencialmente, sometiendo a una fuerte presión a las redes de comunicaciones. Asimismo, en el

⁹ Sobre la base del total de personas de doce años de edad a más que declararon usar internet.
¹⁰ Véase a Sherlock Communications en Netflix, ¿continúa siendo la principal opción para los latinoamericanos? ¿Cómo han evolucionado los hábitos de consumo de streaming en la región en los últimos años? (s.f.).

Perú, se aprecia que el factor ‘entretenimiento’ se consolida fuertemente e, incluso, se observa que

en el *streaming* se suele realizar varias actividades simultáneamente:

Figura 8: Mientras ves películas y series en *streaming*, ¿realizas alguna de estas otras actividades?

Perú	Cocinar	35%	Pasatiempos creativos como las manualidades	12%
	Chateo con familiares y amigos	32%	Hacer <i>scroll</i> o hablar/enviar mensajes por teléfono	10%
	Organizar / ordenar la casa	31%	Hacer el amor/tener sexo	10%
	Hacer ejercicio	27%	Leer	9%
	Ninguna de todas, centro toda mi atención en lo que estoy viendo	21%	Otras, por favor, especifica	9%
	Trabajar con otros dispositivos	16%	-	-

Fuente: Sherlock Communications (s.f.).

De acuerdo con los datos consignados en las gráficas anteriores, en este nuevo escenario, el crecimiento de las OTT ha generado muchos nuevos servicios a favor de los usuarios (lo que es saludable), pero ha ocasionado, a su vez, una fuerte presión hacia los concesionarios de telecomunicaciones (los operadores), quienes deben cargar con los costos de la expansión de las redes de comunicaciones (y su mantenimiento). Esto no tendría ningún inconveniente si no fuera porque existen (i) ineficiencias en el tráfico que se debe cursar por dichas redes; (ii) una eventual reducción de la demanda y la consiguiente disminución de los ingresos de los operadores (eventuales servicios sustitutos, por ejemplo); y (iii) un gran desbalance entre la presión regulatoria y los sobre costos que ello conlleva.

Para poder clarificar mejor cómo se están repartiendo los costos, debemos entender previamente lo que es un ‘mercado de dos caras’.

IV. MERCADO DE DOS CARAS

Los usuarios finales son aquellos que contratan un servicio móvil (Claro, Movistar, Entel o Bitel), un servicio fijo (GTD, Movistar, por ejemplo) o un servicio de acceso a internet, ya sea a una empresa concesionaria (operador) o a un proveedor de servicios de acceso a internet, respectivamente, para posteriormente acceder a los contenidos de diversas plataformas digitales, en su mayoría OTT.

Por otro lado, existen plataformas como Netflix, Amazon Prime Video y Disney, entre otros, que ofrecen a sus ‘usuarios’ —a cambio de un pago— acceder a sus contenidos. A su vez, existen plataformas como YouTube, Google, Facebook y TikTok que son de acceso gratuito para el usuario final, debido a que sus mayores fuentes de ingresos son brindar publicidad o servicios de pago (Google Ads, Google Cloud, YouTube Premium).

En esta relación entre usuarios y proveedores de contenido se muestra la figura de un ‘mercado de dos caras’. Los usuarios finales usan las redes de telecomunicaciones para poder acceder al contenido de estas plataformas. Del mismo modo, las plataformas emplean las redes para poder llegar al usuario final (GSMA, 2024b). Ambos actores tienen diferentes intereses; sin embargo, comparten una misma necesidad: acceder a la red. **El punto conflictivo radica en que las OTT no pagan a los operadores por el uso que hacen de sus redes, ni tienen incentivos para controlar el uso ineficiente que se está configurando sobre las mismas.**

En beneficio de la mayor transparencia, veamos los ejemplos de ‘mercado de dos caras’ planteados por GSMA. Por ejemplo, se da en el caso de las tarjetas de crédito, debido a que “los consumidores extraen valor de ser capaces de pagar con su tarjeta de crédito y los vendedores pueden acceder a más consumidores al aceptar pagos financiados por las empresas de tarjetas de crédito” (2024b, p. 15). En esa misma línea, en el escenario de las empresas editoriales, “los lectores obtienen acceso a contenido y clasificados, mientras que los anunciantes pueden hacer llegar sus ofertas a posibles clientes” (p. 15). Como se puede observar, en estos dos casos, existe un ‘medio’ el cual es empleado tanto por usuarios, consumidores y lectores como por proveedores, vendedores y anunciantes, para beneficiarse de su uso y satisfacer sus intereses o necesidades. Apparentemente esto solo resulta beneficioso para ambas partes; sin embargo, frente a esta figura de ‘mercado de dos caras’ surge la siguiente pregunta: ¿quién o quiénes tendrían la obligación de pagar por el uso de este ‘medio’?

La implementación de un sistema de cobros por el uso de este ‘medio’ dependerá de las características propias de cada mercado.

En términos económicos sencillos, a quién le cobra el intermediario (la editorial o el operador de red¹¹) depende del valor relativo que aporta un consumidor más o un contenido o servicio adicional al conjunto existente de lectores y anunciantes. (GSMA, 2024b, p. 15)

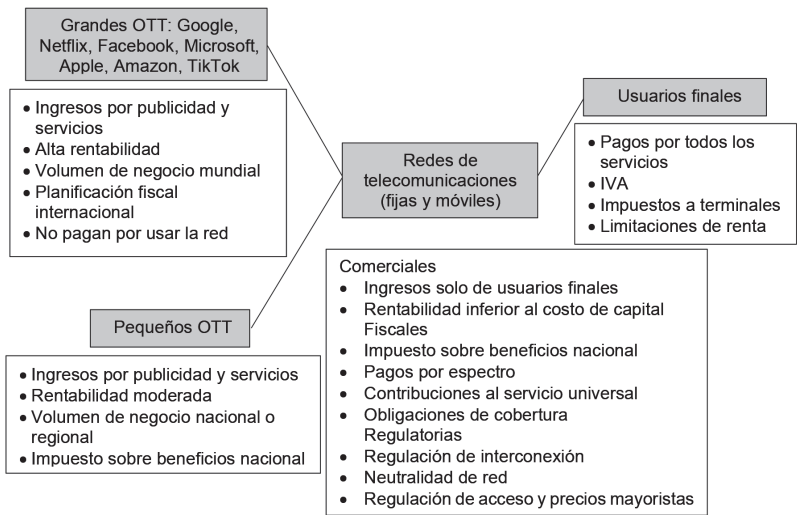
En el mercado de las telecomunicaciones, tanto usuarios como proveedores de contenido hacen uso de la infraestructura de red (ya sea directa o indirectamente) para llegar al otro. Por lo tanto, las concesionarias podrían optar por cobrar únicamente a los usuarios o a los proveedores de contenido –o a ambas partes–, lo cual no implicaría que exista un doble cobro por un mismo servicio anteriormente pagado. Un ejemplo de evolución del ‘mercado de dos caras’ se dio en el Perú con el *Calling Party Pays* en el servicio móvil, en el que antes se pagaba por las llamadas efectuadas y recibidas, y posteriormente se pasó a un sistema por el que se paga solo por las llamadas efectuadas, lo que dinamizó el mercado móvil peruano.

Por otro lado, es de conocimiento público que las redes de telecomunicaciones son intensivas en

inversión (los terribles costos hundidos). Hemos visto líneas arriba que existe una mayor cantidad de tráfico que se cursan por las redes de telecomunicaciones por parte de las OTT. La nueva dinámica competitiva ha generado una mayor demanda en nuevos servicios, mayor velocidad, baja latencia, entre otros *skills*, y se pretende que las operadoras sigan invirtiendo en incrementar y mantener sus redes, pero a las OTT –que usan intensivamente dichas redes– no se les imputa ningún cargo por usarlas, a pesar de que cobran por su contenido al usuario final (pagando el costo mensual de Netflix, por ejemplo) o cobran a los que publicitan en sus contenidos (basta con ver la publicidad que se transmite en Meta o YouTube, por ejemplo).

Las asimetrías existentes en Latinoamérica se reflejan claramente en el siguiente cuadro de un informe de National Economic Research Associates (en adelante, NERA¹²), en el que resulta evidente que los que no son afectados con cargas son las OTT, mientras que las operadoras e, incluso, los usuarios finales sí soportan cargas:

Figura 9: Asimetrías en los mercados latinoamericanos de internet



Fuente: NERA Economic Consulting (2023).

V. OPERADORES TRADICIONALES Y EL DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA

Es relevante tener en cuenta que en Europa, la European Telecommunications Network Operators’ Association (en adelante, ETNO)¹³ señaló que:

[...] telecoms operators invested €56.3 billion in digital infrastructure (mostly access networks) in 2021, while CAPs¹⁴ invested roughly €1 billion in infrastructure such as large international/undersea routes, peering, transit and caching. The remainder of CAPs’ digital

¹¹ Entiéndase ‘operador de red’ como empresa concesionaria.

¹² Véase a NERA Economic Consulting en Implicaciones de la concentración de tráfico IP en OTT y las posibilidades de su contribución al desarrollo (2023).

¹³ Véase a ETNO en State of Digital Communications (2023).

¹⁴ Content Application Providers (CAPs) o proveedores de aplicaciones de contenido.

infrastructure investment (around €16 billion) was devoted to data centers. (2023, p. 5)¹⁵

La cantidad de inversión que se requiere para lograr la conectividad digital y la capacidad de transmitir los datos que la nueva dinámica competitiva implica es impresionante.

De acuerdo con GSMA (2024a):

[...] a nivel global las redes móviles transmiten 1.300 exabytes (EB) por año. Para 2030 esa cantidad se multiplicará por 4x, alcanzando los 5.400 exabytes (EB) anuales. Además, el incremento del volumen de tráfico superará consistentemente en todos los años al nivel de crecimiento del año anterior. (p. 5)

Al respecto, se precisa que existe una necesidad de ampliar la capacidad de las redes móviles y, en consecuencia, los costos de inversión en la infraestructura de redes se incrementarán, llevando a las concesionarias a elevar sus gastos de inversión.

En el caso de Perú, de acuerdo con Osiptel: “el monto invertido por las empresas operadoras alcanzó los S/ 3 867 millones en el año 2023, superior a los S/ 3 412 millones del 2022” (2024, p. 1). Es de advertir que Perú se encuentra aún con una gran brecha de infraestructura, especialmente en zonas rurales y de preferente interés social. Habiéndose realizado, por parte del Estado, una gran inversión para el crecimiento de las redes de fibra óptica (Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y Proyectos Regionales, que tienen componente de transporte y acceso); sin embargo, a la fecha, aún no se conoce cuál será el modelo final del régimen de banda ancha que se implementará. Así las cosas, lo que podemos afirmar en el estado actual es que esta fuerte inversión y apuesta por la fibra óptica no debe tener como objetivo escenarios de tráfico ineficiente o no deseado.

Por otro lado, y de acuerdo con Colangelo (2023), las OTT alegan que realizan contribuciones a la infraestructura como las “content delivery networks, data centres, undersea cables, and satellites” (p. 223)¹⁶. La postura de las OTT es que, además, el contenido que generan para los usuarios finales beneficia a los proveedores de servicios de internet y a las concesionarias, al incentivar a los usuarios a pagar por el servicio de internet con la finalidad de poder acceder a las plataformas. Sin embargo,

nótese que existe una amplia diferencia entre los montos invertidos por las concesionarias en la infraestructura de redes en relación con las inversiones realizadas por los proveedores de contenido.

A mayor abundamiento, la tesis de las OTT sostiene que, al hacer más ‘atractivo’ el contenido, los usuarios contratan más internet a los proveedores de servicios del mismo como a las concesionarias en telecomunicaciones, con lo que postulan la existencia de un ‘círculo virtuoso’ de beneficios para todas las partes. No obstante, no existe evidencia que sustente esta postulación y, a su vez, el cargar las redes con publicidad no deseada o no solicitada no es eficiente ni razonable, lo cual está restando capacidad de red a quienes desean acceder a la teleeducación, teletrabajo o, en fin, pasar de un internet de consumo a un internet de la producción.

VI. CONCEPTO DE *FAIR SHARE*

Así las cosas, en el sector de las telecomunicaciones aparece el necesario debate sobre el *Fair Share* o ‘contribución justa’, que plantea la imposición de un pago a las OTT por el uso efectivo de la infraestructura de redes de comunicaciones. Esto con la finalidad de establecer una contribución equitativa junto con las concesionarias, frente a un constante incremento del tráfico de datos; es decir, quien usa debe pagar por dicho uso.

Al igual que en una carretera, se debe pagar el peaje si se quiere contar con una en la que se pueda circular tranquilamente, en las comunicaciones, es lo mismo: si se quiere circular por los caminos digitales, se debe pagar por dicho uso. En una segunda fase, se podrá debatir el monto con los sustentos económicos del caso, pero lo que no se debe permitir es que el ‘lonche gratis’ sea sufragado por los ‘no conectados’, ya que las concesionarias deberán usar sus recursos para aumentar la capacidad de transmisión y procesamiento de datos en las redes existentes. Esto con el fin de poder cumplir con los indicadores de calidad que la regulación les impone y, además, para poder responder a la dinámica competitiva, en lugar de destinar esos recursos en desplegar redes hacia zonas no atendidas (es decir, llegar a los no conectados). En términos simples, queda claro que los usuarios ‘no conectados’ son los que están apoyando el negocio de empresas como Netflix, Amazon Prime Video, Disney, YouTube, Google, Meta, TikTok, entre otros.

¹⁵ Los operadores de telecomunicaciones invirtieron 56 300 millones de euros en infraestructura digital (principalmente redes de acceso) en 2021, mientras que los CAP invirtieron aproximadamente 1000 millones de euros en infraestructura como grandes rutas internacionales/submarinas, interconexión, tránsito y almacenamiento en caché. El resto de la inversión en infraestructura digital de los CAP (unos 16 000 millones de euros) se destinó a centros de datos [traducción libre].

¹⁶ Redes de distribución de contenidos, centros de datos, cables submarinos y satélites [traducción libre].

En suma, dado que en la actualidad las concesionarias invierten en el despliegue de la infraestructura de redes, así como en su operación, mantenimiento y mejora tecnológica permanente a fin de mantener una red eficiente y poder competir en el mercado, la propuesta del *Fair Share* consiste en que las OTT aporten, a su vez, para el mantenimiento de la infraestructura de redes sobre la base del uso efectivo que realizan para brindar sus servicios. Esto resultará beneficioso no solo para las concesionarias y las OTT, sino también para el usuario final, y demás actores de la red.

De acuerdo con Borjón y González (2023):

El *Fair Share*, entendido como la eventual imposición sobre las plataformas digitales, de una contribución asociada con el acceso a internet involucra una diversidad de discusiones asociadas no sólo con los costos de la infraestructura de las telecomunicaciones, sino también los niveles de digitalización de las sociedades, las decisiones de consumo de los usuarios y la sostenibilidad de la conectividad a Internet. (p. 14)

Este raciocinio, sin duda, es más que relevante. Ahora bien, que no se malentienda: no se trata de imponer contribuciones injustas o impuestos anti-técnicos; simplemente se trata de la aplicación de un principio básico que, en situaciones donde una persona se beneficia injustamente del uso de un bien ajeno sin compensación, permite recurrir a conceptos como el *'unjust enrichment'* (enriquecimiento injusto) para exigir el pago correspondiente.

VII. DEBATE DEL FAIR SHARE EN EL MERCADO EUROPEO

Es importante tener presente cómo nace este interesante debate sobre el *Fair Share*. El 23 de febrero de 2023, la Comisión Europea planteó en mesa de debate una consulta exploratoria denominada Exploratory Consultation on the Future of the Electronic Communications Sector and its Infrastructure, con el objetivo de recabar comentarios, aportes u opiniones respecto del sector de las telecomunicaciones y la transformación digital en Europa. Específicamente, busca abordar “the technological and market developments, fairness for consumers,

barriers to the Single Market and the fair contribution by all digital players benefitting from the digital transformation” (p. 1)¹⁷ ¹⁸.

En primer lugar, respecto del tráfico de datos, se estimó que este incrementará a una tasa de crecimiento anual compuesta del 21% al 30% hasta el año 2030. Al respecto, casi el 50% de contribuyentes de la consulta exploratoria indicaron aumentos en el tráfico, principalmente proveedores de redes de comunicaciones electrónicas¹⁹, y señalaron a Netflix como el mayor generador de tráfico de datos, seguido por Facebook, Google y TikTok. En ese sentido, los proveedores de redes propusieron que se configure como OTT a “companies that account for more than 5% of an operator’s yearly average busy-hour traffic (measured at company/national level)” (p. 16)²⁰. Sin embargo, los proveedores de contenido consideraron errónea e inviable la propuesta de establecer una política de tarifas en relación con la generación de tráfico. Las asociaciones empresariales señalaron que la calificación de los OTT conforme a lo propuesto por los proveedores de redes y la imposición de un pago de tarifas por el uso de la infraestructura de red “is not a future-proof approach” (p. 16)²¹.

Para los proveedores de redes, la implementación de un sistema de pago por el uso de la red implicaría, como primer punto, tomar en consideración la importancia de introducir una obligación de negociar junto con las OTT. Frente a una negociación, como segundo punto, se deberá implementar un mecanismo de resolución de conflictos en caso de que surja un desacuerdo o controversia entre ambas partes. Finalmente, como tercer punto, se deberá introducir una herramienta de control de precios, a fin de no generar obligaciones de pago excesivas o desproporcionadas.

La mayoría de las contribuyentes de la consulta señalaron que, frente a una posible implementación del sistema, las OTT deberán ser las principales aportantes al mismo. Por otro lado, un sector de contribuyentes propuso establecer como requisitos para identificar a las plataformas que configuran como OTT a “only those with, e.g. a minimum of 100 million users; annual revenues exceeding EUR 10 billion; those responsible for 5% or more

¹⁷ Los desarrollos tecnológicos y de mercado, la equidad para los consumidores, los obstáculos al mercado único y la contribución justa de todos los actores digitales que se benefician de la transformación digital [traducción libre].

¹⁸ Véase a la Comisión Europea en Exploratory Consultation on the Future of the Electronic Communications Sector and its Infrastructure: Summary Report on the results of the exploratory consultation (2023).

¹⁹ Entiéndase ‘proveedores de redes de comunicaciones electrónicas’ como concesionarias.

²⁰ Empresas que representan más del 5% del tráfico promedio anual en horas pico de un operador (medido a nivel de empresa/nacional) [traducción libre].

²¹ No es un enfoque a prueba de futuro [traducción libre].

of total network capacity, 5% of peak hour bandwidth, or 10% of peak time traffic”²² (p. 18).

En segundo lugar, se planteó que las contribuciones que se efectúan a los proveedores de redes varíen en cada Estado miembro de la Unión Europea. En el caso de Bélgica y Alemania, se planteó un incremento en las tarifas por el tránsito e interconexión de redes. No obstante, en el caso de Austria, Francia, Italia, Letonia, Noruega y España, los proveedores de redes indicaron la existencia de una reducción en el cobro de las tarifas, y prevén una disminución continua del precio de las mismas, lo cual evitaría un potencial ingreso de los aportes derivados de su cobro por la generación de tráfico de datos. Por lo que, mientras este tráfico continúa incrementando y saturando la red, los costos de inversión para la mejora de la infraestructura no son proporcionales a los ingresos de las tarifas por el uso de la red, generando pérdidas en los proveedores de estas. Cabe precisar que las inversiones que realizan los proveedores son de carácter prioritario, a fin de mantener una red segura y eficiente; por lo tanto, el incremento en la generación de tráfico de datos representa una amenaza constante para su economía.

En ese sentido, se determinaron cuáles son los costos de inversión en infraestructura de red por parte de los proveedores de redes. La mayoría de los contribuyentes de la consulta exploratoria señalaron que el tráfico amerita aproximadamente una inversión de hasta el 50% de sus ingresos anuales. Por su lado, la mayoría de los proveedores estimaron que cada uno necesitaría realizar una inversión anual de 200 millones de euros. El 50% de los encuestados señalaron que anualmente invierten un millón de euros, el 30% invierte más de 90 millones de euros, y 9 encuestados indicaron una inversión de 1 000 millones de euros. En el periodo 2017-2021, una de las asociaciones empresariales conformada por proveedores de redes señaló que las inversiones en infraestructura realizadas ascendieron a 258 millones de euros. Otra asociación empresarial indicó un incremento a una tasa de crecimiento anual compuesta de 3.9% en los gastos de los proveedores de redes para la actualización de la infraestructura. Asimismo, la Comisión Europea evaluó que, hasta el año 2030, existe un déficit de inversión aproximado de 174 millones de euros.

En este contexto, se plantea al *Fair Share* o *Fair Contribution* (término empleado por la Comisión) como posible solución frente al aumento de los costos de inversión en infraestructura debido a un constante incremento en la generación de tráfico de datos. Por un lado, la mayoría de los contribuyentes de la consulta exploratoria, principalmente redes de distribución de contenido, plataformas digitales, organizaciones de consumidores y ciudadanos, mantuvieron una postura en contra de la imposición de un sistema de cobro a las OTT, a fin de que contribuyan al financiamiento para el despliegue de la infraestructura de redes.

Por otro lado, otros contribuyentes, especialmente proveedores de redes, mantuvieron una postura a favor de que las OTT contribuyan a los costos de la infraestructura de redes, con la finalidad de que dicha implementación promueva una situación de igualdad respecto de su poder de negociación. La postura de los proveedores de redes se fundamenta en que las OTT se benefician económicamente del uso de la infraestructura sin realizar un aporte a los costos de red, mientras que estas asumen los costos del mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura, lo cual no les permite generar ganancias en base a sus inversiones.

El debate por el *Fair Share* no es un tema cerrado en Europa. No solo en el 2023, los 20 mayores operadores de telecomunicaciones de este continente dirigieron una ‘carta abierta a la Comisión Europea y a los miembros del Parlamento Europeo’²³ (en la cual intensifican sus reclamaciones sobre la incorporación del reparto justo en la legislación comunitaria), sino que, además, en los principales foros europeos de discusión, se plantea este tema entre la agenda pendiente europea por parte de las empresas de telecomunicaciones. Así, en junio de 2023, el Parlamento Europeo aprobó el informe de Política de Competencia que incluye una mención explícita al *Fair Share*. En este informe, se instó a la Comisión Europea a abordar y mitigar las asimetrías en el poder de negociación entre operadores y grandes generadores de tráfico.

De acuerdo con lo anterior, la Comisión Europea ha propuesto la Ley de Redes Digitales (en adelante, DNA)²⁴, que se centra en el desarrollo de las infraestructuras de redes digitales de vanguardia como base para una economía y una sociedad digital, incluyendo el *Fair Share*. En este proyecto se

²² Solo aquellos, por ejemplo, con un mínimo de 100 millones de usuarios; ingresos anuales superiores a 10 000 millones de euros; aquellos responsables del 5% o más de la capacidad total de la red, del 5% del ancho de banda en hora punta o del 10% del tráfico en hora punta [traducción libre].

²³ Véase a GSMA en A call for Fair Share legislation - Europe must act to protect its digital future (2023).

²⁴ Véase a la Comisión Europea en Digital Networks Act (DNA) | Updates (s.f.).

plantea que se trata de garantizar infraestructuras digitales seguras y **sostenibles**, restableciendo el equilibrio en el ecosistema de internet, abordando el dominio de los grandes proveedores de contenido y garantizando inversiones sostenibles en infraestructuras de red. Este proyecto ha generado un gran debate, el cual se encuentra abierto. En resumen, la Ley de Redes Digitales sigue en fase de desarrollo y se espera que su propuesta oficial se presente hacia finales de 2025.

Adicionalmente, se siguen desarrollando consultas exploratorias, como, por ejemplo, en Italia. En este país, actualmente, hay una consulta pública²⁵ sobre las modalidades de distribución del tráfico a través de los diferentes tipos de Content Delivery Network (en adelante, CDN), destacando las principales relaciones entre Proveedores de Contenido y Aplicaciones (en adelante, CAP), proveedores de CDN y operadores de comunicaciones electrónicas, orientadas a optimizar la distribución de contenidos²⁶.

En el caso de América Latina, también se han formulado 'llamados a la acción'²⁷, en los que las empresas operadoras plantean el *Fair Share* frente al reto que implica el despliegue de las nuevas redes 5G y el uso cada vez más intensivo de las redes móviles por parte de las OTT. No es menor este debate, pues en América Latina se requiere de grandes inversiones para cubrir la brecha de conectividad, así como la brecha de uso. De esta manera, en Perú, Osiptel realizó una consulta temprana sobre el *Fair Share* y, de igual forma, en Colombia el regulador está analizando las contribuciones hechas a la reciente consulta pública sobre este modelo.

En suma, no cabe la menor duda de que el mercado latinoamericano debe tomar medidas urgentes si es que no quiere quedarse fuera de la revolución tecnológica que se encuentra en curso. Esto implica adoptar medidas valientes pero inteligentes.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que existen argumentos en contra del *Fair Share*, como, por ejemplo, (i) que no existe ningún estudio que avale la eficacia del modelo del *Fair Share*; o (ii) el riesgo que podría generar este modelo para el resto del ecosistema digital, incluyendo

los pequeños y medianos proveedores de servicio de internet en términos de diversificación de la oferta, creación de monopolios o reducción de la competencia. Al respecto, desde nuestro punto de vista, no existen modelos en la economía (más aún en la economía digital) que, antes de aplicarse, demuestren su eficacia, por lo que los modelos parten de presunciones o presupuestos, eso sí, serios (sino, recordemos lo que es el '*ceteris paribus*', entre otros). Respecto a los pequeños y medianos proveedores del servicio de internet, la propuesta del *Fair Share* se centra en los OTT, esto es, a los grandes generadores de tráfico, no a los pequeños y medianos proveedores.

VIII. LA NEUTRALIDAD DE RED Y EL *FAIR SHARE*: ¿EL FRUTO PROHIBIDO?

Con ánimo de generar un debate constructivo, no puedo dejar de mencionar el concepto de 'neutralidad tecnológica' que manejamos, el cual impide que las concesionarias establezcan cobros por el uso de la infraestructura de red, restringiendo que puedan hacer diferenciaciones de tráfico, con el objeto de promover un uso eficiente de las redes a las OTT. El principal argumento que se plantea es que la aplicación del *Fair Share* contraviene el principio de neutralidad de red.

Conforme con Borjón y González (2023), en caso de que se establezca una regulación para gravar el uso de la infraestructura de red a las OTT, y dicha regulación se base en realizar una diferenciación del tráfico de las empresas que configuren como OTT, el principio de neutralidad de la red se vería afectado. Asimismo, Colangelo (2023) define al *Fair Share* como "the poison fruit of the net neutrality regulation which prevents telcos from monetizing their networks by managing the transmission of content and services" (p. 220)²⁸. En ese sentido, para los autores, gravar el uso de la infraestructura de redes por parte de las OTT es un tratamiento discriminatorio que contraviene uno de los principios fundamentales del Internet.

La neutralidad de la red o *net neutrality* hace referencia al trato igualitario que deben realizar los proveedores de servicios de internet y concesionarias al tráfico de datos (Maillé & Tuffin, 2022). De

²⁵ Comunicato stampa. Consultazione pubblica su ricognizione delle condizioni di applicabilità del regime di autorizzazione generale alle Content Delivery Network (CDN) (2025).

²⁶ Delibera 55/25/CONS. Avvio del procedimento istruttorio e della consultazione pubblica per la ricognizione delle condizioni di applicabilità del regime di autorizzazione generale previsto dal codice alle Content Delivery Network (CDN).

²⁷ Véase a GSMA en Llamado a la acción para asegurar el desarrollo de internet y el futuro digital de América Latina y el Caribe (2024).

²⁸ El fruto venenoso de la regulación de la neutralidad de la red, que impide a las empresas de telecomunicaciones monetizar sus redes gestionando la transmisión de contenidos y servicios [traducción libre].

acuerdo con Body of European Regulators for Electronic Communications²⁹ (en adelante, BEREC):

ISPs are prohibited from blocking or slowing down of Internet traffic, except where necessary. The exceptions are limited to: traffic management to comply with a legal order, to ensure network integrity and security, and to manage congestion, provided that equivalent categories of traffic are treated equally. (2016, pp. 1-2)³⁰

Es decir, ni los proveedores de servicios de internet ni las concesionarias pueden priorizar el tráfico de ciertas plataformas digitales con la finalidad de que sean transmitidos con mayor rapidez a los usuarios, ni ralentizar o bloquear su transmisión.

Respecto a lo anterior, resulta preciso señalar que lo que el *Fair Share* propone es que las OTT aporten económicamente y de manera equitativa por el uso de la red, de forma igualitaria y no discriminatoria, con base en la unidad de datos generados, más no por un tipo de tráfico o proveedor de contenido en específico. No se pretende gravar el uso de la infraestructura de redes a las OTT por tratarse de empresas multinacionales que brindan un servicio con contenido en específico, sino por el alto tráfico que generan en la red (GSMA, 2024b, p. 24).

Del mismo modo, el *Fair Share* no plantea ni promueve que las concesionarias ni los proveedores de servicios de internet prioricen el tráfico de las OTT por sobre el tráfico de otras plataformas digitales. La implementación de un sistema de cobro a las OTT no involucra que aquellas plataformas generadoras de menor tráfico, que no contribuyen por el uso de la infraestructura de red, vean ralentizado o bloqueado la transmisión de su contenido. Al contrario, el *Fair Share* representa un beneficio para las *Startups*³¹ de internet y los proveedores de servicios más pequeños, al promover su ingreso y posicionamiento en el mercado, y generar un “poder de negociación más equitativo” (GSMA, 2024b, p. 6). Por lo que, al no realizarse un tratamiento discriminatorio, las contribuciones que se obligue a realizar a los GGT no vulnerarían el principio de neutralidad de la red.

IX. EL DILEMA DE LOS REGULADORES: *TO BE OR NOT TO BE?*

El dilema del prisionero³² típico se formula cuando dos partes (separadas e incapaces de comunicarse) deben elegir entre cooperar o no. Sin embargo, optan por no cooperar y protegerse a expensas de la otra. Esto trae como resultado que dichos participantes se encuentran en una situación peor que si hubieran cooperado. Tomándome la licencia de usar el nombre, considero que ‘el dilema del prisionero’ se materializa muchas veces en el ‘dilema de los reguladores’ ya que, en lugar de cooperar reguladores (parte A) y empresas (parte B) con un resultado óptimo, terminamos en un juego de suma cero. Esto, a pesar de que el término de ‘colaboración público-privada’ se usa en forma intensiva cuando se trata de sustentar posiciones que, lamentablemente, no llegan a buen término.

Para justificar cómo es que el resultado es ‘cero’ se usa el ‘*benchmark*’. Como sabemos, un *benchmark* se refiere a un estándar o criterio de referencia utilizado para evaluar o comparar ciertos aspectos dentro de un marco legal o regulatorio, o índices o tasas de referencia utilizados para determinar condiciones económicas o, en general, para establecer contrastaciones o estándares de referencia, entre otras comparaciones. Así las cosas, ha sido común que, ante la ausencia de información económica de base (que fluya de la industria), se utilice, por ejemplo, un *benchmark* (comparativo) de cómo están los cargos de interconexión en la región (en mercados con condiciones más similares posibles) para estimar en donde se ubicaría la propuesta local. Otro *benchmark* usual se encuentra en los concursos de frecuencias, en los que se suele comparar cómo han resultado concursos similares en la región, y poder construir la posición local de que se trate.

No obstante, el problema es más profundo cuando se trata de construir una política pública que se plasme en una normativa específica. **En efecto, cuando se plantea un cambio de paradigma o de estrategia regulatoria, la primera pregunta es: ¿en qué país se aplica?** El objetivo que se evidencia es que se pretende ‘construir’ un *benchmark*

²⁹ Véase a BEREC en About BEREC's Net Neutrality Guidelines (2016).

³⁰ Los proveedores de servicios de internet tienen prohibido bloquear o ralentizar el tráfico de internet, salvo cuando sea necesario. Las excepciones se limitan a: la gestión del tráfico para cumplir con un ordenamiento jurídico, para garantizar la integridad y seguridad de la red, y para gestionar la congestión, siempre que categorías de tráfico equivalentes reciban el mismo trato [traducción libre].

³¹ Un startup es una empresa de nueva creación o edad temprana que presenta grandes posibilidades de crecimiento y comercializa productos y servicios a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Véase a Cámara de Comercio de España en ¿Qué es un startup? (2020).

³² El dilema fue desarrollado originalmente por los matemáticos Merrill M. Flood y Melvin Dresher, en 1950. Posteriormente, Albert W. Tucker formalizó el juego y le dio el nombre de ‘dilema del prisionero’.

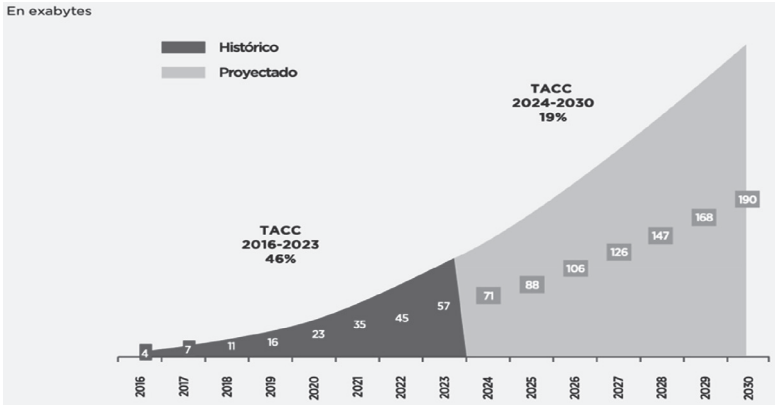
regulatorio que sustente la propuesta. Es decir, la paradoja regulatoria es ‘no puedes ser el primero’ o ‘cero inventivas, aunque creas en ello’, y eso significa, en términos simples, que se está pensando en cantidad y no en calidad.

Aquello es lo que se está evidenciando en el debate sobre el *Fair Share*. Ante esta situación, tenemos pronunciamientos como el de Gallitto, Director de GSMA Latin America, que postula que:

La congestión de las redes no debería ser el movilizador para tomar decisiones regulatorias y de política pública para eficientizar el uso de un recurso escaso como lo es la capacidad de las redes. Los reguladores y hacedores de política pública latinoamericanos tienen herramientas y conocimientos para liderar este tema globalmente. (2025)³³

De manera ilustrativa, veamos cómo proyecta GSMA el tráfico en las redes hacia el 2030:

Figura 10: Evolución y TACC del tráfico total en América Latina 2016-2030



Fuente: GSMA Intelligence (2024, p. 8)

Es relevante tomar en cuenta que, en la regulación, tanto el factor técnico como el factor económico son esenciales. Se encuentran en su ADN; por ejemplo, cuando se trata de implementar una política económica, los economistas acuden a modelos teóricos y presupuestos objetivos con el fin de plantear alternativas cuyo resultado depende de muchos factores, pero se avanza. En el caso de la regulación –aparte de la acertada Ley General de Mejora en la Calidad Regulatoria, Decreto Legislativo 1565–, debemos tomar en cuenta que no es necesario que ‘otros países lo hayan aplicado’ para recién ‘poder aplicarlo nosotros’. Un razonamiento económico esencial prioriza el crecimiento de las redes de telecomunicaciones nacionales, junto con la constatación de un uso efectivo que se hace de las mismas de manera ‘gratuita’ (sin pagar el peaje), con el costo social que ello implica.

X. ¿CÓMO DESATAMOS ESTE ‘NUDO GORDIANO’?

En vista de que estamos frente a un **mercado de dos caras**, en el que solo una de ellas paga por el uso de las redes y, en el caso específico del mercado de las telecomunicaciones, solo está pagando el ‘usuario final’³⁴, las preguntas que deben hacerse

son: ¿es un problema un mercado en el que solo paga el usuario final? ¿O no lo es? Para ello, debemos analizar: ¿el resultado de la ecuación –tal como está ahora– es eficiente? ¿O no lo es?

Lamentablemente, **el resultado no es eficiente**. Para ello, el esfuerzo (público y privado, más aún en zonas rurales o de baja demanda) de construir y mantener estos ‘caminos digitales’ o ‘conectividad digital’, sometido a: (i) tráfico que se desperdicia; (ii) tráfico que es *spam*, no deseado o no solicitado; (iii) tráfico derivado de los usuales ciberataques; o (iv) tráfico con contenidos que no generan valor en zonas agrícolas, por ejemplo, o en centros educativos, entre otros, es un resultado **claramente ineficiente**.

En esta línea, debemos concordar en que existe un tráfico ineficiente y excesivo, que está generando que se realicen más inversiones en las redes de telecomunicaciones y, de pronto, en lugares en los que no debería haber prioridad. En términos coloquiales, lo que está sucediendo es que ‘lo que es gratis no se valora tanto como lo que costó conseguir’. En ello, las OTT (grandes generadoras de tráfico) tienen una gran responsabilidad, ya que ‘no les cuesta ni internalizan las consecuencias de sus acciones’.

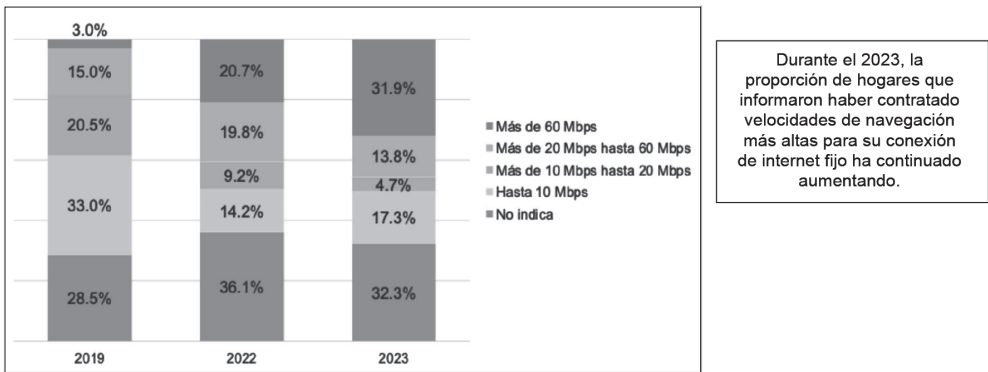
³³ Véase a Gallitto (2025).

³⁴ Pensemos en un usuario de telefonía móvil, o en un usuario de acceso a internet o de banda ancha, entre otros.

A lo anterior, resulta pertinente incorporar que cada vez los usuarios finales quieren pagar menos, pero tener mayor capacidad y acceso a internet. Mientras que los reguladores miden su efectividad con la reducción de tarifas por efecto de la competencia, lo que sucede en las capas de los

usuarios con mayor rentabilidad; sin embargo, no es lo suficiente para cerrar la brecha de conectividad. Por ejemplo, en el caso del Perú, la evolución de las velocidades contratadas en el internet fijo ha ido aumentando, tal y como se aprecia en la siguiente figura:

Figura 11: Perú- Velocidades Contratadas de Internet Fijo, 2019-2023³⁵



Fuente: Osiptel-ERESTEL (2024)

En este punto, volvamos a la pregunta antes formulada: ¿quién está pagando el costo de este tráfico intenso, que están cursando ‘gratis las OTT? Pues lo está pagando usted querido lector, yo también, todos nosotros, y, más aún, los que no tienen conectividad. En pocas palabras, estamos hipotecando nuestro futuro tecnológico.

La solución es clara pero no es escuchada –en la seriedad que el tema amerita–, la misma es que paguemos peaje todos los que usan las carreteras digitales; es decir, que aportemos para que esta carretera se mantenga bien y funcione. Las OTT deben internalizar sus decisiones y, para ello, cuando usen la carretera se deben detener en el peaje y pagar como lo hacemos todos los ciudadanos ‘de pie’. Con esto se elimina la ineficiencia y, en términos económicos, esto es un resultado positivo. Luego se verá cómo se distribuye este beneficio, pero ese es un debate de segunda fase.

En línea con lo anterior, podemos mencionar que recientemente en Colombia, la nueva Directora Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, CRC), Claudia Bustamante, aclaró que por el momento Colombia no tiene una posición clara sobre el *Fair Share*, pero agrega que lo que sí está claro es que “por el momento en el país no hay congestión ni estrés de las redes.

Aun así, es un asunto que la entidad está investigando para determinar una posición clara y evitar, precisamente, que haya una saturación”³⁶ (Durán, 2025). Por su parte, en México:

Carlos Slim Helú, cuya empresa América Móvil es el décimo grupo de telecomunicaciones a nivel mundial y el de mayor relevancia en América Latina por volumen de ingresos, usuarios y presencia en distintos mercados, ratificó su posición respecto a que las empresas de tecnología como YouTube y TikTok deben contribuir en los despliegues de redes celulares y redes fijas. (El Economista, 2025)³⁷

A mayor abundamiento, Brasil³⁸ y Perú se encuentran aún analizando el tema. Recordemos que en el caso peruano, se ha realizado una ‘consulta regulatoria’ planteada oportunamente por Osiptel, cuyas contribuciones se encuentran en evaluación.

XI. ¿NO ES FAIR SHARE, PERO SE LE PARECE?: EL REFLEJO EN EL ESPEJO

Siempre la ‘inminente regulación’, genera los incentivos suficientes para que las propias empresas generen acuerdos que pretenden solucionar un problema específico. En el caso que nos ocupa, recientemente Meta y Claro (México) emitieron

³⁵ Sobre la base del total de hogares que declararon tener una conexión fija de internet.

³⁶ Véase a Durán (2025).

³⁷ Véase ‘El Economista’ en Carlos Slim Helú afirma que las big tech deben pagar por el uso de las redes de telecomunicación (2025).

³⁸ En Brasil, se espera que, en breve, sea publicada una consulta exploratoria sobre el *Fair Share*.

una nota de prensa, que básicamente, trata sobre una colaboración estratégica entre dichas empresas con el objetivo de mejorar la experiencia de los usuarios móviles en Latinoamérica, a través de la optimización del tráfico de video y una mayor eficiencia en el uso de la red móvil, que como resultado habría logrado una reducción de hasta 15% en el tráfico total generado por los servicios de Meta sobre la red móvil³⁹.

De lo que se ha recogido en medios es que la optimización ha sido enfocada en específico al tráfico de video, de productos como *'reels'*, y que ambas empresas mantendrán su trabajo conjunto en la implementación de tecnologías de compresión de video, tales como, adoptar *códecs* de video más eficientes que se ajusten a las capacidades de las redes móviles actuales.

A su vez, es de precisar que en julio 2024, Telefónica y Meta anunciaron el inicio de un trabajo conjunto con el mismo objetivo⁴⁰.

Desde nuestro punto de vista, si bien este esfuerzo es positivo, es muy inicial y no soluciona el problema de fondo que hemos expuesto en el presente artículo y, así las cosas, este esquema voluntario no es el *Fair Share*. Además, no se conoce los alcances reales del acuerdo anunciado entre ambas empresas (que sería interesante conocerlos), y evidentemente, responde al interés de Meta de evitar una regulación que de pronto, no le sería favorable. En todo caso, América Latina no tiene los índices de penetración de conectividad digital y de transformación digital que se observa en Europa o Estados Unidos. LATAM requiere salvaguardar reglas claras, justas y sensatas, para que las inversiones en despliegue de redes de telecomunicaciones no se detengan, y haya real igualdad en el acceso a Internet. Esto recién empieza.

XII. REFLEXIONES FINALES

- Existe la necesidad de que las empresas deben ser sostenibles: se debe apoyar a las empresas que hacen 'crecer' el mercado, de forma tal que, cuando se retire un eventual financiamiento o subsidio estatal, puedan operar solas y seguir brindando el servicio. Lo importante no es solo dividir el mercado existente 'por dividir', sino hacerlo crecer.
- Ante la imperiosa necesidad de asegurar nuestro futuro tecnológico y no quedar re-

zagados como país, debemos reconocer que hoy los mercados presentan un bajo crecimiento resultante de la madurez, pero las exigencias de inversión son altas. El punto central es que estas nuevas redes no traen ingresos sustancialmente mayores como para financiar nuevas inversiones materiales, ya que estamos frente a una brecha de demanda o frente a mercados que no son lo suficientemente rentables. Esto nos obliga a tener que buscar eficiencias en un espacio realmente colaborativo.

- El mercado de las telecomunicaciones tiene períodos cíclicos de los denominados 'organimotos', en los que las operadoras buscan las eficiencias al interno, o los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas o activos, o los ingresos a los procesos concursales, entre otros. No obstante, todos son señales concretas del esfuerzo por la búsqueda permanente de eficiencias. La pregunta es si desde el sector público también se va a apoyar esta búsqueda de eficiencias, detectando las distorsiones como el uso de las redes 'gratis' por parte de las OTT, aplicando medidas como el *Fair Share*.

Seguramente, surgirán voces totalmente contrarias a medidas como el *Fair Share*, pero la lógica es simple e irrefutable: 'quien usa un bien ajeno, debe pagar por dicho uso'. Así de simple y directo. Aunque algunos dirán que ya el usuario final está pagando por el acceso a internet, las OTT se encuentran en un 'mercado de dos caras', como hemos descrito en el presente documento y, en esa línea, debemos debatir. 🗣️

CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

La autora declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

La autora manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

³⁹ Véase a Del Campo (2025); 'Staff' (2025); 'Redacción' (2025); Tellez (2025).

⁴⁰ Véase a Telefónica Hispam (2024); Telefónica Perú (2024).

AGRADECIMIENTOS

La autora agradece por el extraordinario apoyo en el trabajo de investigación a Beatriz Fernández Espinoza, estudiante de Derecho de la PUCP y practicante en Nakagawa Consultores Regulatorios. Sirva la presente declaración para expresarle mi agradecimiento y augurarle el mayor de los éxitos en el campo regulatorio y de investigación.

REFERENCIAS

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni [AGCOM] (10 de marzo de 2025). *Consultazione pubblica su ricognizione delle condizioni di applicabilità del regime di autorizzazione generale alle Content Delivery Network (CDN)*.

Body of European Regulators for Electronic Communications [BEREC] (2016). *About BEREC's Net Neutrality Guidelines*.

Borjón, F. y González, G. (2023). *Conectividad justa en América Latina*. Access Partnership.

Cámara de Comercio de España (23 de enero de 2020). *¿Qué es una startup?*

Colangelo, G. (2023). Fair Share of Network Costs and Regulatory Myopia: Learning from Net Neutrality Mistakes. *Law, Innovation and Technology*, 16(1), 218-242.

Comisión Europea (2023). *Exploratory Consultation on the Future of the Electronic Communications Sector and its Infrastructure: Summary Report on the results of the exploratory consultation*.

Dairo, A. y Szűcs, K. (2021). Battle for digital customer ownership between the Telcos and Over-the-Top (OTT) players: Emerging markets perspective. *African Journal of Science, Technology, Innovation and Development*, 14(2), 556-563.

Del Campo, M. (10 de junio de 2025). Meta responde con optimización a la demanda de pago de Carlos Slim a las Big Tech. *Bloomberg Línea*.

Durán, S. (11 de marzo de 2025). CRC Colombia comparte sus posturas sobre Fair Share, despliegue 5G y agenda regulatoria 2025. *DPL News*.

El Economista (10 de febrero de 2025). Carlos Slim Helú afirma que las big tech deben pagar por el uso de las redes de telecomunicación. *América Economía*.

European Telecommunications Network Operators' Association [ETNO] (2023). *State of Digital Communications 2023*.

Gallitto, L. (13 de marzo de 2025). Ahora es el momento de accionar para incentivar el uso eficiente de las redes. *DPL News*.

Green, W. y Lancaster, B. (2006). Over-the-Top Services. *Pipeline Magazine*, 4(7), 1-9.

Global System for Mobile Communications Association [GSMA] (2024a). *Uso de redes móviles en América Latina. Tráfico de datos en la actualidad y proyecciones a 2030*. GSMA Intelligence.

(2024b). *Grandes generadores de tráfico y uso de la red. Mitos y realidades*. GSMA Intelligence.

Maillé, P. & Tuffin, B. (2022). *From Net Neutrality to ICT Neutrality*. Springer.

Osiptel (2023). Los servicios de telecomunicaciones en los hogares peruanos. Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL) 2023. Subdirección de Análisis Regulatorio de DPRC-OSIPTEL.

(13 de mayo de 2024). Inversiones en el sector telecomunicaciones crecieron 13.3% en el año 2023. *Portal del Usuario OSIPTEL*.

(21 de febrero de 2025). *Perú: mercado móvil creció 3.28% al cierre de 2024 y alcanzó las 42.70 millones de líneas*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

(24 de febrero de 2025). *Perú registró más de 4 millones de conexiones de internet fijo al cierre de 2024*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Redacción (10 de junio de 2025). América Móvil y Meta optimizan tráfico de video en 15 países de AL. *Tecnoempresa*.

Sandvine (2024). *Global Internet Phenomena Report March 2024* (Technical Report).

Staff (13 de junio de 2025). América Móvil y Meta colaboran para optimizar el tráfico de video en Latinoamérica. *TyN Magazine*.

Telefónica Hispam (11 de julio de 2024). Telefónica y Meta optimizan la experiencia de vídeos cortos y promueven la eficiencia de las redes móviles.

Telefónica Perú (28 de febrero de 2024). *Telefónica Hispanoamérica reafirma su apuesta por la compartición de redes de acceso móvil*.

Tellez, N. (10 de junio de 2025). ¿Amigos son los amigos? América Móvil y Meta acordaron una salida alternativa al debate por el fair share. *TeleSemana*.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 013-93-TCC, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de abril de 1993 (Perú).

Decreto Legislativo 1565, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de mayo de 2023 (Perú).

Delibera 55/25/CONS, Avvio del procedimento istruttorio e della consultazione pubblica per la ricognizione delle condizioni di applicabilità del regime di autorizzazione generale previsto dal Codice alle Content Delivery Network (CDN), *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, 6 de marzo de 2025 (Italia).

EL ESPACIO CONTROLADO DE EXPERIMENTACIÓN EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES: ¿OTRO CASO DE MIMETISMO ISOMÓRFICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE AMÉRICA LATINA?

THE CONTROLLED EXPERIMENTAL SPACE IN THE TELECOMMUNICATIONS SECTOR: ANOTHER CASE OF ISOMORPHIC MIMICRY IN LATIN AMERICAN ADMINISTRATIVE LAW?

José Ignacio Hernández González^{*}
Universidad Católica Andrés Bello

The Latin American administrative promoted the institutional borrowing of the regulation, proposing its semantic change. This trend has been encouraged recently with the transposition of 'regulatory sandboxes' or regulatory testing spaces. This borrowing generates the risk of focusing on the form rather than the substance of these spaces, whose effective implementation requires changing paradigms of administrative law centered on the administrative power. Legislative Decree 1599 faces this risk, introducing controlled spaces to promote technological innovation and to the gap in access to telecommunications services.

This article proposes two interpretation techniques to improve efficiency in implementing this space: interpreting the Decree from traditional institutions of economic administrative law, such as the authorization technique, but shifting traditional paradigms to interpret the Decree to facilitate experimentation and innovation.

KEYWORDS: *Economic administrative law; regulation; regulatory testing spaces; innovation; telecommunications services; Legislative Decree 1599.*

El derecho administrativo en América Latina impulsó el préstamo institucional de la regulación, proponiendo su cambio semántico. Esta tendencia se ha incentivado recientemente, con la trasposición de los 'sandboxes regulatorios', o espacios controlados de prueba. Este préstamo genera el riesgo de brindar mayor atención a la forma que al fondo de estos espacios, cuya efectiva implementación requiere cambiar paradigmas del derecho administrativo centrados en el poder. El Decreto Legislativo 1599 se enfrenta a este riesgo, con la introducción del espacio controlado para promover la innovación tecnológica y la reducción de la brecha de acceso a los servicios de telecomunicaciones.

Este artículo propone dos técnicas de interpretación para mejorar la eficiencia en la implementación de este espacio, a saber, interpretar el Decreto desde instituciones tradicionales del derecho administrativo económico, como la autorización, pero teniendo en cuenta la necesidad de interpretar el Decreto desde nuevos paradigmas que faciliten la experimentación y la innovación.

PALABRAS CLAVE: *Derecho administrativo económico; regulación; espacio controlado de pruebas; innovación; servicios de telecomunicaciones; Decreto Legislativo 1599.*

^{*} Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor visitante en la Universidad Estatal de Derecho de Tashkent. Asociado Senior del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales (Washington D.C., Estados Unidos). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1031-8541>. Contacto: ignandez@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 02 de mayo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta fines del pasado siglo, la palabra ‘regulación’ no tenía ningún significado especial en el derecho administrativo de América Latina ni, en general, en el derecho administrativo iberoamericano. Frecuentemente, dicha palabra era empleada como sinónimo de la intervención del Estado en la economía por medio de leyes administrativas que eran complementadas por reglamentos. Estas leyes redujeron el ámbito del derecho privado y, en concreto, del derecho mercantil. Así, especialmente hacia mediados del siglo XX, los actos de comercio pasaron de estar regulados por el derecho mercantil y la primacía de la libertad de contrato, a quedar sometidos, también, al derecho administrativo. Desde una perspectiva del método académico, la proyección del derecho administrativo en el intercambio de bienes y servicios llevó al estudio del derecho administrativo económico, enfocado en el estudio de la administración económica, es decir, de las técnicas de intervención en la economía, incluyendo en especial la actividad coactiva orientada a restringir el ejercicio de la libertad económica o libertad de empresa y sus derechos anejos. Bajo este enfoque, en todo caso, la regulación no era un tipo especial de actividad administrativa, sino la descripción genérica de la intervención normativa del Estado para limitar, desde el derecho público, la libertad económica¹.

Sin embargo, a fines del siglo XX, la palabra ‘regulación’ sufrió un proceso de cambio semántico, influenciado por las políticas de liberalización, usualmente conocidas como el Consenso de Washington. Este cambio estuvo influenciado por el sentido de dicha palabra en los modelos de derecho administrativo anglosajones. Especialmente en Estados Unidos, la ‘regulación’ es la expresión con la cual se estudia la actividad administrativa de ordenación y limitación de las llamadas agencias, que constituyen el centro del derecho administrativo. En los orígenes de esa actividad administrativa, especialmente luego de la Guerra Civil (1861-1865), la ordenación y limitación de actividades económicas se justificó en el análisis económico de los fallos de mercado, en especial, respecto a las actividades consideradas como monopolios naturales, como los ferrocarriles. Esto hizo que el análisis económico formase una parte esencial del estudio de la actividad administrativa de ordena-

ción y limitación. Hacia fines del siglo XX, ese análisis económico llevó a repensar las técnicas tradicionales de intervención administrativa, con fines de reforzar —antes que sustituir— la competencia. Por ello, en actividades esenciales consideradas como monopolios naturales, la intervención administrativa fue rediseñada para recrear y promover condiciones efectivas de competencia, ampliando además el ámbito de la iniciativa privada².

América Latina tomó la palabra ‘regulación’ para describir, precisamente, la actividad administrativa de ordenación y limitación orientada a promover condiciones efectivas de competencia ampliando el ámbito de la iniciativa privada, como fuera destacado, entre otras, por la doctrina española y francesa³. En cierto modo, la referida actividad, orientada a la primacía del Estado, quedó relegada al estudio tradicional del derecho administrativo económico, en especial, con conceptos como ‘política económica’. Por el contrario, la actividad administrativa basada en la primacía del mercado pasó a estudiarse como ‘regulación’, palabra que en ocasiones se ha empleado para describir un área temática específica de estudio, a saber, el derecho administrativo de la regulación económica. A pesar de que las políticas de liberalización pasaron, el cambio semántico se quedó.

En el siglo XXI, la nueva expresión de este ‘derecho administrativo de la regulación económica’ es el interés dado por la mejora regulatoria y el desarrollo de modelos regulatorios para promover la innovación, como es el caso del llamado espacio controlado de pruebas, o ‘*regulatory sandbox*’, que es el tema de este artículo. Así, el Decreto Legislativo 1599, emitido el 20 de diciembre de 2023, incorporó la figura del ‘*sandbox* regulatorio’, con el propósito último de cerrar la brecha digital en el Perú⁴. Esta figura, que no responde a instituciones conocidas en el derecho administrativo, requiere de una adecuada interpretación, que vaya más allá de los problemas conceptuales asociados al cambio semántico de la palabra ‘regulación’.

La hipótesis de la cual partimos es que el concepto de ‘*sandbox* regulatorio’, como sucedió con el cambio semántico de la referida palabra, responde a la trasposición de instituciones surgidas en Estados que no solo tienen una cultura jurídica distinta sino que, en especial, poseen mucha más

¹ Sin perjuicio de lo señalado más adelante, véase a Hernández (2006, p. 123 y siguientes).

² Véase a Breyer (1982, p. 341 y siguientes).

³ Por ejemplo, véase a Ariño y Cassagne (2004, p. 9 y siguientes). En Francia, entre otros trabajos influyentes de inicio de siglo, podemos citar a Bauby (2000, p. 199 y siguientes).

⁴ De acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1599: “entre los mecanismos que promueven la innovación en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra el «*sandbox* regulatorio»” (2023, p. 10).

capacidad que la de los Estados en América Latina. La introducción del espacio de prueba controlado responde, en ese sentido, a la importación de instituciones foráneas cuya efectiva aplicación se enfrenta a dos importantes obstáculos, como lo son las diferencias derivadas del modelo de derecho administrativo en la región y la fragilidad estatal. En la economía, el riesgo de esta trasposición de instituciones ha sido resumido al aludir al mimetismo isomórfico, esto es, la propensión de Estados frágiles de adoptar instituciones muy ambiciosas con el propósito de parecerse a un Estado con mayor desarrollo institucional⁵. Este mimetismo suele afectar, adversamente, la efectividad de la institución que es trasplantada, en este caso, el espacio controlado de experimentación.

Con el fin de evitar este riesgo, el espacio controlado de experimentación en el sector de las telecomunicaciones, introducido en el Decreto Legislativo 1599, debe ser interpretado de acuerdo con las técnicas tradicionales de la actividad administrativa, pero partiendo de nuevos paradigmas del derecho administrativo para la innovación. Para desarrollar esta propuesta, dividimos el presente artículo en dos partes: la primera resume los aspectos más significativos de la irrupción del concepto de regulación en el derecho administrativo latinoamericano, como un ejemplo del mimetismo isomórfico, destacando los riesgos derivados de la posición que considera a la regulación como un tipo especial de la actividad administrativa. Estos riesgos son trasladados a la segunda parte, a través del estudio del espacio controlado de experimentación en el Decreto Legislativo 1599, como un modelo de '*regulatory sandbox*'. Para atender a estos riesgos se proponen cambios de paradigma en el derecho administrativo, en todo caso, desde las instituciones jurídicas propias de su dogmática.

II. LA IRRUPCIÓN DEL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO LATINOAMERICANO Y EL PRÉSTAMO INSTITUCIONAL

El lenguaje empleado en el Decreto Legislativo 1599 es parte del cambio semántico de la palabra '*regulación*', el cual ha conducido a un debate, en muchos sentidos, innecesario, en cuanto a la pre-

tendida autonomía de la actividad administrativa de la regulación. Al enfocar la atención en esta pretendida autonomía, no se ha logrado identificar, desde el derecho administrativo de América Latina, los riesgos de la trasposición de la regulación desde países con mayor desarrollo institucional, lo que deriva en un mimetismo isomórfico que genera mayores obstáculos para la efectiva implementación de la actividad administrativa de ordenación y limitación en la economía.

A. La visión tradicional del Estado regulador desde el derecho administrativo y la incorporación del concepto de regulación

La teoría de la actividad administrativa en el Derecho latinoamericano ha recibido, entre otras, la influencia de la doctrina española, en particular, con los tempranos estudios de Luis Jordana de Pozas⁶. Ello llevó a adoptar una distinción cuatripartita entre la actividad de policía, de fomento, de servicio público y gestión económica. En concreto, el estudio de la actividad de policía diferenció entre la policía general y la policía especial o sectorial, estudiándose en este último caso la actividad de policía económica. En términos sencillos, la policía económica es la actividad de ordenación y limitación de las libertades económicas en protección del orden público, aquí entendido en un sentido más amplio que el tradicional orden público civilista, siguiendo a la doctrina francesa⁷.

El propio concepto de policía económica fue criticado al expandir indebidamente los contornos de la tradicional actividad administrativa de policía y, en concreto, el concepto de orden público, que pasó a interpretarse como sinónimo de interés público⁸. Para evitar los riesgos de esta expansión —y del abusivo uso del concepto de orden público como título general— resulta más preciso, siguiendo a la doctrina alemana, aludir a la actividad administrativa de limitación⁹. A través de esta actividad, la administración restringe el ejercicio de las libertades económicas, de acuerdo con las habilitaciones establecidas en la ley. La limitación puede llevarse a cabo a través de reglamentos —una fuente muy importante en el derecho administrativo económico— o mediante actos particulares, tales como la autorización, la sanción, la inspección u órdenes

⁵ Véase a Andrews *et al.* (2017, pp. 30-40).

⁶ Véase a Jordana de Pozas (1951, pp. 11-28).

⁷ La introducción del concepto de '*policía económica*' en América Latina estuvo influenciada por la doctrina francesa, que estudia, por ejemplo, a la actividad de policía de los precios, en referencia a los controles administrativos sobre el precio de bienes y servicios. Véase a Delvolvé (2021, p. 400 y siguientes); Marienhoff (1998, p. 526 y siguientes); Dromi (1980, p. 139 y siguientes).

⁸ Por ejemplo, véase a Meilán Gil (1966, p. 51 y siguientes); Hernández (2004, p. 179 y siguientes).

⁹ Véase a Cassagne (1994, p. 61 y siguientes).

de hacer o no hacer¹⁰. En el primer caso, aludimos a la actividad de ordenación y, en el segundo, a la actividad de limitación en sentido estricto.

En este contexto, el concepto de regulación no tenía ningún significado especial. Así, el Estado regulador era otra manera de expresar al rol del Estado interviniendo en la economía a través de leyes especiales, en concreto, en sectores económicos como el sector bancario¹¹. Por influencia de la doctrina italiana, esta intervención se estudió a través de la administración sectorial, que en un determinado sector –como el bancario– ordena y limita el ejercicio de la libertad de empresa de manera continua, por medio de la actividad de supervisión¹².

Las políticas de liberalización enmarcadas en el Consenso de Washington cambiarían este panorama¹³. Así, la región siguió muy de cerca las políticas adoptadas en Estados Unidos y en la, actualmente, Unión Europea, orientadas a la liberalización de sectores tradicionalmente sometidos a una intensa intervención estatal. Desde el derecho administrativo, Gaspar Ariño Ortíz lideró la corriente que, en este nuevo entorno liberalizador, propuso nuevos esquemas institucionales para el estudio del derecho administrativo económico, centrado en el análisis económico y en la promoción de la competencia. Para ello, Ariño tomó, del Derecho anglosajón, el concepto de regulación económica, a fin de postular su inclusión dentro de la teoría del derecho administrativo¹⁴. No obstante, en realidad, el concepto de regulación fue incorporado en muchos otros modelos europeos, en especial, Francia, como un concepto difícil de precisar pero que, en todo caso, refleja nuevas técnicas de intervención administrativa más favorables al mercado y a la concertación con operadores económicos¹⁵.

El propósito final de este nuevo enfoque era contraponer la intervención administrativa tradicional con la nueva intervención en el contexto libe-

ralizador. Mientras que la primera subordinaba el mercado al interés público, la nueva intervención se orientaba a proteger el mercado, corrigiendo fallos e, incluso, recreando condiciones de competencia regulada, en lo que se conoció como neo-regulación¹⁶. En España, la introducción del concepto de regulación encontró una justificación práctica adicional, debido a la influencia del derecho comunitario¹⁷.

América Latina incorporó a su derecho administrativo esta reconceptualización de la regulación¹⁸. Entre otros, destaca la notable influencia del nuevo modelo regulatorio de las telecomunicaciones adoptado en la Unión Europea, y que fue seguido en la región con nuevas leyes que incorporaron novedosas técnicas de intervención para recrear condiciones de competencia y, además, asegurar la efectiva prestación de servicios de interés general, por medio de instituciones como el servicio universal, tal y como sucedió en el Perú¹⁹. Precisamente, el Decreto Legislativo 1599 forma parte de este modelo, en tanto su objetivo, según su artículo 1 es “establecer medidas especiales con la finalidad de promover la innovación tecnológica, la reducción de la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones” (2023, p. 10).

Ahora bien, dejando a salvo la influencia del derecho comunitario, debe tomarse en cuenta que el cambio semántico de la palabra ‘regulación’ propuesto, entre otros, por la doctrina española y francesa, de fines del siglo pasado, estuvo especialmente influenciada por el sentido de este concepto en Estados Unidos²⁰, particularmente, en el derecho administrativo²¹. Sin embargo, lo cierto es que, en la introducción del concepto de regulación en América Latina, no solo faltó el anclaje institucional que en España tuvo el derecho comunitario, sino que, además, tampoco se tomó en cuenta el peculiar origen de esta expresión en el derecho administrativo en Estados Unidos.

¹⁰ Véase a Hernández (2011, pp. 877-898).

¹¹ Por ejemplo, véase a Brewer-Carías (1979, p. 57).

¹² La Administración sectorial asume la actividad de supervisión continua sobre el sector objeto de la intervención. Véase a Giannini (1999, p. 198 y siguientes).

¹³ Véase a Hausmann (2011, p. 519 y siguientes).

¹⁴ Véase a Ariño (1993, p. 327 y siguientes).

¹⁵ Véase a Delvolvé (2021, p. 324 y siguientes).

¹⁶ Véase a Cruz Ferrer (2002, p. 217 y siguientes).

¹⁷ Véase a Muñoz (1998, pp. 225-227).

¹⁸ Por ejemplo, véase a Bianchi (1998, p. 201 y siguientes); Brito (1998, p. 70 y siguientes).

¹⁹ Véase a Zegarra (2018, p. 12 y siguientes).

²⁰ Entre las fuentes consultadas en el desarrollo doctrinal del concepto de regulación, encontramos a Ackerman (1975); Shepherd y Gies (1966). Véase, en general, a Ariño (1996, p. 74 y siguientes).

²¹ La principal referencia de la época fue Breyer (1982).

Así, en el referido país, el concepto de regulación se remonta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de fines del siglo XIX que, al interpretar la llamada cláusula de comercio, tomó el concepto británico de poder de policía para justificar la intervención del Estado regulando actividades comerciales, siempre de manera general²². Este concepto fue empleado al interpretar el rol de las comisiones estatales creadas para regular los ferrocarriles y, luego, el rol de la Comisión Interestatal de Comercio, creada en 1887²³. En este contexto, la palabra ‘regulación’ no tenía ningún significado preciso, más allá de emplearse como sinónimo de normas jurídicas y, en general, como equivalente a la intervención administrativa sobre ciertos sectores económicos. Esta intervención fue una respuesta al rápido crecimiento económico luego de la Guerra Civil, que forzó al Gobierno federal a ampliar su intervención en la economía, en especial, para proteger prácticas leales y justas de comercio²⁴.

Luego del *New Deal* (1933-1939), este modelo se expandió con las agencias, a cargo del control de sectores económicos. Con el fin de estudiar las técnicas administrativas a través de las cuales estos controles se implementaban, el derecho administrativo de Estados Unidos acudió al concepto de regulación para enfatizar que la actividad administrativa incide en derechos e intereses particulares. Al aludir a ‘agencias regulatorias’, la palabra ‘regulación’ no tenía ningún sentido específico, más allá de enfatizar la intervención administrativa restringiendo libertades económicas²⁵. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 consolidó este modelo, que llevó a una visión muy reducida del derecho administrativo, definido como el derecho de las agencias y, en concreto, de las agencias reguladoras, en contraposición a los órganos y entes del Poder Ejecutivo que no inciden directamente en la esfera jurídica de las personas mediante órdenes y limitaciones²⁶. En síntesis, la regulación es la actividad administrativa que impone deberes y prohibiciones de obligatorio cumplimiento para empresas o particulares²⁷.

A su vez, desde la temprana intervención en materia de ferrocarriles, la intervención administrativa se justificó en el análisis económico y, en concreto, en la atención de los fallos de mercado²⁸. Precisamente, en la economía, la intervención del Estado a través de la cual se atienden los fallos de mercado es usualmente estudiada como ‘regulación económica’²⁹. En muchos sentidos, el análisis económico suplementó la precaria formación sistemática del derecho administrativo en Estados Unidos. Así, en ausencia de un robusto sistema constitucional y tomando en cuenta los problemas prácticos del control judicial, el derecho administrativo acudió al análisis económico para reforzar controles no jurisdiccionales, en especial, en el ámbito del control costo-beneficio³⁰.

La situación del Derecho latinoamericano era, y sigue siendo, muy distinta. De esa manera, mientras que la regulación en el derecho administrativo de Estados Unidos responde a una visión muy práctica y exegética de las leyes que rigen los sectores económicos regulados, el derecho administrativo de la región evolucionó en torno a la construcción de un sistema racional de reglas, principios y valores, imbuidos en la constitucionalización del derecho administrativo³¹. Además, en la región ha predominado la noción francesa del régimen exorbitante, en tanto la administración actúa en ejercicio de privilegios y prerrogativas, pero siempre en el marco del equilibrio con los derechos de las personas, signado por el principio de legalidad³². Esta visión ha venido evolucionando, para realzar la centralidad de la persona y su dignidad, pero, incluso así, se reconoce que la administración actúa en ejercicio de potestades administrativas para crear, extinguir o modificar, unilateralmente, relaciones jurídicas con los operadores económicos³³.

El resultado fue la introducción del concepto de regulación como institución del Derecho anglosajón, en un entorno institucional influenciado por el modelo francés, y el concepto de potestad administrativa. Este trasplante no tomó en cuenta to-

²² Véase a Gillman (1993, p. 45 y siguientes).

²³ Véase a Schwartz (1973, p. 17 y siguientes).

²⁴ Véase a Lamoreaux (2024, p. 119 y siguientes).

²⁵ Véase a Cushman (1941, p. 37 y siguientes).

²⁶ Véase a Schwartz (1984, pp. 2-3).

²⁷ Véase a Breyer *et al.* (2011, p. 3).

²⁸ Véase a Breyer *et al.* (2011).

²⁹ Por ejemplo, véase a Viscusi (2005, p. 357).

³⁰ Véase a Sunstein (2018, p. 67 y siguientes).

³¹ Véase a Montaña Plata (2014, p. 63 y siguientes).

³² En un plano comparado, véase a Brewer-Carías (2015).

³³ Véase a Durán (2010, p. 109 y siguientes).

das las diferencias entre las agencias regulatorias en Estados Unidos y la administración en América Latina, lo cual ha creado importantes obstáculos teóricos para encuadrar el concepto de regulación dentro de la teoría de la actividad administrativa. Estos problemas están presentes en el Decreto Legislativo 1599, que propone, de acuerdo con su exposición de motivos, una “regulación flexible, capaz de adaptarse, anticipar y colaborar con las innovaciones, modelos de negocios o soluciones innovadoras que contribuyan a mitigar la brecha de infraestructura” (p. 10). Sin embargo, desde el derecho administrativo, no queda del todo claro cuál es el significado de la palabra ‘regulación’.

B. El mimetismo isomórfico y la necesidad de replantear el concepto de regulación desde la actividad administrativa de ordenación y limitación

El préstamo institucional del concepto de regulación no es un caso aislado. En realidad, desde el derecho constitucional, se ha observado la tendencia de tomar prestadas instituciones jurídicas que responden a tradiciones específicas, lo cual no solo puede afectar su efectiva implementación en otros entornos, sino que, además, puede degenerar en indebidas trasposiciones que afecten el correcto funcionamiento del sistema constitucional³⁴.

En la economía y las ciencias administrativas, este préstamo institucional ha sido estudiado como mimetismo isomórfico, esto es, la propensión de Estados menos desarrollados institucionalmente, a adoptar instituciones de Estados más desarrollados, con la aspiración final de alcanzar el mismo nivel de calidad institucional³⁵. Francis Fukuyama resume esta tendencia con la idea de ‘ir a Dinamarca’, lo que implica la tentación de reproducir las instituciones políticas de Dinamarca, con el propósito de lograr su mismo nivel de desarrollo institucional³⁶.

Sin embargo, lo cierto es que las instituciones son el resultado de las concretas capacidades estatales dentro de las cuales ellas han surgido. En Estados Unidos, la regulación fue el resultado de las capacidades construidas desde fines del siglo XIX, en especial, luego de la Guerra Civil. Con base en la

cultura jurídica británica y el concepto de poder de policía, la regulación evolucionó gradualmente, en particular, después del advenimiento del moderno Estado administrativo en el marco del *New Deal*, en un proceso paulatino que llevó a consolidar funciones en el Estado administrativo³⁷. Cuando América Latina tomó prestada esa institución, a fines de la década de los noventa, Estados Unidos tenía más de un siglo construyendo capacidades en torno al concepto de regulación.

Es decir, la región tomó prestada una institución propia de un Estado con mayores capacidades, con la intención de reproducir sus mismos resultados, a pesar de que la región se ha visto históricamente afectada por su fragilidad estatal³⁸. Por lo anterior, la introducción del concepto de regulación en el derecho administrativo latinoamericano respondió a un caso de mimetismo isomórfico, esto es, la reproducción de instituciones creadas en Estados con mayor capacidad, intentando con ello replicar resultados similares. No sorprende, por todo lo expuesto, que las políticas de liberalización en la región no hayan logrado los resultados esperados luego del Consenso de Washington³⁹. De allí, una lección central en las ciencias administrativas: el crecimiento económico rara vez puede impulsarse solo con reformas institucionales, tanto más si estas reproducen instituciones foráneas⁴⁰.

No obstante, los problemas no acaban aquí. Pues, debido a que el derecho administrativo de América Latina tomó prestada la institución de la regulación del derecho administrativo de Estados Unidos, se mantiene abierta la discusión teórica sobre cuál es su concepto y relación con la teoría de la actividad administrativa. Así, por un lado, se sostiene que es posible estudiar, con cierta autonomía científica, el derecho administrativo de la regulación económica, entendiéndose que la regulación responde a un tipo especial de la actividad administrativa, diferente a la tradicional distinción cuatripartita ya estudiada. Por otro lado, y frente a esta posición, se ha observado que la actividad de regulación no es más que la actividad administrativa de ordenación y limitación, sujeta, como tal, al derecho administrativo⁴¹. Esta discusión, como vimos, está presente en el Decreto Legislativo 1599,

³⁴ Véase a Dixon y Landau (2021, p. 36).

³⁵ Véase a Andrews *et al.* (2017).

³⁶ Véase a Fukuyama (2014, p. 26 y siguientes).

³⁷ Véase a Vermeule (2018, p. 24 y siguientes).

³⁸ Véase a Mazzuca (2021, p. 387 y siguientes).

³⁹ Véase a Hausmann (2011).

⁴⁰ Véase a Andrews (2003, p. 213 y siguientes).

⁴¹ Danós (2015) reconoce que el concepto de regulación se tomó del Derecho de Estados Unidos, y fue incorporado en Iberoamérica en el contexto liberalizador.

ante las dudas jurídicas sobre cómo interpretar la palabra ‘regulación’: como un tipo especial de intervención administrativa o, simplemente, como la función administrativa de ordenación y limitación.

De manera tradicional, hemos venido defendiendo la segunda posición⁴². Como escribe Ramón Huapaya Tapia:

[...] mal se hace en pretender afirmar la “novedad” de un derecho de la “regulación” como algo novedoso y que “superaría” la doctrina del Derecho Administrativo, tanto en los países anglosajones como en los pertenecientes al sistema continental de Derecho Administrativo⁴³. (2010, p. 309)

De hecho, siuviésemos que traducir al español el concepto de regulación en el derecho administrativo de Estados Unidos, aludiríamos a la actividad administrativa de ordenación y limitación que restringe, de manera forzosa, el ejercicio de libertades económicas. Su encuadre conceptual, por ello, no es otro que el del derecho administrativo económico, concepto muy trabajado en España y Francia en la segunda mitad del pasado siglo⁴⁴, e introducido en la región⁴⁵. Con lo cual, cuando el Decreto Legislativo 1599 alude a la ‘regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones’, está haciendo mención en torno a las técnicas administrativas de ordenación y limitación sobre estos servicios, incluyendo, en especial, a la ordenación por medio de reglamentos.

Sin embargo, ello no quiere decir que la referencia comparada al concepto de regulación en Estados Unidos sea irrelevante. Por el contrario, la referencia comparada –ya no más una simple trasposición– a la teoría de la regulación resulta especialmente útil para atemperar los resabios de la visión del derecho administrativo centrado en el poder. Como Ricardo Rivero Ortega ha señalado, la referencia a la regulación debe aludir a nuevos paradigmas en la intervención de la administración en la economía. No obstante, no necesariamente agregamos a la incorporación de un nuevo concepto⁴⁶. Ciertamente, los rasgos que se identifican como distintivos del derecho administrativo de la regulación responden, en realidad, a este cambio de paradigma⁴⁷.

El cambio de paradigma al cual nos referimos parte de pasar del derecho administrativo económico, basado en la interpretación y concreción unilateral del interés público, al Derecho basado en el análisis económico. Desde la centralidad del interés público, el control de la actividad administrativa se enfrenta a importantes obstáculos, pues, en suma, la administración económica cuenta con un amplio margen de apreciación política para valorar qué es el orden o el interés público. No obstante, desde la óptica del análisis económico, la justificación de la intervención administrativa no es el abstracto interés público, sino el análisis económico del Derecho y, en concreto, la teoría de los fallos de mercado y la promoción de la eficiencia. De esa manera, es muy difícil precisar si determinada medida de intervención protege o no el interés público. Empero, es mucho más factible determinar si esa intervención corrige o no, de manera adecuada, los fallos de mercado, incrementando la eficiencia. El análisis económico no elimina la discrecionalidad administrativa, pero sí acota mucho más su control.

El análisis económico del Derecho permite, en especial, concretizar mejor los principios generales, como la eficiencia, la eficacia y la proporcionalidad. En el derecho administrativo centrado en el interés público, la aplicación del principio de proporcionalidad tiene un alto componente retórico; bajo el análisis económico, la aplicación de tal principio es mucho más precisa. Por ello, el análisis económico favorece la visión del derecho administrativo centrado en la persona y su dignidad, superando así la visión del derecho administrativo centrado en el poder. Todo ello, como ha observado Esteve Pardo, favorece el rol del Estado como garante del desarrollo económico⁴⁸. Este cambio de paradigma, como se amplía en la sección siguiente, está presente en el Decreto Legislativo 1599, el cual alude a la regulación que pueda ‘colaborar con las innovaciones’. Para lograr este objetivo, el Decreto se inspira en la figura del ‘*regulatory sandbox*’, pero sin ocuparse de precisar el alcance jurídico de esta expresión.

Con lo cual, desde la región, es más útil promover el estudio interdisciplinario del derecho administrativo económico, antes que seguir insistiendo en la pretendida autonomía científica de la actividad administrativa de regulación económica, o tratar

⁴² Véase a Hernández (2006).

⁴³ Véase a Huapaya (2010, p. 309); (2011, p. 633 y siguientes).

⁴⁴ Por todos, véase a Colson (1997, pp. 20-24); Martín-Retortillo (1991, p. 63 y siguientes).

⁴⁵ Véase a Vergara (2018, p. 21 y siguientes).

⁴⁶ Véase a Rivero (2021, p. 20 y siguientes).

⁴⁷ Véase a Moreno (2019, p. 56 y siguientes).

⁴⁸ Véase a Esteve Pardo (2021, p. 27).

de encontrar, en el *'regulatory sandbox'*, una nueva modalidad de la actividad administrativa. Desde esta visión, también es necesario tener presente que la intervención administrativa de ordenación y limitación no se justifica únicamente en los fallos de mercado⁴⁹, pues, como veremos, también la administración tiene un rol que cumplir en la creación de mercados, conforme precisa el Decreto Legislativo 1599.

III. LA BURBUJA REGULATORIA: ¿ESPACIOS DE EXPERIMENTACIÓN O MIMETISMO ISOMÓRFICO?

El cambio semántico de la palabra *'regulación'*, al cual aludimos en la primera parte, ha adquirido una nueva dimensión en el siglo XXI, por la profusión de instituciones orientadas a la mejora regulatoria y, en concreto, a los llamados *'sandboxes regulatorios'*, o espacios de prueba controlados para la experimentación, tal y como lo hace el Decreto Legislativo 1599. América Latina ha reproducido instituciones de mejora regulatoria diseñadas en Estados con mayor capacidad institucional y, tanto más importante, con distintos paradigmas jurídico-administrativos. Si no se toman en cuenta estos paradigmas, existe el riesgo de que estos espacios, como sucede con el Decreto Legislativo 1599 en el sector de las telecomunicaciones, queden tan solo como *'instituciones vitrina'*, con una mermada efectividad práctica.

A. La propuesta de burbuja regulatoria en el sector de las telecomunicaciones del Perú y el Decreto Legislativo 1599

Hace algún tiempo, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones del Perú (en adelante, MTC) publicó un reporte titulado *"Innovación para Conectar: Estrategias y medidas de regulación inteligente para reducir la brecha digital"*⁵⁰ (2023). El reporte resume las políticas públicas para cerrar la brecha digital, o sea, la desigualdad en el acceso a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC). A su vez, el mismo se enfocó en los servicios de telecomunicaciones, especialmente, en lo referido al acceso al internet.

Una de las políticas públicas recomendadas para cerrar esa brecha fue promover la inversión privada. Para ello, el reporte aconsejó:

[...] diseñar e implementar una "burbuja regulatoria", de carácter temporal y similar a la figura de *sandbox* regulatorio, que se aplique a casos particulares que eximan a los operadores de algunas obligaciones como, por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones de calidad y cobertura, y canon por servicios portadores, en áreas rurales y en aquellas zonas que aún no cuentan con internet móvil 4G⁵¹. (2023, p. 42)

De acuerdo con Nakagawa y Aguilar, a los fines de aumentar la conectividad, es preciso —entre otras medidas— implementar *'sandboxes regulatorios'*, para que los "mismos agentes que están en el mercado u otros, puedan plantear innovaciones y ofrecer nuevos servicios, bajo una burbuja regulatoria, que genere predictibilidad y permita presentar casos de negocio, en un marco de confianza y colaboración público-privado"⁵² (2021, p. 69).

Esta propuesta alude a una técnica de intervención administrativa en el sector de las telecomunicaciones, pero descrita a partir del uso de una expresión que no es conocida en el derecho administrativo, como lo es la *'burbuja regulatoria'*. De hecho, salvo las referencias mencionadas, no parece existir mucha información sobre el significado de esta expresión. Empero, la referencia al *'sandbox regulatorio'* permite deducir cuál podría ser el concepto jurídico de *'burbuja regulatoria'*, institución que parte, en suma, de la implantación de figuras jurídicas diseñadas para otros sistemas.

El *'sandbox'*, en el idioma español, se traduce como espacio controlado de pruebas⁵³. Esta institución es conocida en el derecho administrativo de Estados Unidos, y su propósito es crear:

[...] un espacio seguro regulatorio para instituciones financieras innovadoras y actividades respaldadas por tecnología, [que funcione como un] entorno para que las empresas prueben productos con menos riesgo de ser «castigados» por el regulador por incumplimiento. A cambio, los reguladores requieren que los solicitantes incorporen salvaguardas apropiadas para aislar al mercado de los riesgos de su negocio innovador. (Zetzsche, 2017, p. 45) [traducción libre]⁵⁴

⁴⁹ El primer elemento diferenciador es la teoría de los fallos de mercado, como la justificación de la regulación. Véase a Sacristán (2018, p. 615 y siguientes).

⁵⁰ Véase a Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2023).

⁵¹ Véase a la misma entidad pública (2023, p. 42).

⁵² Véase a Nakagawa y Aguilar (2021, p. 69).

⁵³ Expresión recomendada por la Fundación del Español Urgente.

⁵⁴ Véase a Zetzsche (2017, p. 31 y siguientes).

Este espacio se ha utilizado en la regulación de servicios financieros que se basan en nuevas tecnologías asociadas a la cuarta revolución industrial, en lo que se conoce como *FinTech* o servicios tecnofinancieros⁵⁵.

Como se observa, la introducción de este concepto en el derecho administrativo latinoamericano genera importantes problemas de adaptación conceptual, comenzando por el recurrente uso de la palabra 'regulación'. De allí que, para poder analizar mejor el concepto de espacio de prueba, y así adaptarlo al sistema del derecho administrativo de la región, debamos explicar su propósito desde el análisis económico. Esto, a su vez, nos permitirá entender mejor el sentido de la expresión 'burbuja regulatoria'.

Como explicamos en la primera parte, por sus orígenes históricos, en el derecho administrativo de Estados Unidos la regulación se orienta a corregir fallos de mercado, como sucedió con el monopolio natural que justificó la temprana intervención sobre el precio (tarifa) de los ferrocarriles. Por ello, usualmente, la justificación de la regulación económica es la corrección de los fallos de mercado⁵⁶. Tal fue el enfoque inicial que en Estados Unidos se dio a las actividades económicas que impactan intensamente en el interés general y cuya adecuada gestión debe ser garantizada por el Estado, conocidas como actividades de interés público o *public utilities*⁵⁷. Como resultado, la actividad administrativa es subsidiaria a los mecanismos de mercado, en el sentido de que su ejercicio solo se justifica cuando los mercados fallan y, por ende, no pueden asegurar el intercambio eficiente de bienes y servicios.

Sin embargo, los cambios tecnológicos asociados a la cuarta revolución industrial han demostrado que, junto a los fallos de mercado, también se encuentran los 'mercados inexistentes'. Esta expresión, paradójica en muchos sentidos, describe los casos en los cuales el mercado no emplea nuevas tecnologías para innovar en la oferta de bienes y servicios, lo cual genera oportunidades perdidas en términos de eficiencia y eficacia. La barrera al uso de estas tecnologías responde, en realidad, a fallos de mercado, como asimetrías de la informa-

ción y costos hundidos. Así, el mercado no logra coordinar los conocimientos necesarios para el diseño e implementación de nuevas tecnologías, mientras que estas requieren grandes inversiones que, eventualmente, podrán derivar en experiencias fallidas. Estas barreras, en suma, obstruyen la innovación. Frente a esta situación, en economía se ha propuesto, y en concordancia con Mariana Mazzucato, que el Estado no solo debe corregir fallos de mercado, sino que debe también ayudar a crear mercados (2022)⁵⁸.

Así, la administración puede ayudar a remover los obstáculos para la innovación tecnológica, en especial, la asimetría de la información y los costos hundidos. Para lo primero, la administración puede desplegar su actividad prestacional a los fines de favorecer la coordinación entre operadores económicos y, con ello, facilitar el intercambio de la información, por ejemplo, creando un centro para la innovación dentro de la organización administrativa. También la tradicional actividad de fomento permitiría reducir los costos de inversión asociados al uso de las nuevas tecnologías, favoreciendo su diseminación. El uso de la actividad administrativa de ordenación y limitación presenta mayor complejidad.

Tomando el ejemplo de los servicios tecnofinancieros, cabe recordar que, a nivel comparado, el Estado suele crear una administración sectorial —por ejemplo, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones en el Perú— para la ordenación y limitación de la actividad financiera. Dentro de las limitaciones que el legislador puede establecer al ejercicio de la libertad de empresa, encontramos la autorización, que no solo permite el ejercicio de esa libertad para prestar servicios financieros, sino que, además, somete al operador económico al ordenamiento jurídico sectorial bancario, esto es, la autorización con funcionalidad operativa, cuya implementación queda a cargo de la administración sectorial⁵⁹. Desde el punto de vista económico, esta técnica se orienta a atender a fallos de mercado, típicamente, las asimetrías de la información⁶⁰. Sin embargo, estas técnicas generan mayores obstáculos al uso de las nuevas tecnologías.

⁵⁵ Expresión recomendada por la Fundación del Español Urgente. Véase Madir (2021, p. 4 y siguientes); Bijkerk (2019). Para una visión comparada de las políticas públicas adoptadas en la materia, véase a Bijkerk (2021).

⁵⁶ Véase a Danós (2015).

⁵⁷ Véase a Freund (1928, p. 304 y siguientes).

⁵⁸ Véase a Mazzucato (2022, p. 58 y siguientes).

⁵⁹ Esto es lo que se conoce como 'autorización con funcionalidad operativa', pues no solo levanta el obstáculo legal que impide el ejercicio de la libertad de empresa, sino que, además, somete al operador al ordenamiento jurídico sectorial, compuesto especialmente por normas reglamentarias. Véase a Hernández (2006).

⁶⁰ Véase a Alexander (2019, p. 33 y siguientes).

En efecto, las nuevas tecnologías responden a conocimientos todavía experimentales, en los cuales es necesario acudir al ensayo y error para descubrir nuevas aplicaciones y soluciones, o sea, para innovar⁶¹. Esto genera una suerte de contradicción: para prestar servicios financieros basados en nuevas tecnologías, los operadores deben someterse al ordenamiento sectorial bancario que limita la innovación. En la visión tradicional, este ordenamiento sectorial, a través de la potestad de supervisión, incluye la potestad sancionadora y, en general, la potestad de dictar órdenes en protección de los usuarios y la estabilidad del sistema. Por ello, la experimentación e innovación puede conducir a ‘errores’ que den lugar a sanciones u órdenes, lo cual eleva el riesgo del uso experimental de las nuevas tecnologías. Por otro lado, la técnica autorizatoria usualmente requiere demostrar capacidades y conocimientos que suelen no estar presentes en los servicios tecnofinancieros. Como resultado, el tradicional enfoque del ordenamiento sectorial puede frustrar la innovación.

Para solucionar esta aparente contradicción, en la economía se ha propuesto un nuevo enfoque, en el cual el Estado no se orienta a corregir fallos de mercado sino a estimular la innovación para crear nuevos mercados. Por un lado, esto aconseja ajustar las técnicas de intervención administrativa a la innovación, reduciendo con ello las cargas y deberes de los operadores para estimular la experimentación y el error que, lejos de ser una conducta censurable, pasa a ser un componente vital de la innovación. No obstante, al mismo tiempo, estas técnicas deben prevenir que esta experimentación cause daños a terceros, como los usuarios. Para cumplir ambos objetivos, se propuso someter a los servicios tecnofinancieros a una regulación que, por un lado, favorezca la innovación y, por el otro, aísle los posibles daños a terceros y al mercado. Como resultado, la regulación de los servicios tecnofinancieros crea ‘espacios’ en los cuales los operadores experimentan prestando específicos servicios a terceros, mientras que el regulador monitorea los servicios y coadyuva a su perfeccionamiento, controlando posibles daños a los usuarios (que son otra falla de mercado, a saber, externalidades negativas). Si la experimentación logra brindar resultados exitosos, el operador ‘sale’ de este espacio de prueba, para operar bajo la regulación bancaria ordinaria.

Esta nueva técnica de intervención administrativa se ha venido implementando en la región, en el

contexto de la tendencia por aprobar leyes de mejora regulatoria que, en suma, se orientan a promover la calidad de la regulación y, con ello, sus efectos positivos sobre la innovación⁶². Con lo cual, la ‘burbuja regulatoria’ propuesta en el servicio de telecomunicaciones del Perú es, así, un espacio de prueba regulatorio. De esa manera, una de las razones que, según el referido reporte, explican la brecha digital son los fallos de mercado que obstruyen la innovación, lo cual genera barreras para la experimentación e innovación que, por medio de nuevas tecnologías, permitirían ampliar el acceso a servicios de telecomunicaciones. Para atraer la inversión privada, la propuesta consiste en atender estos fallos creando un espacio regulatorio en el cual los operadores, en coordinación con la administración, experimenten para crear nuevas formas de prestar servicios de telecomunicaciones⁶³.

¿Cómo se instrumenta jurídicamente este espacio? Se trata de un espacio legal, traducido en un ordenamiento jurídico especial. Por ello, la burbuja regulatoria requiere que la administración autorice la prestación de servicios de telecomunicaciones empleando nuevas tecnologías, pero en modo experimental. Es decir, no se trata de la autorización que, en general, permite a los operadores de telecomunicaciones prestar servicios, sino de una autorización especial, de alcance limitado, por la cual los operadores prestan servicios para experimentar y, así, innovar. Esta autorización se basa en el ordenamiento sectorial igualmente especial, en el cual el rol de la administración no es tanto supervisar, ordenar y sancionar, sino acompañar el proceso de experimentación. En otros términos, este espacio requiere de un ordenamiento jurídico especial, en el cual los operadores no se sometan a las restricciones generales aplicables al resto de los operadores.

Por su parte, el rol de la administración no es solo ordenar y limitar el ejercicio de servicios de telecomunicaciones experimentales, sino ayudar al proceso de experimentación, facilitando la coordinación entre operadores. La finalidad de la administración es fomentar o promover la innovación, a través de la implementación de un ordenamiento jurídico especial que reduzca las barreras que frustran la innovación. No se trata, claro está, de la tradicional actividad de fomento, en tanto que esta es una actividad prestacional, mientras que los espacios de prueba, como vimos, se basan en las técnicas de ordenación y limitación.

⁶¹ Véase a Mazzucato (2022).

⁶² Nos remitimos al análisis comparado. Véase a Hernández (2024, p. 29 y siguientes).

⁶³ Véase a Nakagawa y Aguilar (2021).

La implementación de este ordenamiento jurídico especial pasa por técnicas de derecho administrativo económico, lo que requiere solucionar, como primer problema, la base legal de tal ordenamiento. Así, los espacios de prueba limitan la libertad de empresa, con lo cual, ellos son materia de la reserva legal, lo que requiere que la ley enuncie, al menos en sus aspectos centrales, las técnicas de limitación al ejercicio de la libertad de empresa, incluida la autorizatoria. En concreto, la seguridad jurídica aconseja que esa base legal justifique que los operadores que prestan actividades bajo esta autorización especial no queden sometidos a las normas generales sobre órdenes y, en especial, sanciones. A todo evento, la especificidad de este ordenamiento aconseja que sea el reglamento el que, complementando la ley, defina los detalles del ordenamiento jurídico especial creado para favorecer la experimentación. En ejecución de este ordenamiento, los operadores interesados en prestar servicios experimentales pueden solicitar la correspondiente autorización, la cual no solo permite el ejercicio de la libertad de empresa prestando estos servicios, sino que, además, somete al operador al ordenamiento especial que, nuevamente, no es el que rige, en general, las telecomunicaciones, sino el ordenamiento especial para la innovación.

Precisamente, tal es el enfoque adoptado en el Perú a través del Decreto Legislativo 1599 del 20 de diciembre de 2023, el cual implementó la propuesta de la burbuja regulatoria. Este texto está motivado principalmente por la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios públicos de las telecomunicaciones, todo lo cual justifica adoptar políticas de promoción de la innovación, como “establecer mecanismos de flexibilización de obligaciones normativas con la finalidad de reducir la referida brecha”⁶⁴ (p. 9). Para atender a este objetivo, e inspirado en las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), el Decreto se propone introducir la figura del ‘*sandbox* regulatorio’ mediante regulaciones reflexibles, capaces de adaptarse y “anticipar y colaborar con las innovaciones”⁶⁵ (p. 10). Para alcanzar estos objetivos, el Decreto legisla sobre diversas técnicas de la actividad administrativa, cuyos principios podemos resumir de la siguiente manera:

- En primer lugar, encontramos el principio de innovación. El Decreto establece las bases

de una ordenación jurídica para la promoción de la innovación, y que se diseña como un ordenamiento especial dentro del ordenamiento general y sectorial de telecomunicaciones. Precisamente, el Decreto otorga la base legal para adaptar el ordenamiento sectorial a las exigencias para la innovación.

- En segundo lugar, encontramos el principio de flexibilidad. El ordenamiento especial está conformado por reglas que imponen limitaciones más flexibles al ejercicio de la libertad de empresa, en comparación con las limitaciones derivadas del ordenamiento general. Este tratamiento diferenciado, acorde al artículo 2.1 del Decreto, se justifica por las especiales exigencias de la innovación (2023).
- El tercer principio es la potestad reglamentaria. Los artículos 2 y 3 remiten, a normas reglamentarias, la concreción de las reglas flexibles a las cuales se someterán los operadores de telecomunicaciones. De hecho, el aludido artículo 2.1, a su vez, faculta al MTC a ‘flexibilizar la regulación’, lo que se traduce en la potestad reglamentaria que crea, para estos servicios, un régimen jurídico-administrativo especial. El alcance de esa reglamentación es precisado en el artículo 3.1 en cuanto a la finalidad perseguida: “otorgar la flexibilización o exención temporal de las obligaciones establecidas en las normas que regulan las condiciones de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones, y la asignación de recursos escasos en el sector telecomunicaciones” (p. 10).
- En cuarto lugar, encontramos el principio ‘autorizatorio’. De esa manera, la aplicación del ordenamiento jurídico especial requiere que los operadores interesados soliciten y obtengan la correspondiente autorización (conforme al artículo 2.1). Una vez que la administración define, vía reglamento, las reglas especiales que regirán a los servicios de telecomunicaciones, los interesados podrán solicitar la autorización correspondiente que, una vez otorgada, no solo permitirá el ejercicio de los servicios de telecomunicaciones, sino que, además, someterá al operador

⁶⁴ El decreto establece otras medidas para promocionar la innovación, que se enmarcan en la actividad prestacional, como el financiamiento de proyectos (artículo 6). Nuestro interés se centra en la actividad administrativa de ordenación y limitación.

⁶⁵ De la OCDE, véase a Attrey (2020).

al ordenamiento jurídico especial, como por lo demás se infiere del artículo 4.1⁶⁶.

- El quinto principio es la proporcionalidad. El ordenamiento sectorial especial es específico, tanto en lo relacionado con el tipo de servicios a los cuales aplica como al tiempo (artículos 2.1 y 3.1)⁶⁷. La especificidad es el resultado del principio de proporcionalidad, pues la administración solo puede exceptuar a operadores de telecomunicaciones del ordenamiento sectorial general, en la medida en que sea estrictamente necesario en función del tipo de servicio prestado y el tiempo necesario para la innovación. Por consiguiente, el artículo 3.1 acota que el ordenamiento especial debe respetar compromisos internacionales y deberes de orden público, por ejemplo, relacionados con la protección del ambiente. En especial, el artículo 3.3 recalca el deber de la administración de proteger los derechos de los usuarios, la correcta administración del espectro radioeléctrico y la defensa de la libre y leal competencia. Es decir, que la especificidad del ordenamiento jurídico no equivale a la inaplicación de todo el ordenamiento jurídico, sino, tan solo, a la creación de reglas especiales que flexibilizan las limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa derivadas del ordenamiento sectorial de telecomunicaciones, en la medida en que ello sea indispensable para promover la innovación⁶⁸.
- El sexto y último principio, conforme al artículo 3.4, es la supervisión. El MTC “realiza el monitoreo y supervisión de los impactos y beneficios obtenidos durante la implementación de los proyectos” (p. 10). Esta actividad administrativa, en todo caso, no se circunscribe a la tradicional visión de asegurar el cumplimiento de las reglas legales y reglamentarias y, de ser el caso, imponer órdenes o sanciones. Lo verdaderamente importante es que la supervisión se orienta a acompañar el proceso de innovación, in-

cluso ajustando el marco normativo cuando sea necesario, como por lo demás lo acota la referida norma.

El Decreto Supremo 005-2025-MTC, del 2 de abril de 2025, contentivo del reglamento del Decreto Legislativo 1599, desarrolla estos seis principios. Así, su artículo 4 aclara que la flexibilización o exención regulatoria aplicará en el “espacio controlado de experimentación o desarrollo, [para la ejecución de] proyectos innovadores o para el cierre de brechas, por un período [y alcance geográfico específico]” (p. 40), conforme al artículo 4.2. Estos espacios son, por ende, un ordenamiento jurídico especial que será determinado por una previa convocatoria pública, para permitir a los interesados solicitar que, conforme a los artículos 5 y 6, se les ‘otorgue un espacio controlado de experimentación o desarrollo’. En realidad, la administración no ‘otorga’ el espacio regulatorio, sino la autorización que somete al operador al ordenamiento jurídico especial, diseñado para favorecer la experimentación e innovación.

Como puede observarse, la ‘burbuja regulatoria’ a la cual se hizo referencia en 2023, ha sido implementada a través de un espacio de prueba regulatorio que, más allá de la novedad de su diseño, responde a técnicas tradicionales del derecho administrativo, como la potestad reglamentaria, la potestad autorizatoria y la potestad de supervisión. Sin embargo, estas técnicas deben ser interpretadas y aplicadas a través de nuevos paradigmas que favorezcan a que el derecho administrativo sea un motor –y no un freno– a la innovación.

B. Los cambios de paradigma necesarios para la efectiva adopción del Decreto Legislativo 1599

El Consenso de Washington, como explicamos, derivó en instituciones que favorecieron una suerte de modelo único de regulación, como sucedió en las telecomunicaciones y la difusión de instituciones como el acceso de terceros a la red o el servicio universal. Este enfoque consideró que las insti-

⁶⁶ Nótese cómo esta técnica coincide con la autorización con funcionalidad operativa, a la cual antes hicimos referencia. Así, no solo la administración permite la prestación de servicios de telecomunicaciones, sino que, además, al otorgar la autorización, somete al operador, automáticamente, al marco legal y reglamentario dictado para la promoción de la innovación.

⁶⁷ El artículo 2.1 enumera dos tipos de servicios de telecomunicaciones que pueden quedar sometidos a este régimen: (i) proyectos y soluciones innovadoras “en cualquier aspecto de la provisión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones que permitan optimizar el acceso y uso de servicios públicos de telecomunicaciones”, y (ii) el “despliegue de infraestructura y la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en áreas rurales o de preferente interés social o que no cuenten con servicios públicos de telecomunicaciones, las cuales son determinadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones” (2023, p. 10).

⁶⁸ Tal como acota el artículo 4.2.

tuciones —en su sentido económico de reglas que reducen los costos de transacción⁶⁹— eran clave para el desarrollo y que, por ende, el mismo diseño institucional podía generar resultados igualmente similares. La experiencia demostró que este enfoque no era el adecuado.

Así, las instituciones son, ante todo, productos sociales, de lo cual resulta que su diseño no puede seguir un proceso de ‘arriba hacia abajo’, es decir, el diseño de un modelo universal de instituciones que luego se implanta en determinado país. Esto equivale a adoptar las instituciones políticas de Dinamarca con el propósito de alcanzar el mismo nivel de desarrollo de ese país. Especialmente en América Latina, este enfoque derivó en la importación de ambiciosas instituciones, pensadas para Estados con mayores capacidades. La región quiso, así, ‘parecerse a un Estado’, importando estas instituciones inspiradas en el contexto liberalizador⁷⁰.

Por el contrario, las instituciones surgen de un proceso de ‘abajo hacia arriba’, en el cual la sociedad evoluciona creando capacidades que dan lugar a instituciones propias. Esto no impide, por supuesto, la aplicación del método comparado para observar cómo otros diseños institucionales podrían ser útiles. No obstante, este método comparado no puede llevarse al extremo de importar, sin modificación, instituciones surgidas en otros contextos políticos, sociales y jurídicos⁷¹. Es en el aspecto jurídico en el cual queremos detenernos.

El derecho administrativo es, para Allan Brewer-Carías, un derecho estatal, pues regula un área específica del quehacer del Estado, en la cual este se interrelaciona con las personas directamente para la gestión de los cometidos públicos⁷². Con lo cual, como observa Linde Panigua, el derecho administrativo es una categoría histórica, pues su contenido responde a las específicas condiciones políticas, sociales y económicas en las cuales se desenvuelve, lo que ayuda a comprender la flexibilidad de esta disciplina⁷³ (2009). Estas notas colocan en evidencia el riesgo de trasladar las instituciones jurídicas

co-administrativas surgidas en contextos políticos específicos a otras realidades. Tal es, en suma, la principal crítica que hemos hecho a la incorporación del concepto de regulación en América Latina, según explicamos en la primera parte.

Precisamente, el reto más importante al implementar los espacios de prueba en el derecho administrativo de América Latina, es tomar en cuenta esta diferencia institucional, y evitar que estos espacios terminen siendo lo que se llama una ‘institución vitrina’, es decir, una institución jurídica que exhibe importantes y favorables cambios, pero con poca o nula efectividad práctica⁷⁴. Para evitar que la llamada burbuja regulatoria termine siendo una institución de este tipo, es preciso cambiar ciertos paradigmas tradicionales del derecho administrativo. En concreto, es necesario asumir paradigmas que favorezcan la innovación y la experimentación y que, por ello, partan de la complementariedad entre el sector público y el privado, abandonando instituciones de sesgo estatista que permanecen todavía en vigor, como es el caso paradigmático del servicio público.

En efecto, el derecho administrativo latinoamericano se formó como un derecho estatista centrado en el poder y en la visión según la cual el sector público y privado son rivales. El servicio público, más allá de su imprecisión conceptual, denota esta rivalidad, pues las actividades de servicio público pertenecen a la esfera de lo público, no a la de lo privado. Por el contrario, la esfera de lo privado se subordina al interés público, lo que se traduce en potestades que permiten a la administración crear, extinguir y modificar, de manera unilateral, relaciones jurídico-subjetivas. De allí, la predominancia del interés público, la actuación unilateral, el acto administrativo y, en suma, la idea de potestades como poderes que subordinan a los ‘administrados’, en especial, la potestad sancionadora⁷⁵.

En el derecho administrativo económico, este paradigma favorece la visión estatista del desarrollo, reafirmando el rol central del Estado en la econo-

⁶⁹ Seguimos el concepto económico de instituciones, como las reglas que de manera coactiva inciden en el intercambio de bienes y servicios y, por ende, influyen en los costos de transacción. Estas instituciones, de manera especial, asignan derechos económicos y fijan reglas de solución de controversia (instituciones económicas), al tiempo que determinan la organización del Estado (instituciones políticas). Véase a North (1999, p. 3 y siguientes).

⁷⁰ Véase a Pritchett (2013, p. 1 y siguientes).

⁷¹ Véase a Daron y James (2012, p. 70 y siguientes).

⁷² Véase a Brewer-Carías (2013, p. 158 y siguientes).

⁷³ Véase a Linde Paniagua (2009, p. 92 y siguientes).

⁷⁴ La región ha adoptado ambiciosas reformas jurídicas, no para implementarlas, sino para exhibirlas como signo de progreso. Estas reformas son, así, ‘instituciones vitrina’ pues pretenden crear la imagen de una refinada capacidad estatal, que puede terminar siendo una mera ilusión. Véase a Brinks (2019, p. 11 y siguientes).

⁷⁵ Véase a Escola (1989, p. 19 y siguientes).

mía y concentrando en este el proceso de toma de decisiones, incluso por medio de potestades de intensa ordenación y limitación. El rasgo de la *publicatio* en el servicio público, más allá de sus variantes, refleja precisamente este énfasis en lo público y su contraposición a lo privado. Bajo estos esquemas, el derecho administrativo económico no fomenta la innovación y la experimentación; por el contrario, crea barreras, especialmente porque la experimentación y sus errores entran en tensión con las potestades anejas al servicio público⁷⁶. Ciertamente, luego de las políticas de liberalización de fines del siglo pasado, la intensidad de la *publicatio* tendió a reducirse, al menos, en un ámbito teórico. No obstante, como hemos explicado en otro lugar, en la región, la tesis del nuevo servicio público no logró cambiar los paradigmas de la *publicatio* y el rol estatista del desarrollo⁷⁷.

Los espacios de prueba regulatorios se enfrentan a los paradigmas del derecho administrativo económico centrado en el interés público y la acción unilateral. Hasta ahora, pareciera que la región ha prestado más atención a la importación de diseños jurídicos basados en la figura de la regulación y las buenas prácticas, en especial, las propuestas por organismos como la OCDE⁷⁸. El riesgo de esta visión es el mimetismo isomórfico, es decir, la adopción de sofisticadas fórmulas legales para crear espacios de prueba inspiradas en instituciones pensadas para Estados con adecuada capacidad estatal, cuya efectiva aplicación; sin embargo, se ve afectada no solo por la fragilidad estatal, sino, además, por la inadecuación entre los fundamentos de estos espacios y los paradigmas del derecho administrativo centrados en el interés público.

Desde la perspectiva de las políticas públicas, el derecho administrativo opera como un filtro, en el sentido de que la implementación de estas políticas pasa por el tamiz de las instituciones formales e informales del derecho administrativo, las cuales terminan permeando a las políticas e incidiendo en sus resultados. Esta es una de las razones por las cuales políticas similares, pueden dar lugar a resultados distintos: el mismo diseño jurídico de los espacios de prueba puede derivar en resultados diferentes según el ‘ecosistema’ del derecho administrativo en el que se aplique⁷⁹. Para evitar este riesgo, además de la adecuación del diseño jurídico-

co a la realidad concreta en la que este se aplica, es necesario pasar del derecho administrativo centrado en el interés público al derecho administrativo centrado en la innovación.

Mientras que el derecho administrativo centrado en el interés público descansa en el concepto de potestad, es decir, la acción unilateral de la administración para ordenar y limitar determinado sector económico, el derecho administrativo centrado en la innovación parte de la complementariedad entre el sector público y privado, destacando el rol de la administración al promover la coordinación y reducir los costos de información que pueden frenar la innovación. Del derecho administrativo basado en la rivalidad entre el sector público y privado, debe pasarse al derecho centrado en la complementariedad entre ambos sectores, de conformidad con la figura del Estado garante⁸⁰.

Asimismo, desde el prisma del interés público, especialmente desde fines del siglo pasado, la intervención administrativa en la economía se ha justificado en atender fallos de mercado, en una visión que reproduce, en cierto modo, la idea de rivalidad, pero ahora basándose en la primacía del mercado en la innovación. Sin embargo, como explicamos, no solo los fallos del mercado pueden obstruir la innovación: también la ausencia de mercados resulta un importante obstáculo, en la medida en que los operadores económicos se enfrenten a barreras que obstruyen experimentar con nuevas tecnologías para ofrecer nuevos bienes y servicios. Con lo cual, en el derecho administrativo para la innovación, la administración participa con el sector privado en la experimentación con nuevas tecnologías, acompañando este proceso creativo, tal y como se deduce del artículo 1 del Decreto Legislativo 1599.

Así, la intervención administrativa, de acuerdo con el referido artículo, no se justifica solamente para paliar fallos de mercado o atender a riesgos. La intervención administrativa, por el contrario, se orienta a “promover la innovación tecnológica, la reducción de la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones a través de la implementación de proyectos y soluciones innovadoras” (p. 10). Como se apreció, el uso del verbo ‘promover’ no debe conducir a equívocos al tratar de enmarcar esta actividad en

⁷⁶ Sobre el alcance de la *publicatio*, desde el método comparado, véase a Araujo-Juárez (2024, p. 325 y siguientes).

⁷⁷ Véase a Hernández (2011, p. 877 y siguientes).

⁷⁸ Como ha sucedido con la mejora regulatoria. Véase a Hernández (2024, p. 469).

⁷⁹ Véase a Solís (2024, p. 3).

⁸⁰ Véase a Esteve Pardo (2015, p. 10 y siguientes); Parejo (2016, p. 45).

una modalidad de fomento. Tampoco es necesario postular la existencia de una nueva modalidad de actividad administrativa, bajo el rótulo de regulación o regulación para la innovación. En un ejemplo de mimetismo isomórfico, se ha querido englobar a esta intervención bajo el rótulo '*RegTech*', que es la abreviación de la expresión en lengua inglesa '*regulatory technology*'⁸¹. No obstante, el uso de estas expresiones, como se aludió, solo agrega una mayor confusión a un nuevo panorama que precisa de importantes cambios de paradigmas y no, en realidad, de cambio de nombres a las categorías de la actividad administrativa.

Como vimos, con el fin de promover la innovación tecnológica, el Decreto Legislativo 1599 acude a técnicas intercambiables de la actividad administrativa, como la potestad reglamentaria, la potestad autorizatoria y la potestad de supervisión. Lo que cambia no son las técnicas, sino su finalidad: la actividad de ordenación y limitación debe orientarse a promover la innovación, lo que requiere abandonar estructuras centradas en la visión tradicional del interés público para adoptar estructuras basadas en la cooperación con el sector privado. Estas estructuras requieren pasar de un derecho administrativo que penaliza el error —a través de la potestad sancionadora— a otro que estimule el error, en tanto parte del proceso de auto-descubrimiento que favorece a la innovación.

Por ello, cuando el artículo 4.1 alude al acto administrativo que determina la 'flexibilización o exención regulatoria concreta', no se está refiriendo al tradicional acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, ni a la tradicional potestad de autotutela basada en la presunción de legalidad. No solo estas instituciones son muy poco relevantes para la promoción de la innovación, sino que, además, pueden derivar en barreras que frustren la innovación. El acto administrativo es, aquí, el resultado de la cooperación orientada a la experimentación, en la cual la administración favorece la coordinación. Esta visión tampoco es nueva, pues responde a la categoría de actos administrativos consensuales estudiada, entre otros, por Luciano Parejo Alfonso⁸².

La efectiva implementación de los espacios de prueba, o espacios controlados de experimentación para promover la innovación y contribuir al cierre de la brecha digital, no requiere importar instituciones foráneas, reproducir la teoría de la regulación ni incorporar anglicismos como el *RegTech*. Ello no quiere decir, por supuesto, que los

objetivos de estos espacios puedan obtenerse bajo la visión tradicional de la administración que unilateralmente ordena y limita el ejercicio de la libertad económica por medio de actos administrativos ejecutivos y ejecutorios que atienden a fallos de mercado o riesgos.

En realidad, para implementar efectivamente estos espacios, es necesario cambiar los paradigmas del derecho administrativo, desde la acción unilateral basada en la rivalidad entre el sector público y privado, hacia la acción cooperativa fundada en la complementariedad entre ambos sectores. En pocas palabras, lo que cambia no son las técnicas de la intervención administrativa, más allá de necesarios ajustes a la especificidad de estos espacios. Lo que debe cambiar es la finalidad de esas técnicas, que debe orientarse a promover la innovación tecnológica y, por ende, favorecer a la creación de mercados que, en suma, permitan cerrar la brecha digital.

IV. CONCLUSIONES

El Decreto Legislativo 1599, desarrollado reglamentariamente en el Decreto Supremo 005-2025-MTC, introduce en el derecho administrativo del Perú la figura conocida como '*regulatory sandbox*', o espacio controlado de pruebas. Esta modificación fue justificada ante la necesidad de crear una 'burbuja regulatoria' para contribuir a cerrar la brecha digital en el sector de las telecomunicaciones. Para estos fines, se creó un 'espacio controlado de experimentación' para fomentar la presentación de proyectos innovadores que faciliten el cierre de la brecha.

Desde el punto de vista jurídico, las expresiones empleadas presentan un reto importante de interpretación, al utilizarse conceptos que no son conocidos en el derecho administrativo de América Latina. En tal sentido, la referencia al '*regulatory sandbox*' puede ser considerada como un caso de mimetismo isomórfico, es decir, la adopción de instituciones foráneas, diseñadas para entornos jurídicos, económicos y sociales distintos, con el propósito de simular un mayor grado de capacidad institucional. El riesgo de este mimetismo es que la efectiva implementación de las reformas introducidas en el Decreto Legislativo 1599 podría verse afectada adversamente. Por ello, es importante determinar cuál es la técnica de interpretación que permite concretar los novedosos conceptos empleados en este Decreto, lo que puede hacerse a través de dos alternativas.

⁸¹ Véase a Villafuerte (2021, p. 235 y siguientes).

⁸² Véase a Parejo (2003, p. 11 y siguientes).

Una posible solución es enmarcar este espacio dentro de la teoría que concibe a la regulación económica como una técnica especial de intervención de la administración en la economía, orientada a paliar fallos de mercado. La narrativa del Decreto Legislativo 1599 podría contribuir a esta solución, por el énfasis dado a la importancia de la regulación económica para fomentar el uso de nuevas tecnologías que contribuyan a cerrar la brecha digital. Como consecuencia, estaríamos frente a una nueva técnica de intervención administrativa en la economía, consistente con diversas reformas legislativas que, en América Latina, han apalancado la mejora regulatoria.

Otra solución parte de considerar que, más allá de la novedad de las expresiones empleadas, el espacio controlado de pruebas responde a técnicas tradicionales del derecho administrativo económico. Bajo esta interpretación, el espacio de prueba controlado creado en el sector de las telecomunicaciones del Perú sería el resultado de técnicas tradicionales del derecho administrativo, como la potestad reglamentaria, la autorización y la supervisión.

El concepto de regulación económica, que América Latina importó en el marco del Consenso de Washington, no describe en realidad un tipo especial de actividad administrativa. En Estados Unidos, donde el concepto constituye un elemento central, la regulación describe, simplemente, a la actividad de la administración orientada a imponer deberes, órdenes y limitaciones a la iniciativa privada, en especial, en sectores económicos en los cuales existen fallos de mercado. Con lo cual, la regulación económica es, tan solo, otra manera de aludir a la actividad administrativa de ordenación y limitación de la libertad económica o libertad de empresa.

Por lo anterior, el espacio controlado de prueba no alude a una nueva actividad administrativa, sino a las técnicas de la referida actividad de ordenación y limitación. En tal sentido, desde la dogmática del derecho administrativo, es posible procurar una interpretación racional del Decreto Legislativo 1599, basada en la distinción entre el ordenamiento general en el sector de las telecomunicaciones y el ordenamiento especial para la innovación.

Así, el espacio controlado de prueba se expresa a través de la creación de un ordenamiento especial, derivado del Decreto Legislativo 1599 y complementado en el Decreto Supremo 005-2025-MTC. Este ordenamiento reduce las cargas y limitaciones establecidas en el ordenamiento general sectorial de telecomunicaciones, en la medi-

da en que tal flexibilización facilita la innovación y experimentación. Con ese fin, los operadores interesados en innovar pueden solicitar que determinados y específicos servicios queden regulados por este ordenamiento especial, para lo cual la administración deberá otorgar la correspondiente autorización y supervisar el ejercicio de los servicios de telecomunicaciones. Los operadores así autorizados quedarán sometidos al ordenamiento especial para la innovación, bajo las condiciones específicas concretadas en la autorización, en términos de los servicios que se pueden prestar, su área geográfica de cobertura, su alcance y, en especial, el tiempo durante el cual estos servicios podrán prestarse.

Sin embargo, la interpretación del espacio controlado de prueba por medio de categorías tradicionales del derecho administrativo genera el riesgo de que tal interpretación responda a paradigmas del derecho centrado en el poder, que son incompatibles con la innovación. Por lo anterior, las potestades administrativas de ordenación y limitación de la libertad de empresa establecidas en el Decreto Legislativo 1599, deben interpretarse en función de la finalidad descrita en su artículo 1, esto es, promover la innovación tecnológica para crear nuevas formas más eficientes de prestar servicios de telecomunicaciones que coadyuven a cerrar la brecha digital.

Esto requiere adoptar los paradigmas del derecho administrativo para la innovación, lo que podemos resumir en tres postulados:

- Del derecho administrativo centrado en la gestión unilateral del interés público basada en la rivalidad del sector público y privado, debe pasarse al derecho centrado en la cooperación y la complementariedad entre ambos sectores.
- De la actividad administrativa que corrige fallos de mercado y atiende riesgos, debe pasarse a la actividad administrativa que participe en la creación de nuevos mercados mediante la innovación.
- Del derecho administrativo que penaliza el error, debe pasarse al derecho administrativo que estimula el error, como parte de la ‘tormenta creativa’ necesaria para la innovación.

Alcanzar estos cambios de paradigma requiere de una nueva cultura jurídica que repare en las debilidades institucionales de las administraciones públicas de nuestra región. La principal debilidad es una arraigada fragilidad estatal, que afecta la capacidad burocrática de la administración y, en espe-

cial, la capacidad de los funcionarios para promover cambios tecnológicos. De no adoptarse estos cambios de paradigma y, en consecuencia, de no construirse capacidades estatales necesarias para avanzar en estos nuevos paradigmas de la innovación, se corre el riesgo de que las medidas introducidas en el Decreto Legislativo 1599 resulten en una 'institución vitrina' que no contribuya a abatir la arraigada desigualdad de la región. 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Acemoglu, D. & Robinson, J. (2012). *Why nations fail*. Crown Business.
- Ackerman, B. (1975). *Economic foundations of property law*. Little, Brown.
- Alexander, K. (2019). *Principles of banking regulation*. Oxford University Press.
- Andrews, M. (2003). *The limits of institutional reform in development: Changing rules for realistic solutions*. Cambridge University Press.
- Andrews, M., Pritchett, L. & Woolcock, M. (2017). *Building state capability: Evidence, analysis, action*. Oxford University Press.
- Araujo-Juárez, J. (2024). *Colección de Derecho Administrativo Comparado. Volumen VIII. El servicio público*. Editorial Temis.
- Ariño Ortiz, G. (1993). *Economía y Estado*. Abeledo-Perrot.
- (1996). *La regulación económica*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Ariño Ortiz, G. & Cassagne, J. (2004). *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Abeledo Perrot.

Attey, A., Leshner, M. & Lomax, C. (2020). *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age*. OECD Publishing.

Bauby, P. (2000). *Dérégulation et re-régulation: Les transformations du service public de l'électricité*. En Luc, R. (Ed.), *Le service public en devenir*. L'Harmattan.

Bianchi, A. (1998). *La regulación económica*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Bijkerk, W. (2019). El impacto de la tecnología al mercado financiero y sus desafíos regulatorios, en F. Zunzunegui (Ed.), *Regulación financiera y FinTech*. Aranzadi.

(2021). *Sandboxes regulatorios, hubs de innovación y más innovaciones regulatorias en América Latina y el Caribe: Una introducción*. Banco Interamericano de Desarrollo.

Brewer-Carías, A. (1979). *Política, Estado y Administración pública*. Editorial Ateneo de Caracas-Editorial Jurídica Venezolana.

(2013). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho público en Iberoamérica*. Civitas Thomson Reuters.

(2015). El concepto de derecho administrativo. En Rodríguez-Arana, J. y Rodríguez, L. (Eds.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. INAP.

Breyer, S. (1982). *Regulation and its reform*. Harvard University Press.

Breyer, S., Stewart, R., Sunstein, C., Vermeule, A. & Herz, M. (2011). *Administrative law and regulatory policy: Problems, text, and cases*. Wolters Kluwer.

Brinks, D., Levitsky, S. & Murillo, V. (2019). *Understanding institutional weakness: Power and design in Latin American institutions*. Cambridge University Press.

Brito, M. (1998). Transformaciones en la actividad administrativa de los entes públicos. En Brito, M. y Delpiazzi, C. (Eds.), *Derecho administrativo de la regulación económica*. Universidad de Montevideo.

Cassagne, J. (1994). *La intervención administrativa*. Abeledo-Perrot.

Colson, J. (1997). *Droit public économique*. L.G.D.J.

- Cruz Ferrer, J. (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Instituto de Estudios Económicos.
- Cushman, R. (1941). *The independent regulatory commissions, 1889-1969*. Oxford University Press.
- Danós Ordóñez, J. (2015). La regulación económica. En Rodríguez-Arana, J. y Rodríguez, L. (Eds.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. INAP.
- Delvolvé, P. (2021). *Droit public de l'économie*. Dalloz.
- Dixon, R. y Landau, D. (2021). *Abusive constitutional borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford University Press.
- Dromi, J. (1980). Policía de la industria y el comercio. En Díaz, R. et al. (Eds.), *Orden económico y derecho administrativo*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández.
- Durán Martínez, A. (2010). La buena administración. *Estudios de Derecho Administrativo*, (1), 173-193.
- Escola, H. (1989). El interés público como fundamento del Derecho Administrativo. Depalma.
- Esteve Pardo, J. (2015). *Estado garante: Idea y realidad*. Marcial Pons.
- (2021). *Principios de Derecho regulatorio: Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.
- Freund, E. (1928). *Administrative powers over persons and property: A comparative survey*. The University of Chicago Press.
- Fukuyama, F. (2014). *Political order and political decay*. Farrar, Strauss and Giroux.
- Giannini, M. (1999). *Diritto pubblico dell'economia*. Il Molino.
- Gillman, H. (1993). *The constitution besieged: The rise and demise of the Lochner era. Police powers jurisprudence*. Duke University Press.
- Hausmann, R. (2011). Structural transformation and economic growth in Latin America. En Ocampo, J. y Ros, J. (Eds.), *The Oxford handbook of Latin American economics*. Oxford University Press.
- Hernández, J. (2004). Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica: La diatriba actual entre la libertad económica y el Estado social. En *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías: El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica*, 173-193. FUNEDA.
- (2006). *Derecho administrativo y regulación económica*. Editorial Jurídica Venezolana.
- (2011). Servicio público y regulación económica: Una perspectiva desde la América española. En Cuetara, J., Martínez y Villar, F. (Coords.), *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz* (pp. 877-898). La Ley.
- (2024). La mejora regulatoria en el derecho administrativo económico de América Latina ¿non nova, sed nove? En Saettone, M. et al. (Eds.), *Estudios en homenaje al profesor Felipe Rotondo*. Fundación de Cultura Universitaria.
- (2024). La mejora regulatoria en el Derecho administrativo de la América Española. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2(2), 29-46.
- Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la "Regulación". *Ius et Veritas*, (40), 302-344.
- (2011). *Administración pública, derecho administrativo y regulación*. Ara Editores.
- Jordana de Pozas, L. (1951). El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, (54), 11-28.
- Lamoreaux, N. (2024). Antimonopoly and state regulation of corporations in the Gilded Age and Progressive Era. En Crane, D. y Novak, W. (Eds.), *Antimonopoly and American democracy*. Oxford University Press.
- Linde Paniagua, E. (2009). *Fundamentos de Derecho administrativo: Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*. UNED-Colex.
- Madir, J. (2021). Introduction-What is Fintech? En Madir, J. (Ed.), *FinTech: Law and regulation*. Edward Elgar Publishing.
- Marienhoff, M. (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Abeledo-Perrot.
- Martín Retortillo Baquer, S. (1991). *Derecho administrativo económico*. La Ley.

- Mazucca, S. (2021). *Latecomer state formation: Political geography and capacity failure in Latin America*. Yale University Press.
- Mazzucato, M. (2022). Transformational change in Latin America and the Caribbean: A mission-oriented approach. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Meilán Gil, J. (1966). El estudio de la Administración económica. *Revista de Administración Pública*, (50), 51-82.
- Montaña Plata, A. (2014). El Estado de derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo. En Montaña Plata, A. y Ospina, A. (Eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Castillo, L. (2019). *Teoría de la regulación: Hacia un Derecho Administrativo de la regulación*. Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio público y mercado*. Civitas.
- Nakagawa, V. & Aguilar, J. (2021). De los sandbox regulatorios y otros medios (demonios) de crecer el acceso a internet en Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (20), 68-93.
- North, D. (1999). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press.
- Parejo Alfonso, L. (2003). Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 3(13), 11-43.
- (2016). *Estado y Derecho en procesos de cambios*. Tirant Lo Blanch.
- Pritchett, L., Woolcock, M. & Andrews, M. (2013). Looking like a state: Techniques of persistent failure in state capability for implementation. *Journal of Development Studies*, 49(1), 1-18.
- Rivero Ortega, R. (2021). *Derecho administrativo económico*. Marcial Pons.
- Sacristán, E. (2018). Teoría de la regulación. En J. C. Morón y J. Danós (Eds.), *Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*. Gaceta Jurídica.
- Schwartz, B. (1973). *The economic regulation of business and industry*. Chelsea House Publishers.
- (1984). *Administrative Law*. Little, Brown and Company.
- Shepherd, W. & Gies, T. (1966). *Utility regulation: New directions in theory and policy*. Random House.
- Solís, H. (2024). Los sandbox regulatorios financieros como herramienta de control a la potestad regulatoria discrecional de los Estados: Una reflexión desde Latinoamérica. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, (13), 1-25.
- Sunstein, C. (2018). *The cost-benefit revolution*. The MIT Press.
- Vergara Blanco, A. (2018). *Derecho administrativo económico: Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Thomson Reuters.
- Vermeule, A. (2018). *Law's abnegation: From law's empire to the administrative state*. Harvard University Press.
- Villafuerte Mendoza, J. (2021). ¿Podemos regular a las fintech? desafíos y propuestas. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (79), 235-249.
- Vicusi, W., Harrington, J. & Sappington, D. (2005). *Economics of regulation and antitrust*. The MIT Press.
- Zegarra, D. (2018). *Introducción al derecho de las telecomunicaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zetzsche, D., Buckley, K. & Arner, D. (2017). Regulating a revolution: From regulatory sandboxes to smart regulation. *Fordham Journal of Corporate and Finance Law*, 23(1), 31-103.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1955, Decreto Legislativo para promover la innovación tecnológica, la reducción de la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de diciembre de 2023 (Perú).

Decreto Supremo 005-2025-MTC, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1599, Decreto Legislativo para promover la innovación tecnológica, la reducción de la brecha de infraestructura y de acceso a los servicios de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de abril de 2025 (Perú).

LINEAMIENTOS PARA UNA REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL MERCADO DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

GUIDELINES FOR REGULATING THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE MORTGAGE CREDIT MARKET

Nataly Félix Acosta*

Universidad de Lima

Priscilla Gavancho**

Universidad del Pacífico

Michael Luyo Castañeda***

Pontificia Universidad Católica del Perú

This article analyzes the application of the principle of subsidiarity in mortgage loans granted by the Banco de la Nación, highlighting the differing approaches of the Constitutional Court and Indecopi. The former emphasizes social need, while the latter prioritizes market competition and the adequacy of private supply, considering state intervention justified only when the private sector fails to meet demand effectively.

In light of the lack of consistent criteria, we propose guidelines to assess subsidiarity in the granting of these loans and to prevent market distortions. Additionally, we present alternatives to ensure the continued operation of the Banco de la Nación, guaranteeing that its involvement respects the principle of subsidiarity and remains complementary to private banking.

KEYWORDS: *Subsidiarity; market; mortgage credit; Public Administration; bank.*

En el artículo se analiza la aplicación del principio de subsidiariedad en los créditos hipotecarios del Banco de la Nación, resaltando la diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional e Indecopi. El primero enfatiza la necesidad social, mientras que el segundo prioriza la competencia y la suficiencia de la oferta privada, considerando que la participación estatal solo se justifica si el sector privado no cubre adecuadamente la demanda.

Ante la falta de criterios uniformes, proponemos lineamientos para evaluar la subsidiariedad en el otorgamiento de estos créditos y evitar distorsiones en el mercado. Además, presentamos alternativas para la subsistencia del Banco de la Nación, garantizando que su intervención respete la subsidiariedad y sea complementaria a la banca privada.

PALABRAS CLAVE: *Subsidiariedad; mercado; créditos hipotecarios; Estado; banco.*

* Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Egresada de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8138-1011>. Contacto: nfelix@ulima.edu.pe

** Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Egresada de la Maestría de Gestión Pública de la Universidad de San Martín de Porres. Ejerció la docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad de Lima. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9381-0134>. Contacto: gavancho@gmail.com

*** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7437-904X>. Contacto: mluyoc@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 17 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 15 de mayo de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Un tema de debate constante en el Perú es la necesidad de la intervención estatal en el mercado a través de empresas públicas, especialmente en el sector bancario. Un error en este ámbito podría afectar la economía del país y perjudicar a la población, al comprometer tanto el proceso competitivo como el uso eficiente de los recursos públicos.

En el mercado financiero, la intervención estatal está regulada por el principio de subsidiariedad del artículo 60 de la Constitución. Sin embargo, su aplicación genera interpretaciones diversas, lo que ha llevado a cuestionar si el Banco de la Nación cumple realmente con este principio. Desde 1966, esta entidad ha ampliado su presencia y oferta de productos, incluyendo créditos hipotecarios desde 2009, un servicio también brindado por la banca privada, en el que también ofrece tasas menores a las del sector privado (de acuerdo con la información proporcionada por la página web del Banco de la Nación, las tasas que aplica el Banco de la Nación para créditos hipotecarios varían entre 6.75% a 7.75%, anual) (Banco de la Nación, 2025).

Dado que el Banco de la Nación compete con el sector privado en este rubro, su intervención podría generar distorsiones en el mercado y un uso discutible de los recursos públicos. No obstante, su alcance es más limitado que el de la banca privada y opera en zonas sin presencia de otras entidades financieras. Por ello, es crucial evaluar si su participación en el otorgamiento de créditos hipotecarios es realmente necesaria o si, por el contrario, su intervención en este mercado podría ser prescindible.

En este artículo se proponen lineamientos para evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en el otorgamiento de créditos hipotecarios por parte del Banco de la Nación. A través de un análisis de la oferta privada, la existencia de mecanismos de fomento y la identificación de necesidades públicas no cubiertas, se busca determinar en qué casos la participación estatal está justificada y cómo puede optimizarse su actuación para evitar distorsiones en el mercado financiero.

II. JUSTIFICACIÓN PARA LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO FINANCIERO

En la doctrina se ha considerado que existen, por lo menos, cuatro argumentos que podrían sustentar la intervención del Estado en el sector bancario (Levy-Yeya *et al.*, 2004, pp. 6-9). A continuación, se presentan los principales.

A. Primer argumento: mantener la seguridad y solidez del mercado bancario

Este argumento parte de la premisa de que el sistema bancario es inherentemente frágil debido a su función para captar ahorros y colocar créditos, lo que genera riesgos de incumplimiento, inversiones más riesgosas y la posible quiebra de la entidad bancaria. La intervención del Estado no solo se justifica en la fragilidad del sistema bancario, sino en las potenciales externalidades negativas que podrían afectar a la economía de un país.

B. Segundo argumento: mitigar fallas del mercado

La historia ha demostrado que los mercados no son perfectos, y el mercado financiero no es la excepción. La información disponible en este mercado a menudo es incompleta, o no verificable, lo que obliga a las entidades bancarias a asumir un mayor o menor riesgo dependiendo de la información con la que cuentan.

Uno de los diez principios de la economía es que el Estado puede mejorar, en algunos casos, los resultados del mercado. Según lo señalado por Mankiw (2012, pp. 4-13), existen dos razones principales por las cuales resulta necesaria la participación del Estado: (i) porque es necesario que garantice el mantenimiento de las reglas, instituciones y derechos de propiedad en el mercado en el que participan los privados (esta razón se encuentra relacionada con el primer argumento que justifica la intervención estatal en los mercados financieros); y (ii) para promover la eficiencia (ante la presencia de una falla del mercado, como las externalidades, asimetría de la información, bienes públicos o una competencia imperfecta) y la equidad, que de otra manera no se lograría sin su intervención.

Sobre este punto, Levy *et al.* (2004) agregan que existe un sector que defiende la presencia de los bancos públicos a efectos de garantizar la competitividad en el mercado bancario. Sin embargo, señalan que ello solo se daría si estuviésemos en un contexto en el que la regulación del sector es limitada y proclive a la captura, entendida como la situación en la que el regulador, en lugar de actuar en defensa del interés público, adopta decisiones que favorecen a las empresas reguladas, debido a la influencia que estas ejercen sobre él, ya sea por presiones externas o por la búsqueda de beneficios personales o institucionales (Quintana, 2006, p. 2).

Otro efecto positivo que podría originar la participación de la banca pública en el mercado financie-

ro consiste en que, en los casos en que un mercado se encuentre altamente concentrado, la banca pública puede cumplir un importante rol como testigo, al forzar al sector bancario a fijar tasas en niveles más próximos a los que resultarían en un contexto más competitivo.

Lo cierto es que la historia también ha demostrado que no siempre el Estado ha podido resolver las fallas. Precisamente por ello, se ha señalado que es importante tener en cuenta las limitaciones del Estado (por ejemplo, información limitada, limitaciones impuestas por los procesos políticos y otros) a fin de determinar en qué casos corresponderá que el Estado intervenga. En esa misma línea, Weimer y Vining (2017) afirman que la presencia de una falla de mercado *per se* no justifica su intervención en la economía, para ello se deben analizar otros aspectos como las fallas de gobierno.

Otros autores sostienen que, en vez de buscar fallas de mercado, es más importante analizar el concepto de costo de transacción, el cual permite un mejor análisis para identificar los supuestos en los que el Estado debería intervenir (Zerbe & McCurdy, 1999, p. 2). En relación con esta última opinión, se ha señalado que el Estado únicamente deberá intervenir cuando se presente una falla del mercado relevante y que se pueda acreditar que con la participación del Estado dicha situación pueda mejorar, coadyuvando así con la empresa privada (Stiglitz, 2000).

C. Tercer argumento: financiar proyectos sociales valiosos, pero económicamente no rentables

A pesar de su importancia para el desarrollo económico, algunos proyectos socialmente valiosos son económicamente inviables para los bancos privados, especialmente durante recesiones. Es precisamente por ello que, en este tipo de casos, se justifica la intervención del Estado a través de bancas públicas de desarrollo. La banca pública, a través de entidades de desarrollo, puede financiar infraestructura, pequeñas y medianas empresas, y vivienda en sectores donde la banca privada no tiene presencia. La banca de desarrollo¹ ha jugado un papel crucial en América Latina², financiando

proyectos prioritarios con tasas preferenciales, lo que complementa la oferta de la banca privada. Así, se ha señalado que una de las funciones de la banca pública es el fomento, dado que su finalidad (al menos teórica) es complementar a la banca privada en aquellos sectores que resultan poco atractivos para la segunda, pero son importantes para el desarrollo económico del país (Delgado, 1996, p. 76).

Por ello, se ha señalado que con la participación del Estado en el mercado bancario se podrían cubrir brechas sociales, en tanto existen sectores de la población en los que la oferta privada no incursiona o en los que su presencia es insuficiente. Es en dichos sectores en los que la banca pública participará en el proceso de generación de crédito, puesto que los retornos sociales de la actividad o sector a financiar serán superiores que los rendimientos para las instituciones financieras privadas (Kampel & Rojze, 2004, p. 11). En estos casos, la banca pública dirige su oferta crediticia a los sectores más perjudicados por la segmentación del mercado, es decir, se convierte en un instrumento de desarrollo (Kampel & Rojze, 2004, p. 14; Villar *et al.*, 2016, p. 212).

D. Cuarto argumento: promover el desarrollo financiero y la inclusión financiera competitiva

Para el Estado, la inclusión financiera tiene como principales finalidades: (i) aumentar el desarrollo de la economía; y (ii) la consecuente reducción de la pobreza. En la India, la nacionalización de bancos y la expansión de sucursales en áreas rurales favorecieron el acceso a servicios financieros, lo que redujo la pobreza en zonas menos desarrolladas (Burgess & Pande, 2005, pp. 791-793). Según un estudio llevado a cabo por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 2008), la población de América Latina considera la pobreza como la principal causa de discriminación. En dicho estudio, se afirma que la inclusión financiera puede tener varios beneficios como lograr una distribución más uniforme del consumo, evitar robos, ahorro de tiempo, mayores oportunidades, entre otros. Una clara actuación a favor de la inclusión financiera es la colocación de sedes en las distintas partes del país que permitan a los ciudadanos acceder a productos bancarios.

¹ Es aquella institución que permite financiar proyectos de infraestructura de gran envergadura, financiar a pequeñas y medianas empresas, así como también la adquisición de viviendas; siempre y cuando la banca privada no tenga presencia en dichos sectores o clase de consumidores (Suárez, 1996, p. 138).

² Sobre este tema, Girón (2010, pp. 55-56) afirma que la banca de desarrollo tuvo un papel fundamental en el crecimiento de los países latinoamericanos y que esta banca se caracterizaba por conceder créditos para el desarrollo de sectores o actividades prioritarios para el desarrollo del país con tasas de interés preferenciales, en contraste con las tasas de interés ofrecidas por el sector privado.

Así, la participación del Estado en el mercado bancario puede efectuarse a través de la banca social³. Esta última, se encarga de los desbancarizados, aquellas personas que se encuentran excluidas del sistema financiero (créditos y depósitos). La finalidad de estas entidades bancarias es la inclusión financiera, promover microcréditos a aquellas personas que no tienen acceso a financiamientos otorgados por instituciones formales (Girón, 2010, p. 57).

Algunos autores enfatizan que, la importancia de este tipo de bancos, consiste en complementar la función de la banca privada, en aquel sector de la población que no tiene acceso a servicios financieros, sea por insuficiencia de los bancos privados o porque constituye una inversión de alto riesgo (Fadl, 1996, p. 143). Es decir, la banca pública, en estos casos, suplirá las funciones de la banca comercial, que se encuentra renuente o imposibilitada de cumplir con la prestación de dichos servicios.

De lo expuesto, se puede concluir que la intervención estatal en el mercado bancario variará dependiendo del contexto (jurídico, social y económico). Sin embargo, es crucial llevar a cabo un análisis profundo sobre la necesidad de dicha intervención, ya que un uso inadecuado tendría efectos perjudiciales en la economía del país.

III. EL BANCO DE LA NACIÓN Y LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

A. La regulación del Banco de la Nación

El sector financiero y bancario es uno de los más regulados debido a su importancia en la economía de cada país (Pesqueira, 2009). En el Perú, la SBS es el organismo de derecho público encargado de supervisar el sistema financiero, de seguros y el sistema privado de pensiones, conforme a lo establecido en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Las principales instituciones financieras supervisadas por dicha entidad son las siguientes: empresas bancarias, empresas financieras, cajas rurales de ahorro y crédito, cajas municipales, EDPYMES, empresas afianzadoras de garantías, empresas de servicios fiduciarios, empresas de arrendamiento financiero, empresas administradoras hipotecarias, Fondo Mivivienda y, finalmente, bancos de inversión.

En particular, la SBS, supervisa 17 empresas bancarias, dentro de las cuales se encuentran mayoritariamente bancos privados, así como algunas entidades públicas como el Banco de la Nación.

El Banco de la Nación es una empresa de derecho público con autonomía financiera, administrativa y económica, habilitada por el artículo 33 de la Décimo Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley 26702 para participar en el sistema financiero nacional. De esta manera, cumple con el requisito formal de contar con ley expresa emitida por el Congreso de la República para participar en el mercado.

Además de estar sujeto a la regulación de la SBS, el Banco de la Nación es administrado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (en adelante, Fonafe⁴), organismo que supervisa la banca de desarrollo, conformada también por la Corporación Financiera de Desarrollo (en adelante, Cofide) y Banco Agropecuario (en adelante, Agrobanco).

Actualmente, el Banco de la Nación se rige por: (i) su estatuto, aprobado por DECRETO SUPREMO 07-94-EF, de conformidad con la décimo tercera disposición final y complementaria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; (ii) por el Decreto Legislativo 1031, Decreto que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado (aplicable a las empresas bajo el ámbito de Fonafe); y (iii) el artículo 33 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificatorias; así como por los demás artículos de la Ley General de manera supletoria.

B. La participación del Banco de la Nación en el mercado de créditos hipotecarios

Con la promulgación de la Constitución Política actual, se estableció de manera expresa el principio de subsidiariedad en su artículo 60. A partir de entonces, diversos gobiernos cuestionaron la necesidad de mantener la existencia del Banco de la Nación, argumentando que su existencia es innecesaria. Frente a la amenaza de su liquidación, la entidad adoptó ciertas medidas para mejorar sus servicios y ampliar la inclusión financiera (Banco de la Nación, 2016).

³ La banca social surgió inicialmente como cooperativas, fundaciones y organizaciones no gubernamentales. Actualmente, también son conocidas como sociedades cooperativas de ahorro y préstamos, cajas de ahorro y préstamos, instituciones de microcréditos o microfinanzas y otros (Girón, 2010, p. 57).

⁴ Fonafe es el encargado de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado, así como de aprobar el presupuesto de cada una de las empresas estatales.

En este contexto, desde el año 2009, el Banco de la Nación incurrió en el otorgamiento de créditos hipotecarios a trabajadores activos y pensionistas del sector público para la compra de inmuebles, construcción y remodelación de viviendas, un producto que tradicionalmente había sido ofrecido por la banca privada.

El crédito hipotecario para compra de vivienda, ha sido clasificada por el Banco de la Nación en tres modalidades: (i) compra de vivienda de bien terminado; (ii) compra de vivienda de bien futuro; y (iii) traslado de deuda hipotecaria. El Banco de la Nación ofrece créditos hipotecarios por un monto de 15.000 soles hasta el 90% del valor de venta del inmueble o del valor comercial de tasación (el que resulte menor), cuyo plazo para ser cancelado puede ser de 5 a 25 años, mientras que para el crédito hipotecario para mejora de inmueble, dicha entidad ofrece un financiamiento desde 10 000 soles hasta 100 000 soles (teniendo en cuenta que el límite de financiamiento es hasta el 50% del valor de tasación del inmueble en el cual se efectuará la mejora, ampliación o remodelación), cuyo plazo para cancelar puede ser hasta 10 años (Banco de la Nación, 2025).

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO COMO GUÍA PARA LA ACTUACIÓN DEL BANCO DE LA NACIÓN

A. La libre iniciativa privada como eje del funcionamiento del mercado y el principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano

El Estado debe destinar el dinero recaudado a través de impuestos para cubrir necesidades públicas esenciales como salud, educación y seguridad. Si, en cambio, utiliza dichos fondos para participar en el mercado como un competidor sin existir justificación clara que sustente su intervención, podría generar dos efectos negativos: (i) dejar de cubrir necesidades públicas esenciales; y (ii) propiciar una competencia desleal con el sector privado, dado que el Estado cuenta recursos provenientes de los contribuyentes sin tener la necesidad de pagar intereses (Bullard, 2011, p. 200).

Uno de los principales cuestionamientos a la actividad empresarial estatal radica en su frecuente

ineficiencia en comparación con el sector privado. Esta ineficiencia puede deberse a diversas razones: (i) se utiliza a las empresas públicas como herramientas para lograr objetivos políticos individuales. Existen casos en los que sujetos políticos utilizan a las entidades financieras estatales para transferir beneficios a sus partidarios (recursos o puestos laborales), teniendo tales entidades un uso para maximizar fines personales (Villar *et al.*, 2016, p. 215); (ii) su mecanismo de toma de decisiones es burocrático, dado que no existe una motivación para lograr la eficiencia, por estar sujeta a motivaciones políticas y, además, que no debe preocuparse que su gestión sea rentable (Guarniz, 2012, p. 261); y (iii) podría generar distorsiones en el mercado al introducir prácticas como la predación de precios, con el objeto de desplazar a sus competidores actuales y disuadir la entrada de nuevos competidores (Falla, 2013, pp. 10-12).

Además, una intervención estatal inadecuada en sectores estratégicos, como el financiero, podría generar efectos macroeconómicos adversos, tales como inflación, incremento del endeudamiento externo y otros (Delgado, 1996, p. 78).

Debido a estos potenciales efectos negativos, el Perú ha optado por restringir la actividad empresarial del Estado de manera expresa. Así, el artículo 60 de la Constitución establece que solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, es decir, únicamente cuando no exista oferta privada para la provisión de determinados bienes o servicios. Esta participación, ya sea directa o indirecta, debe estar respaldada por una ley expresa y responder a razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En aplicación de este principio, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 11 de noviembre de 2013 (EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC), sostuvo que el principio de subsidiariedad implica que el Estado debe intervenir en el mercado cuando existan fallas o vacíos que no puedan ser cubiertos por los agentes económicos privados, en el sentido de que su participación como agente económico se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada⁵.

Sobre esta base, es fundamental construir una perspectiva clara y debidamente justificada res-

⁵ De manera complementaria, en aplicación a la normativa que regula la leal competencia, mediante RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010 (caso de la pollería de la Universidad Nacional de Altiplano de Puno) se afirmó que el principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa, estableciendo criterios para analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria.

pecto de la actividad empresarial del Estado, la cual debe proporcionar a las empresas estatales, al mercado y, al público en general, previsibilidad y una comprensión clara de los objetivos y prioridades generales del Estado como un agente económico.

B. El control del principio de subsidiariedad a través de las autoridades competentes

1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional⁶ ha emitido una serie de pronunciamientos sobre el rol subsidiario del Estado. Además de la sentencia recaída en el EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC, reafirmó su criterio en la sentencia del 15 de noviembre de 2007 (EXPEDIENTE 8152-2006-PA/TC), en la que señaló que la intervención estatal en la economía es excepcional y solo procede cuando la colectividad y los grupos sociales no estén en condiciones de hacerlo, con el fin de garantizar otros bienes constitucionales que pueden ponerse en riesgo ante las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere⁷.

De manera complementaria, el Tribunal Constitucional ha establecido que, desde el punto de vista formal, la actividad empresarial del Estado requiere autorización legal expresa, es decir, una ley emitida por el Congreso de la República, según las sentencias del 15 de febrero de 2005 y 14 de marzo de 2007 (EXPEDIENTES 00034-2004-PI/TC

y 00019-2006-PI/TC). Además, desde el punto de vista material, dicha habilitación debe justificarse en razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

De este modo, el artículo 60 de la Constitución ha sido interpretado como una limitación a la participación estatal en el mercado, permitiéndola solo ante inacción o defección de la iniciativa privada y conforme a los requisitos formales y materiales establecidos en dicho dispositivo constitucional⁸.

2. Agencia de competencia: Indecopi

El Decreto Legislativo 1044 (2008), Ley de Represión de Competencia Desleal, otorga al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) la facultad de sancionar a agentes económicos que cometan actos de competencia desleal. Según su artículo 14.3, la actividad empresarial estatal que infrinja el artículo 60 de la Constitución se considera un acto de competencia desleal bajo la modalidad de violación de normas. Esta norma introdujo una innovación al permitir que Indecopi sancione a entidades estatales que incumplan el principio de subsidiariedad (Bullard, 2011, p. 201). Así, el citado principio constitucional dejó de moverse únicamente en la esfera de la teoría (Diez Canseco & Buleje, 2011, p. 222), consolidando un régimen procedimental para su aplicación (Luyo & Bazán, 2017, p. 186). No obstante, se ha cuestionado la falta de parámetros claros para determinar la subsidiariedad de una actividad empresarial estatal (Stucchi, 2018).

Al respecto, se evalúa el carácter subsidiario de actividad la actividad empresarial bajo los tres siguientes escenarios:

- En el mercado relevante participan la empresa o entidad estatal y dos o más empresas privadas no vinculadas. Ante ello, se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente.
- En el mercado relevante participan tanto una empresa privada como una entidad estatal. En este contexto, no se presume automáticamente que exista una oferta privada suficiente. Por ello, se debe evaluar si la empresa privada realmente tiene la capacidad de cubrir la demanda que podría surgir si la entidad estatal deja de participar. Asimismo, si la oferta disponible no es suficiente, se debe verificar que no existan barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores al mercado.
- En el mercado relevante solo participa la empresa o entidad estatal. En tal caso, no existe oferta privada, por lo que corresponde evaluar la presencia de barreras a la entrada. Si tales barreras no existen, la actividad empresarial estatal tiene un rol subsidiario. Asimismo, en caso se determine que las barreras a la entrada son significativas, tal participación empresarial será subsidiaria, salvo que se determine que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de agentes económicos privados.

⁶ El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo, considerado por su Ley Orgánica como el supremo intérprete de la Constitución y órgano de control de la constitucionalidad. De acuerdo a lo expuesto en el artículo 202 de la Constitución, dicha entidad es competente para conocer en último grado el proceso de inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de incumplimiento; así como también los conflictos de competencia.

⁷ Lo anterior se ve reflejado también en las Sentencias emitidas el 23 de febrero de 2006, el 25 de junio de 2007 y el 17 de enero de 2017 en el marco de los EXPEDIENTES 7320-2005-PA/TC, 7339-2006-PA/TC y 0001-2014-PI/TC, respectivamente.

⁸ Cabe mencionar que un caso atípico resulta aquel recaído en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida en el EXPEDIENTE 07644-2006-PA/TC, por el cual el Tribunal Constitucional establece que el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley, mediante el arrendamiento de infraestructura por el Instituto Peruano del Deporte, no puede considerarse como actividad empresarial, razón por la cual no se estaría violando el principio de subsidiariedad. Dicho caso es atípico, pues no refleja la aplicación de los criterios desarrollados en los pronunciamientos previamente citados.

En este contexto, Indecopi ha desarrollado criterios jurisprudenciales para evaluar este principio (Coronado 2018, 2020). La RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI⁹, del 29 de noviembre de 2010 (caso de la pollería de la Universidad Nacional de Altiplano de Puno), se determinó como precedente de observancia obligatoria la metodología del Indecopi vigente para evaluar si la actividad empresarial del Estado cumple con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Si bien se basa en el DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM y las metodologías aplicadas en los informes expedidos a solicitud del Fonafe, su valor radica en la sistematización de estos criterios (Quintana, 2011).

Recientemente, Indecopi ha interpretado el principio de subsidiariedad de manera distinta a lo establecido en este precedente. De esa manera, ha señalado que la actividad fuera del ámbito empresarial del Estado no se restringe a sus potestades públicas y servicios asistenciales, debido a que la propia Constitución ha establecido los deberes que el Estado debe realizar frente a sus ciudadanos, por lo que determinó que este tipo de actividades no pueden ser calificadas como empresariales¹⁰, lo que ha generado un debate sobre la vigencia del precedente de 2010. Este criterio, inclusive, lo ha plasmado en sus lineamientos¹¹, lo que evidencia un cierto distanciamiento a lo establecido en la RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI, por lo que su vigencia podría encontrarse en debate.

C. Estructura del principio de subsidiariedad para evaluar la actividad empresarial del Estado

La publicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal otorgó a Indecopi competencia para sancionar a entidades estatales que vulneren el artículo 60 de la Constitución, lo que generó cuestionamientos sobre su constitucionalidad por parte de Fonafe (INFORMES 125-2008-DE-FONAFE y 140-2008- DE-FONAFE). Lo destacable de tales informes, para el presente artículo, es que han existido dudas desde la promulgación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, respecto a

la forma en que Indecopi aplicaría el principio de subsidiariedad a casos concretos¹².

Un caso relevante es el arrendamiento de infraestructura (estadio) por el Instituto Peruano del Deporte, evaluado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 15 de diciembre de 2006 (EXPEDIENTE 07644-2006-PA/TC). En dicha sentencia, el Tribunal determinó que esta actividad, con finalidad de autofinanciamiento, no constituía actividad empresarial. Lo afirmado por tal alta corte resulta cuestionable debido a que dicha actividad, a nuestro criterio, sí tiene como efecto concurrir en el mercado para prestar determinados servicios a un grupo de empresarios. Tal pronunciamiento ha puesto en debate cuál sería la metodología adecuada para evaluar el rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado.

De hecho, la posición asumida por el Tribunal Constitucional ha sido cuestionada por el Indecopi en la RESOLUCIÓN 0415-2014/SDC-INDECOPI, del 20 de marzo de 2014, pronunciamiento con el cual coincidimos, en el sentido de que tal posición vacía totalmente de contenido el artículo 60 de la Constitución, toda vez que si se acogiera la interpretación de dicho Tribunal, prácticamente toda actividad estatal sería considerada no empresarial –dado que, por definición, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal tienen objetivos que trascienden lo lucrativo– sin tener en consideración el hecho objetivo de que, en la realidad, su accionar sí puede estar distorsionar el buen funcionamiento del mercado.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha declarado nula la decisión del Indecopi, al considerar que constituye una irregularidad de dicho organismo el apartarse de su pronunciamiento. Tales hechos, han generado en la práctica, inseguridad e incertidumbre de los agentes económicos, el mercado e, incluso, el propio Estado¹³ sobre los alcances de la actividad empresarial estatal.

En nuestra opinión, lamentablemente, en la sentencia recaída en el EXPEDIENTE 07644-2006-PA/

⁹ A la fecha la citada Resolución no ha sido publicada por el Indecopi en el diario oficial El Peruano para que sea de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades y empresas públicas.

¹⁰ Existe un distanciamiento que se refleja en las RESOLUCIONES 0143-2018/CCD-INDECOPI, 0146-2018/CCD-INDECOPI y 0147-2018/CCD-INDECOPI.

¹¹ Los lineamientos han sido aprobados por la comisión mediante la RESOLUCIÓN 001-2020-LIN-CCD-INDECOPI.

¹² En particular, el Fonafe ha considerado que dicho cuerpo legal violaría el principio de progresividad de las normas al establecer procedimientos sancionadores sin considerar los costos que conlleva el traslado de determinados servicios que sean considerados no subsidiarios al sector privado.

¹³ A consecuencia del pronunciamiento del Indecopi, el IPD inició un proceso de amparo contra la Sala de Competencia Desleal. En dicho proceso, con fecha 26 de enero de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, nula la RESOLUCIÓN 0415-2014/SDC-INDECOPI, e indicó remitir copias de los actuados al Ministerio Público, en atención a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

TC, el Tribunal Constitucional perdió la oportunidad de establecer una metodología clara para evaluar el principio de subsidiariedad bajo sus propios criterios.

En este punto, cabe destacar que, en línea con lo desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en sus distintos pronunciamientos, el Estado tiene el deber de participar como agente económico en el mercado, ante la inacción o defección de la iniciativa privada, de conformidad con el artículo 60 de la Constitución. A diferencia del citado Tribunal, el Indecopi considera que el principio de subsidiariedad estatal constituye un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa. Estas perspectivas han generado criterios disímiles al aplicar el principio de subsidiariedad, conforme se ha expuesto.

Frente a dicha situación, resulta necesario establecer un criterio que dilucide qué se entiende por rol subsidiario del Estado, a fin de aplicar correctamente el artículo 60 de la Constitución. Así, consideramos que las perspectivas del Tribunal Constitucional y del Indecopi, no se excluyen, por el contrario, se complementan al ser dos caras de una misma moneda.

En efecto, tal como se ha destacado recientemente en la doctrina nacional, el principio de subsidiariedad no implica ausentismo o renuncia del Estado, sino una racionalización de su intervención, la cual se simplifica en el sentido de que, si no se satisfacen las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, corresponde al Estado realizar actividad empresarial (Cruces, 2021). Esa es la posición que compartimos.

D. Inexistencia de una posición uniforme que permita determinar el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte del Banco de la Nación

El 8 de junio de 2021, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República emitió dictamen respecto a los PROYECTOS DE LEY 5787/2020-CR, 5926/2020-CR, 6013/2020-CR, 7689/2020-CR y 5450/2020-CR, Ley que faculta al Banco de la Nación a realizar operaciones y servicios de banca múltiple. A través del citado dictamen, se recomendó la aproba-

ción de una propuesta normativa con el objeto de facultar al Banco de la Nación para brindar todos los servicios y operaciones de banca múltiple a personas naturales, incluido el otorgamiento de créditos hipotecarios, sin establecer limitación de algún tipo. Se afirmó que dicha iniciativa tenía el fin de promover la competencia bancaria y la inclusión financiera.

Sin embargo, se advierte que, la mencionada comisión del Congreso de la República, no estableció ningún criterio para determinar de manera adecuada el cumplimiento del principio de subsidiariedad, limitándose a afirmar que resulta importante que haya una participación más activa del Banco de la Nación en el sistema financiero nacional, pues a través de su rol subsidiario permitiría atender a las personas brindando una alternativa financiera con mejores condiciones.

El 12 de junio de 2021, el Pleno del Congreso aprobó el dictamen, pero el 2 de julio de 2021, el Poder Ejecutivo formuló observaciones a la autógrafa de la ley que faculta al Banco de la Nación para realizar operaciones y servicios de la banca múltiple. En particular, se señaló que, la propuesta en mención, estaría contraviniendo el principio de subsidiariedad del Estado, ya que permitiría la competencia directa del Banco de la Nación con la banca comercial sin justificar su intervención¹⁴.

Estas posturas evidencian la falta de consenso y metodología para determinar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad en actividades estatales, lo que genera incertidumbre al máximo nivel político y jurídico del país.

E. La incertidumbre para determinar el rol subsidiario de la actividad del Banco de la Nación por la ausencia de un criterio uniforme

La evaluación de la subsidiariedad de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación, según lo previamente expuesto, puede conducir a conclusiones opuestas, generando inseguridad jurídica. De hecho, si el caso se presentara ante el Indecopi, la posible conclusión de que la actividad empresarial desplegada por el Banco de la Nación respecto al otorgamiento de créditos hipotecarios incumple el principio de subsidiariedad, podría ser revertida por el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, como en el caso Gremco, donde el Tribunal declaró la nulidad de la resolución de Indecopi.

¹⁴ De la lectura de dicho documento, se puede advertir fácilmente que el Poder Ejecutivo considera como criterio relevante para evaluar el principio de subsidiariedad que la participación del Estado como un actor se justifique si la oferta privada no cubre las necesidades de la población, por lo que resulta necesario que sea completado por la oferta de una empresa pública.

Por lo antes expuesto, resulta necesario proponer una metodología que permita afirmar de manera adecuada si el Banco de la Nación, en lo referente al otorgamiento de créditos hipotecarios, cumple o no con el principio de subsidiariedad, dado que a partir de dicho planteamiento se podrán obtener resultados que permitan concluir si la normativa que regula dicha materia ha cumplido sus objetivos y qué tan eficiente ha sido.

V. CRITERIOS VIGENTES PARA EVALUAR EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Los resultados identificados deben evaluarse según los criterios establecidos por las autoridades competentes, el Tribunal Constitucional y el Indecopi, como encargados de aplicar lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución. Sin embargo, como se expondrá a continuación, no es posible concluir de manera uniforme si la actividad desplegada por el Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios cumple con tal precepto constitucional.

A. Análisis del cumplimiento del principio de subsidiariedad en relación con el otorgamiento de créditos hipotecarios del Banco de la Nación, según los criterios del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el marco del EXPEDIENTE 05157 2014-PA/TC, destacó que existe una especial vinculación entre la actividad empresarial que ejerce el Banco de la Nación y la necesidad de que su accionar se encuentre sometido al conjunto de principios, derechos y valores que contiene y reconoce la Constitución.

En particular, en la citada sentencia se afirmó que la posibilidad de acceder a un crédito se encuentra interrelacionada con el ejercicio de otros derechos constitucionales. Por ejemplo, cuando la adquisición de un bien inmueble, se encuentra conectada con el derecho a la vivienda. En ese sentido, para amplios sectores de la población el acceso a una vivienda depende de un sistema de créditos, lo cual obedece al elevado costo que ciertos bienes tienen, y ello dificulta la adquisición para ciertas personas.

Sobre el derecho de vivienda, en la sentencia emitida en el EXPEDIENTE 0007-2012-PI/TC, el Tribunal señaló que este derecho implica la obligación

estatal de adoptar medidas para atender las necesidades habitacionales de la población. Se destacó que un gran sector carece de condiciones mínimas de calidad en su vivienda (viviendas jurídicas y geográficamente inseguras; viviendas sin servicios básicos como agua, desagüe y electricidad; viviendas no adecuadas a las condiciones climáticas; o viviendas pequeñas e insalubres).

A partir de estos criterios, el Banco de la Nación podría justificar que el otorgamiento de créditos hipotecarios es un mecanismo para garantizar el derecho a la vivienda de determinados sectores de la población. Así, el otorgamiento de créditos que se dirijan a trabajadores y pensionistas del sector público estaría supliendo las omisiones e imperfecciones del sector privado para garantizar, a través del otorgamiento de créditos hipotecarios, dicho derecho a toda la población.

De manera complementaria, el Banco de la Nación se encuentra presente en lugares del país donde no existe oferta privada (en 341 distritos constituye la única oferta bancaria), lo que fortalecería la conclusión de que dicha entidad cumple un rol subsidiario en el otorgamiento de créditos hipotecarios.

Por tal motivo, bajo la perspectiva del Tribunal Constitucional, podría afirmarse que el Banco de la Nación cumple con el principio de subsidiariedad.

B. Análisis del cumplimiento del principio de subsidiariedad en relación con el otorgamiento de créditos hipotecarios del Banco de la Nación, según los criterios del Indecopi

Desde la óptica de Indecopi, para determinar si la actividad empresarial desplegada por Banco de la Nación al otorgar créditos hipotecarios cumple con ser subsidiaria, se requiere delimitar, de manera preliminar, el mercado relevante¹⁵ en el cual participa la empresa o entidad estatal, para luego evaluar el carácter subsidiario de la actividad empresarial.

Se definirá el mercado del producto relevante del Banco de la Nación, solo respecto a sus créditos hipotecarios, los cuales consisten en otorgar financiamiento para la compra de bien inmueble terminado o bien futuro, mejora y remodelación de vivienda. Este producto también es ofrecido por la banca privada, aunque con una diferencia que le

¹⁵ Es importante aclarar que la definición de mercado relevante implica la identificación del servicio o conjunto de servicios que rivalizan por la demanda, en función de sus atributos, precio y finalidad, en un ámbito geográfico determinado. Para ello, la información obtenida de los operadores del sector en cuestión es de singular importancia, pues permite establecer el criterio de determinación de los linderos de un mercado en sus dos dimensiones: mercado producto y mercado geográfico.

podría dar una ‘ventaja’ respecto del producto de créditos hipotecarios ofrecidos por la banca privada: la tasa de interés. Las demás características del crédito hipotecario, ofrecido por el Banco de la Nación, constituyen limitaciones a su acceso, no solo por el público objetivo al cual se dirige este crédito ofrecido por la banca pública (trabajadores y pensionistas del sector público), sino también por otras limitaciones, como que el financiamiento se otorga únicamente en moneda nacional y que existe un máximo a financiar. Sin embargo, ninguna de estas limitaciones es aplicada por la banca privada, por lo que podría concluirse que los productos que brinda tienen una escala superior a aquellos brindados por el Banco de la Nación.

Una vez que se ha definido el mercado de producto de créditos hipotecarios, corresponde determinar el ámbito geográfico donde se desarrolla la concurrencia de los distintos operadores y usuarios en dicho mercado.

Desde el punto de vista de la oferta, y según lo informado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú (2025), actualmente existen 18 bancos (sin contar las cajas, el Banco de la Nación, ni otro tipo de entidad financiera), de los cuales cuatro concentran la mayor participación: Banco de Crédito del Perú (32.67%), BBVA (26.16%), Scotiabank (16.32%) e Interbank (15.83%). Considerando su nivel de participación en el otorgamiento de créditos hipotecarios en cada departamento, se puede concluir que el ámbito de operación lo constituye el espacio nacional, con especial énfasis en el departamento de Lima.

Desde el punto de vista de la demanda, la necesidad que tendrían los usuarios de obtener créditos hipotecarios hace que los proveedores posean una cobertura territorial amplia para atraer al mayor número de usuarios.

Por ello, se puede considerar que el principal mercado geográfico de otorgamiento de créditos hipotecarios en el Perú sería el ámbito nacional en

la medida que a través de dicha escala geográfica se maximizan aspectos de eficiencia operativa; y, por el lado de la demanda, se incorporan factores clave como la accesibilidad. No obstante, es preciso señalar que no se puede descartar que existan concentraciones en la demanda y en los volúmenes de otorgamiento de créditos en determinados espacios geográficos, los cuales podrían dar lugar a una delimitación más restringida del mercado geográfico.

En resumen, se puede concluir que el mercado relevante donde operaría el Banco de la Nación consiste en el mercado de otorgamiento de créditos hipotecarios orientados principalmente a personas naturales en el ámbito nacional.

Habiendo definido el mercado relevante en el que participa el Banco de la Nación, corresponde evaluar cuál es la oferta privada disponible y si ella pudiera atender la demanda cubierta o potencialmente liberada por la actividad estatal.

En ese sentido, de la revisión de la información anteriormente expuesta, en especial considerando las colocaciones de créditos, se conoce que existe oferta privada disponible en el mercado relevante al verificarse la existencia de más de dos entidades financieras privadas que podrían brindar el servicio delimitado en el presente caso. Ante ello, se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. En consecuencia, podría afirmarse, bajo la perspectiva del Indecopi, que el Banco de la Nación, respecto al otorgamiento de créditos hipotecarios, no cumple con el principio de subsidiariedad.

C. Evaluación de los enfoques planteados sobre el principio de subsidiariedad

Observemos los resultados obtenidos, a través de los tres indicadores analizados, a fin de observar con claridad el cumplimiento del principio de subsidiariedad desde la óptica del Tribunal Constitucional y del Indecopi:

Cuadro 1: Comparación de criterios

	Según los criterios del Tribunal Constitucional	Según los criterios del Indecopi
Las características de la oferta brindada por el Banco de la Nación y la banca privada	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada guardan similitudes en sus características esenciales.	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada guardan similitudes en sus características esenciales.
El público objetivo de los créditos hipotecarios ofrecidos por el Banco de la Nación y la banca privada	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación solamente son los trabajadores y pensionistas del sector público, lo que garantiza el derecho de vivienda a tal grupo de personas.	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación son los trabajadores y pensionistas del sector público, los cuales pueden recibir créditos de la banca privada. Siendo ello así, existe una competencia directa entre el Banco de la Nación y la banca privada para dicho grupo de personas.

	Según los criterios del Tribunal Constitucional	Según los criterios del Indecopi
El alcance geográfico de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada	El Banco de la Nación se encuentra en lugares del país donde es la única oferta bancaria disponible, lo que permite garantizar a las personas el derecho de acceso a créditos hipotecarios.	Si bien el Banco de la Nación tiene oficinas donde es la única oferta disponible, en diversos lugares del Perú –por el nivel de alcance de dicha entidad– se refleja una competencia directa con la banca privada, en particular, donde la misma cuenta con oficinas.
Conclusiones sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad	El Banco de la Nación, mediante el otorgamiento de créditos hipotecarios, cumple el principio de subsidiariedad, entendido como deber del Estado.	El Banco de la Nación, mediante el otorgamiento de créditos hipotecarios, no cumple el principio de subsidiariedad, entendido como límite del Estado.

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, los créditos hipotecarios del Banco de la Nación no están dirigidos a complementar la participación de la banca privada, por dos razones: (i) porque el Estado tiene el deber de brindar tales créditos en aquellas zonas donde no existe oferta privada bancaria, y (ii) porque actualmente los créditos hipotecarios que brinda el Banco de la Nación se encontrarían dirigidos a un sector de la población (4.64%) que también podría ser atendido por la banca privada.

D. Identificación de las deficiencias en los criterios vigentes para evaluar el principio de subsidiariedad

De acuerdo con lo desarrollado en el acápite anterior, existen dos perspectivas consideradas opuestas en relación con la interpretación del principio de subsidiariedad. Consideramos que dicho principio no implica ausentismo o renuncia del Estado, sino una racionalización de su intervención, la cual se simplifica en el sentido de que, si no se satisfacen las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial, corresponde al Estado suplir y realizar actividad empresarial (Cruces, 2021). En otras palabras, el Estado tiene el deber de actuar en beneficio de la sociedad, siempre dentro de los límites establecidos por la Constitución.

De la revisión de los criterios desarrollados por el Indecopi, se observa que el principal obstáculo para una evaluación adecuada del principio de subsidiariedad radica en su enfoque en la determinación del mercado relevante, pues prioriza la cantidad de agentes económicos en el mercado sin considerar las necesidades de la población en general, lo cual, a nuestro criterio, es un elemento relevante que justifica la participación del Estado.

Así, cualquier actuación debe estar fundamentada en la existencia de una necesidad pública que justi-

fique dicha intervención. Por ello, es indispensable identificar la necesidad, prioridad¹⁶ y alcance. Solo a partir de una adecuada identificación de estas necesidades se puede realizar una evaluación correcta del principio de subsidiariedad.

Ahora bien, en relación con los créditos hipotecarios en general, tal como se ha identificado previamente, estos tienen como objetivo financiar la adquisición, remodelación o construcción de viviendas. Así, se observa que tal necesidad de financiamiento se encuentra relacionada directamente con la necesidad de las personas de tener una vivienda digna.

De hecho, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional, en el EXPEDIENTE 00018-2015-PI/TC, considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al derecho a la dignidad humana, a la fórmula del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución). Además, se precisa que contar con una vivienda digna incluye que la misma tenga acceso a servicios básicos como agua y luz, y que sea segura.

Por ello, resulta posible afirmar que la necesidad de acceder a un financiamiento hipotecario constituye una necesidad que cualquier ciudadano posee, por lo que el deber del Estado en relación con el derecho a la vivienda adecuada implica una actuación que garantice directa o indirectamente ese derecho a través de los mecanismos adecuados, e incluso a través de facilitar el acceso a financiamiento.

Por lo expuesto, es razonable afirmar que la población en general debe contar con las condiciones mínimas para acceder a créditos hipotecarios que garanticen finalmente su derecho a una vivienda digna.

¹⁶ Las necesidades pueden tener distintos rangos en relación con la prioridad de los mismos. Así, habrá necesidades como la salud, la educación y la seguridad que tendrán prioridad respecto de otras necesidades públicas.

A raíz de tal premisa, resulta sencillo afirmar que la metodología utilizada por el Indecopi cuenta con un sesgo insuperable que refleja una visión parcial de la realidad nacional, pues únicamente se enfoca en los participantes del mercado, cuando el elemento central del principio de subsidiariedad son las personas. Adicionalmente, dado que el Tribunal Constitucional no cuenta con criterios claramente definidos para evaluar la actividad empresarial del Estado en aplicación del artículo 60 de la Constitución, es necesario identificar los criterios que permitan afirmar que el Banco de la Nación cumple con el principio de subsidiariedad adecuadamente entendido. Esto es un deber frente a la población nacional que, si bien tiene un límite definido, no dejar de ser un deber.

VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En este contexto, es fundamental proponer criterios claros para evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, los cuales, compartiendo la perspectiva general propuesta por el Tribunal Constitucional, deberían ser establecidos considerando a dicho principio como un deber del Estado, en el sentido de que se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en beneficio del bien común (Sentencia del EXPEDIENTE 0008-2003-AI/TC).

Por tanto, proponemos que el primer criterio consista en identificar la necesidad pública que se pretende satisfacer con el otorgamiento de créditos hipotecarios. Se debe determinar si la necesidad pública que busca cubrir el Banco de la Nación tiene una justificación constitucional y si requiere una intervención estatal para fomentar, complementar, integrar o sustituir la libre iniciativa privada.

Una vez identificada la necesidad, corresponde evaluar si la oferta del sector privado es suficiente para cubrirla. Si el sector privado llega a cubrir dicha necesidad, el Estado no debe intervenir, a fin de evitar el uso ineficiente de los recursos y generar distorsiones en el mercado. Si, por el contrario, existe insuficiencia de oferta del sector privado, el Estado debe evaluar si debe intervenir y de qué manera.

Como se analizó previamente, el Estado ya participa a través del Fondo Mivivienda. Es importante,

entonces, determinar si esta actuación o alternativas públicas similares pueden fomentar o complementar la participación de la banca privada, de modo que no se requiera una mayor intervención estatal en el sector.

Si se identifica una necesidad pública justificada constitucionalmente que esté siendo cubierta por el sector privado, y que no existen alternativas idóneas, se debe evaluar en qué supuestos el Banco de la Nación puede otorgar créditos hipotecarios, sin afectar su funcionamiento a largo plazo.

Finalmente, si se determina que el Banco de la Nación debe atender a un público específico mediante créditos hipotecarios, es crucial que esta entidad realice una evaluación periódica para asegurar el cumplimiento continuo del principio de subsidiariedad, dado el dinamismo de las circunstancias.

A. Identificación de la necesidad pública que tenga justificación constitucional

Los créditos hipotecarios permiten a las personas acceder a financiamiento para adquirir, remodelar o construir viviendas. Aunque el derecho a una vivienda digna no está expresamente reconocido en la Constitución, sí ha sido respaldado por normas internacionales¹⁷ y la jurisprudencia nacional.

En ese sentido, es posible afirmar que existe una necesidad pública que tiene justificación constitucional, ya que es una necesidad compartida por toda población. Esto constituye un punto de partida para aplicar correctamente el principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Banco de la Nación.

B. Determinación de la suficiencia de la actividad empresarial de la banca privada para satisfacer la necesidad pública identificada

La banca privada podría cubrir la necesidad pública de financiamiento para adquisición, remodelación y construcción de vivienda. Aunque se observa una importante colocación de créditos por parte de la banca privada; es necesario verificar si existen factores que impidan cubrir dicha necesidad en su totalidad.

Si consideramos lo descrito en el acápite IV¹⁸, la banca múltiple enfrenta barreras para ofrecer ser-

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Declaración de Derechos Humanos.

¹⁸ Hemos podido apreciar que, al 2020, a nivel nacional la banca múltiple privada, conformada por 15 instituciones, tenía en total 1772 oficinas. De dichas oficinas, 945 se encuentran en el departamento de Lima y 66 oficinas en la provincia Constitucional del Callao, en los que –considerando de manera conjunta– tienen una población de 10'479,889 de personas. Es decir, más del 57% de oficinas se encuentra en los departamentos de Lima y Callao, siendo que únicamente 761 oficinas

vicios financieros en zonas alejadas, debido a la falta de infraestructura adecuada, como el acceso a internet. La expansión de sucursales bancarias implica asumir riesgos adicionales y costos elevados, lo que eleva las tasas de interés y limita el acceso de toda la población a financiamiento.

Además, los sectores socioeconómicos C, D y E enfrentan dificultades para acceder a créditos hipotecarios, especialmente los sectores D y E, que representan más del 60% de la población. La diferencia entre sus ingresos y gastos les impide acceder a créditos debido a su capacidad de pago limitada y la alta tasa de informalidad, que dificulta la construcción de un historial crediticio.

En lo referente a este último punto, cabe resaltar que la dificultad de acceder a este tipo de crédito ofrecido por la banca privada no solo se basa en la falta de capacidad de pago, sino también en la dificultad de sustentar ingresos en el sistema financiero, dada la alta tasa de informalidad que caracteriza a la población en tales sectores. Lamentablemente, el desarrollo de actividades económicas de manera informal impide a las personas contar con un historial crediticio y, por ende, tener acceso a distintos productos financieros como los créditos hipotecarios.

Por tanto, aunque la banca privada tiene presencia en diversas zonas del país, aún existen áreas donde su cobertura es insuficiente, así como no toda la población cuenta con la capacidad de pago suficiente para acceder a un crédito hipotecario otorgado desde el sector privado, lo que resalta la importancia de la participación del Banco de la Nación.

C. Identificación de las alternativas públicas de fomento o estímulo existentes en el mercado de otorgamiento de créditos hipotecarios

El Estado debe garantizar el acceso a viviendas dignas antes de intervenir directamente en el mercado, debe desplegar acciones para que el sector privado logre cubrir a aquellos sectores que encuentran dificultades de lograrlo por sí solo, dado que se trata de un servicio de naturaleza empresarial.

Actualmente, el Estado, a través del Fondo Mivivienda, cuenta con programas sociales como los

denominados Nuevo Crédito Mivivienda y Techo Propio, ambos destinados a que los ciudadanos puedan adquirir su primera vivienda, construirla o mejorarla. El primer programa al que se ha hecho referencia consiste en otorgar créditos hipotecarios a través de la banca privada, para que ese sector sea el encargado de efectuar la evaluación de riesgos y determinar si una persona cuenta con capacidad de pago suficiente para poder acceder a este tipo de créditos. El segundo, en cambio, consiste en un subsidio denominado Bono Habitacional Familiar, a fin de que unidades familiares puedan tener acceso a una vivienda digna.

El Nuevo Crédito Mivivienda se encuentra dirigido a los sectores socioeconómicos C, D y E, dado que se aplica para la adquisición de la primera vivienda, construcción o mejoramiento, por un valor máximo de S/ 436 100. El valor máximo pactado y el requisito de que se trate de una primera vivienda excluye de este tipo de créditos a los dos sectores socioeconómicos más altos de nuestra población, los cuales estarían interesados en adquirir, probablemente, inmuebles de un mayor valor.

Lo importante del Nuevo Crédito Mivivienda es que incentiva, a través del bono del buen pagador y el premio al buen pagador, a que las personas correspondientes a los sectores socioeconómicos C, D y E puedan acceder a un crédito reduciendo con dichos subsidios el crédito a pagar.

El programa Techo Propio, a diferencia del Nuevo Crédito Mivivienda, está dirigido especialmente a los sectores socioeconómicos D y E, dado que para acceder a este subsidio se requiere que los ingresos totales del grupo familiar no excedan de S/ 3 715 para compra de vivienda nueva o no excedan de S/ 2 706 para construcción o mejoramiento de vivienda. El subsidio otorgado por el Estado, a través del Fondo Mivivienda, consiste en un Bono Familiar Habitacional para adquisición de primera vivienda de S/ 38 500, para construcción es de S/ 26 400 y para mejoramiento es de S/ 10 120. Lo destacable del programa Techo Propio es que tiene la finalidad de llegar al sector más pobre de la población, a fin de brindarle la posibilidad de acceder a una vivienda digna.

Por último, si bien en los programas sociales Nuevo Crédito Mivivienda y Techo Propio no se han es-

se encuentran en los 23 departamentos restantes de nuestro país, en la que se alberga el 64% (18'901,985 al 2017) de la población nacional. En cambio, el Banco de la Nación, a junio de 2020, cuenta con el 85% de sus 640 oficinas ubicadas fuera de Lima, lo que constituye una notable diferencia respecto a las sucursales de la banca privada. Además de ello, un dato que es importante tener en cuenta, es que el Banco de la Nación, a diferencia de la banca privada, ha dirigido la apertura de sedes con la finalidad de brindar acceso a sus productos financieros a sectores de la población que se encuentran ubicadas en zonas de difícil acceso y, por tanto, con mayor nivel de pobreza. Prueba de ello es que, a junio de 2020, el Banco de la Nación cuenta con 341 oficinas, que representan el 58% del total de sus sucursales, ubicadas en áreas donde son la única oferta bancaria, encontrándose 18 de tales en distritos alejados del departamento de Lima.

tablecido límites geográficos, lo cierto es que, en la práctica, no han llegado a todas las provincias del país porque no existen intermediarios financieros en tales zonas del país o existen lugares en donde no se han llevado a cabo proyectos de construcción de viviendas sociales.

Así, se observa que la existencia de alternativas públicas de fomento o estímulo en el mercado de otorgamiento de créditos hipotecarios no son suficientes para lograr que toda la población, en general, acceda a tales créditos.

D. Determinación de la complementariedad de la participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios ante la ausencia de la banca privada

En lo que concierne al tema de subsidiariedad, consideramos que la empresa pública debe estar presente donde no existe empresa privada.

A raíz de lo expuesto, se considera que la banca privada tiene imperfecciones o deficiencias en relación con la penetración de los servicios financieros en diversos lugares del país. En efecto, respecto de los sectores socioeconómicos que podrían encontrar dificultades para acceder a financiamiento, se observa que el sector privado y el Estado trabajan de manera conjunta para que la población pueda acceder a una vivienda digna, ya sea a través de un crédito hipotecario o por medio de un subsidio otorgado por el Estado. Sin embargo, dada la ausencia de sucursales de la banca privada en varias provincias del país, existe un grupo de población que se encuentra imposibilitado de acceder a este tipo de créditos otorgados por la banca privada (ya sea de fondos privados o por medio del Fondo Mivivienda).

Frente a ello, el Banco de la Nación que cuenta con sucursales que le permiten tener una mayor penetración geográfica, tiene una ventaja que se debe utilizar en beneficio de la sociedad, sin perjudicar

el correcto desenvolvimiento de las empresas bancarias privadas en las zonas donde se encuentren.

De manera que, en los lugares en que el Banco de la Nación sea la única oferta bancaria, la banca estatal debe tener la posibilidad de otorgar créditos hipotecarios a los miembros de dicha comunidad, siempre y cuando cumplan con los requisitos mínimos establecidos para acceder a este tipo de créditos.

Es preciso enfatizar que, para otorgar un crédito hipotecario, incluso en aquellas zonas donde el Banco de la Nación sea considerado la única oferta bancaria disponible, se debe cumplir con requisitos mínimos como tener la capacidad económica suficiente para acceder a los mismos. El sustento de ello es que lo que se pone en juego son recursos públicos, que deben ser utilizados de manera eficiente, a fin de cubrir las necesidades públicas prioritarias de la sociedad, como lo son la salud, educación, seguridad y otros.

Lo anterior se encuentra conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, pues este planteamiento busca satisfacer las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial; le corresponde al Estado, a través del Banco de la Nación, realizar actividad empresarial de otorgamiento de créditos hipotecarios por dicha situación.

E. La actual actuación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios frente al correcto cumplimiento del principio de subsidiariedad

A raíz de lo identificado, aplicando los criterios propuestos para el correcto cumplimiento del principio de subsidiariedad que han sido determinados en el acápite anterior, se ha identificado la correcta aplicación del mismo frente a los créditos hipotecarios del Banco de la Nación, por lo que corresponde evaluar si actualmente en la práctica, dicha empresa pública, cumple con los mismos. Se observa lo siguiente:

Cuadro 2: Cumplimiento de requisitos por el Banco de la Nación

	El otorgamiento de créditos hipotecarios bajo el principio de subsidiariedad correctamente aplicado	El otorgamiento de créditos hipotecarios del Banco de la Nación en la actualidad	Cumplimiento del principio de subsidiariedad
Las características de la oferta brindada por el Banco de la Nación y la banca privada	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación pueden guardar similitudes con aquellos ofrecidos por la banca privada.	Los créditos hipotecarios del Banco de la Nación y la banca privada guardan similitudes en sus características esenciales.	En la actualidad, el Banco de la Nación no cumple con el principio de subsidiariedad como un deber frente a la población e, incluso, compete directamente con el sector privado.
El público objetivo y alcance geográfico de los créditos hipotecarios ofrecidos por el Banco de la Nación y la banca privada	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación deben ser únicamente la población que se encuentra en lugares donde no se encuentra la banca privada (en especial, fuera de Lima Metropolitana), independientemente si son trabajadores y pensionistas del sector público.	Las personas que pueden acceder a un crédito hipotecario del Banco de la Nación son los trabajadores y pensionistas del sector público, los cuales pueden recibir créditos de la banca privada. Siendo ello, así existe una competencia directa entre el Banco de la Nación y la banca privada para dicho grupo de personas.	

Fuente: Elaboración propia

VII. PROPUESTAS GENERALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Del análisis efectuado se concluye que la actual participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios no estaría cumpliendo el principio de subsidiariedad. Partiendo de dicha conclusión, se formula la siguiente propuesta: autorizar formalmente la participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios, estableciendo los límites específicos de dicha participación, a fin de que no se vulnere el principio de subsidiariedad.

Para autorizar formalmente la participación del Banco de la Nación en el otorgamiento de créditos hipotecarios sería necesario que el Congreso de la República emita una ley expresa que lo habilite, estableciendo lineamientos claramente definidos que permitan asegurar un equilibrio adecuado de dicha entidad dentro del mercado financiero peruano. Para ello, los lineamientos o pautas para su actuación en el mercado deben ser¹⁹: (i) identificar la necesidad pública que tenga justificación constitucional; (ii) determinar la suficiencia de la actividad empresarial de la banca privada para satisfacer la necesidad pública identificada; (iii) identificar las alternativas públicas de fomento y estímulo existentes en el mercado correspondiente; y (iv) determinar la complementariedad de la participación del Estado como agente económico ante la ausencia de la oferta privada.

En el análisis que se efectuará, se propone considerar lo siguiente: ampliar el público objetivo al cual están dirigidos los créditos hipotecarios del Banco de la Nación. A la fecha el Banco de la Nación ha limitado el otorgamiento de créditos hipotecarios a funcionarios públicos y pensionistas del Estado.

Como se podrá apreciar, la limitación establecida por la banca pública no cuenta con sustento alguno que permita concluir que se encuentra relacionada con el cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte del Banco de la Nación ni con otros criterios que justifiquen dicha limitación. Al contrario, se ha determinado que tal limitación no guarda relación con la finalidad que se pretende

obtener a partir del otorgamiento de créditos hipotecarios por dicha empresa pública.

Este punto es sumamente relevante, dado que, teniendo en cuenta que se ha identificado la necesidad pública de financiamiento para acceder a una vivienda digna, la limitación de otorgar un crédito hipotecario a personas que tienen determinada cualidad (funcionarios públicos y pensionistas del Estado) es una distinción que no se justifica; ¿por qué solo ese sector de la población podría ver satisfecha aquella necesidad, y no otros grupos, como por ejemplo quienes trabajan en el sector privado?

Como resulta evidente, lamentablemente, la limitación actual establecida por el Banco de la Nación no tiene justificación alguna para efectuar una distinción entre un trabajador público y un trabajador privado o entre un pensionista del Estado y un pensionista de una AFP, por ejemplo.

Además, se ha identificado al sector conformado por funcionarios y pensionistas del sector público como un grupo de clientes potenciales de la banca privada, siempre que cuenten con capacidad de pago suficiente para poder acceder a un crédito hipotecario.

En ese sentido, consideramos que la limitación de que tales créditos hipotecarios sean otorgados de manera exclusiva a funcionarios públicos y pensionistas del Estado no cumple la finalidad por la cual ha sido entregada. Por tanto, proponemos eliminar dicha restricción. Siendo ello así, las personas beneficiarias de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación deberían ser aquellos que pertenecen a cualquier sector socioeconómico (A, B, C y D), siempre y cuando tengan capacidad de endeudamiento, pero en lugares donde no exista presencia de oferta privada, como lo explicaremos en el siguiente punto.

En este punto cabe precisar que somos conscientes de que esta propuesta debería efectuarse a través de la modificación del Estatuto del Banco de la Nación (aprobado mediante Decreto Supremo 07-94-EF)²⁰, el cual se debe efectuar mediante otro decreto supremo aprobado por el Ministerio de

¹⁹ Los criterios para determinar el cumplimiento del principio de subsidiariedad deberían encontrarse aprobados en una norma emitida por el Congreso de la República, pues esta le daría contenido real al principio de subsidiariedad recogido en el artículo 60 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, podría iniciarse esta corrección a través de lineamientos aprobados por los órganos funcionales competentes (originalmente Fonafe, e incluso el propio Indecopi, mediante lineamientos específicos en el mercado de créditos hipotecarios) y publicados en el diario oficial El Peruano. Esto podría encausar de manera correcta la aplicación del principio de subsidiariedad en sede administrativa.

²⁰ En particular, el literal n) del artículo 8 del estatuto de dicha entidad pública establece lo siguiente: "el banco está facultado para realizar las funciones que, a continuación se indican, ninguna de las cuales será ejercida en exclusividad respecto de las empresas y entidades del sistema financiero: [...] n) Otorgar líneas de crédito a los trabajadores y pensionistas

Economía y Finanzas. Dicha modificación implica que el otorgamiento de créditos hipotecarios no se restrinja a funcionarios públicos y pensionistas del Estado.

Proponemos que los créditos hipotecarios de la banca pública se centren en aquellas zonas donde no exista oferta privada. A diferencia de la banca privada, desde agosto de 2020, el Banco de la Nación ha abierto la mayor cantidad de sucursales en los distintos departamentos del país, con 487 oficinas ubicadas en departamentos distintos a Lima. Además, el Banco de la Nación cuenta con 341 oficinas ubicadas en áreas donde constituye la única oferta bancaria.

Esto demuestra que, a la fecha, la banca privada aún no tiene la capacidad o el interés de abrir más sucursales a lo largo y ancho del país. Esto se puede deber a distintos factores como menor desarrollo económico en departamentos distintos al departamento de Lima, dificultades de acceso para el traslado de dinero a las distintas sucursales, problemas de conectividad (internet y telefonía), entre otros.

Así, resulta importante la participación del Estado, a través del Banco de la Nación para la colocación de créditos hipotecarios en aquellas zonas donde constituye la única oferta bancaria, manteniéndose el tope máximo del valor de la vivienda, a fin de garantizar que dicho financiamiento se encuentre dirigido a aquellos sectores de la población que verdaderamente lo necesitan.

En este punto, cabe resaltar que esta propuesta también implica la modificación del Estatuto del Banco de la Nación el cual se debe efectuar mediante otro decreto supremo aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas. Dicha modificación implica que el otorgamiento de créditos hipotecarios se realice en lugares del país donde la única oferta bancaria sea la ofrecida por el Banco Nación. En otras palabras, las personas beneficiarias de los créditos hipotecarios del Banco de la Nación deberían ser aquellos que pertenecen a cualquier sector socioeconómico (A, B, C y D), siempre y cuando tengan capacidad de endeudamiento, pero en lugares donde no exista presencia de oferta privada.

Proponemos que para el otorgamiento de los créditos hipotecarios se evalúe la capacidad de en-

deudamiento del beneficiario. A la fecha, el Banco de la Nación, para otorgar créditos hipotecarios, evalúa la capacidad de pago del solicitante. Este análisis debe ser mantenido y reforzado por dos razones: (i) porque se debe cumplir con parámetros que permitan garantizar la recuperación del préstamo; y (ii) porque lo que está en juego son fondos públicos que deben ser utilizados de manera eficiente.

Así, los rangos para determinar la viabilidad para otorgar un crédito hipotecario podrían ser menores y la calificación crediticia podría no ser demasiado estricta en comparación con la banca privada, sin perder de vista que se encuentran en juego fondos públicos y que, por tanto, es importante también recuperar el capital colocado. Con ello se podría cubrir un nicho en el que la banca privada no tiene interés (todavía) de otorgar créditos hipotecarios.

Para determinar dichos límites, será indispensable contar con un estudio técnico riguroso que evalúe hasta qué punto el Banco de la Nación puede asumir riesgos crediticios sin comprometer la sostenibilidad de los fondos públicos. Este análisis debe partir del reconocimiento de que se busca atender a personas a quienes la banca privada actualmente no ofrece créditos hipotecarios, ya sea por su nivel de ingresos, informalidad o historial crediticio limitado. En ese sentido, el diseño del producto debe minimizar el riesgo de incumplimiento, lo que podría lograrse a través de condiciones más favorables como plazos de pago más largos, cuotas mensuales reducidas y sistemas de evaluación crediticia más flexibles pero responsables. La finalidad no es promover el sobreendeudamiento, sino crear un producto financieramente viable y socialmente útil, que responda a una necesidad desatendida del mercado.

De llegarse a determinar dichos límites, el mismo podría ser incluido también en el Estatuto del Banco de la Nación a través de una modificación que permita precisar tales límites. Se propone que exista la posibilidad de generación de convenios o coordinaciones entre el Fondo Mivivienda y el Banco de la Nación en aquellos lugares donde dicha entidad sea la única oferta bancaria.

- A la fecha el Fondo Mivivienda tiene la finalidad de promover el acceso a la vivienda única y se dirige a familias con menores ingresos, a

del sector público que, por motivo de sus ingresos, posean cuentas de ahorro en el Banco de la Nación. Dichas líneas de crédito podrán ser asignadas por el beneficiario para su uso mediante préstamos en cualquier modalidad y/o como línea de una tarjeta de crédito. Estas operaciones se harán de acuerdo a un programa anual aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas que podrá ser revisado anualmente".

través de los programas: Nuevo Crédito Mivienda y el Programa Techo Propio.

- Si bien los programas del Fondo Mivivienda pueden ser otorgados a nivel nacional, en la práctica el Nuevo Crédito Mivivienda es canalizado únicamente a través de entidades financieras privadas, por lo que si en un lugar no existe una entidad financiera privada, no se podría canalizar el citado programa; hecho que no resulta congruente con la facilidad que pretende otorgar el Estado con la implementación de tal programa, el cual tiene como finalidad que más ciudadanos puedan obtener una vivienda propia.
- Por dicha razón, consideramos que, en aquellas zonas donde no exista oferta privada, el Nuevo Crédito Mivivienda debería poder ser canalizado a través del Banco de la Nación. Además de ello, resulta importante proponer que el Gobierno se encargue de difundir estos programas a fin de que la población los conozca y se pueda beneficiar obteniendo una vivienda digna.

Por último, se propone que exista una evaluación periódica para determinar si es necesaria la continuidad del servicio de otorgamiento de créditos hipotecarios, en especial, porque las condiciones que justificaron su implementación pueden cambiar debido al ingreso de operadores privados, es decir, un aumento en la oferta y en la inversión privada.

Esto precisamente porque la justificación que tendría en la actualidad la banca pública para otorgar créditos hipotecarios reside en que no en todos los lugares del país la población cuenta con oferta privada que le permita acceder potencialmente a este tipo de crédito. Sin embargo, la sociedad es dinámica, por lo que con el paso del tiempo estas circunstancias podrían variar. Así, puede ocurrir que en un determinado momento la banca privada que haya decidido no invertir en una determinada zona del país o que no le haya parecido económicamente rentable, con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias, decida abrir agencias y, con ello, otorgar la oportunidad de que más ciudadanos accedan con mayor facilidad a los servicios bancarios (créditos hipotecarios).

Esto ocurre debido a que la sociedad es dinámica. El día de hoy pueden existir circunstancias que no justifiquen la intervención del Estado en determinadas actividades empresariales; sin embargo, ante el cambio de escenario (sea que la banca privada tenga una mayor participación o que, por el contrario, la inversión privada se contraiga), la

participación del Estado podría ya no ser necesaria o, por el contrario, debería intervenir en mayor medida.

Por ello, consideramos pertinente proponer que la evaluación periódica se realice cada cinco años (tiempo que abarca un período gubernamental), para que, de esta manera, en cada gobierno se pueda analizar si efectivamente la participación del Estado, a través de la banca pública, cumple o no con el principio de subsidiariedad.

Esta última propuesta, que consiste en establecer los criterios para determinar el correcto cumplimiento del principio de subsidiariedad, así como los criterios para la determinación del cumplimiento del principio de subsidiariedad, deberá promulgarse como una norma emitida por el Congreso de la República o, en su defecto, los lineamientos aprobados por las autoridades del Indecopi y publicados en el diario oficial El Peruano.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En términos generales, la actividad empresarial que realiza el Estado al otorgar créditos hipotecarios a través del Banco de la Nación tiene como principales argumentos: (i) la inclusión financiera; y (ii) la misión de financiar proyectos sociales valiosos, pero no rentables, los cuales se encuentran en concordancia con el principio de subsidiariedad.

A través del primero se entiende que la banca pública buscará expandirse geográficamente a fin de brindar servicios financieros a los ciudadanos, mientras que del segundo se desprende que la banca pública privilegiará el fin social (a diferencia del sector privado que tiene una evidente finalidad lucrativa).

- La primera conclusión es que se ha identificado la necesidad de financiamiento para la obtención de créditos hipotecarios para que la población acceda a una vivienda digna mediante la compra, construcción y mejoramiento de vivienda. Cabe resaltar que esa necesidad cuenta con justificación constitucional.
- La segunda conclusión es que si bien existe una necesidad que tiene sustento constitucional, no se encuentra satisfecha por el sector privado. Es decir, la banca privada cubre parcialmente dicha necesidad, y su principal limitación es la inexistencia de sucursales en todas las provincias del país.
- La tercera conclusión es que el Estado –a través del Fondo Mivivienda– ha venido com-

plementando la actuación de la banca privada al otorgar créditos hipotecarios a través del Nuevo Crédito Mivivienda y del programa Techo Propio. Ello con la finalidad de permitir el acceso a una vivienda digna a los sectores socioeconómicos C, D y E. Sin embargo, en sí la intervención del Banco de la Nación para otorgar créditos hipotecarios no cumple con el principio de subsidiariedad, por lo que resultaría relevante adecuar su actuación en cumplimiento de este principio y establecer que solo mantenga su actuación en aquellas zonas donde no exista oferta bancaria privada, coadyuvando también para complementar los programas del Fondo Mivivienda que requieren necesariamente de una entidad financiera intermediaria; de esa manera los ciudadanos de dichas zonas podrán ver satisfecha su necesidad de financiamiento para la adquisición, construcción y mejoramiento de su primera vivienda.

- La cuarta conclusión es que debería extender el público objetivo al cual se dirige el crédito hipotecario del Banco de la Nación, dado que se ha determinado que no existe justificación alguna para que se limite dicho financiamiento a otras personas que no sean funcionarios públicos o pensionistas del Estado. Lo relevante para determinar el otorgamiento de un crédito hipotecario es la capacidad de pago del solicitante, nada más. 🏠

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

Aguilar, G (2016). *Competencia en el mercado de microcréditos peruano, una medición utilizando el Indicador de Boone* (documento de trabajo 417).

Asociación de Bancos del Perú (2018). *Boletín Semanal 273* (Departamento de Estudios Económicos).

Asbanc-Semanal-273.pdf

Banco Continental BBVA (2021). *Préstamos*. <https://www.bbva.pe/content/dam/public-web/peru/documents/prefooter/personas-naturales-y-microempresas/prestamo-hipotecario-flexible-bien-futuro-construyo-libre-casa-guapa.pdf>

Banco de Crédito del Perú (2021). *Conoce los beneficios del Crédito Hipotecario BCP*. <https://www.viabcp.com/creditos/credito-hipotecario/tradicional>

Banco Internacional del Perú S.A.A. – Interbank (2021). *Préstamo Hipotecario*. <https://interbank.pe/documents/20182/552706/TAR-0068.pdf/8a0d3fa0-cd54-41f9-9662-939071b56dc5?t=1574457847689&version=1>

Banco de la Nación (2010). *Memoria Anual del 2010*. <https://www.bn.com.pe/nosotros/memoria/memoria-bn-2010.pdf>

(2016). *El Banco de la Nación: 50 años llevando la banca a donde tú estás*. Tarea Asociación Gráfica Educativa.

(2020). *Crédito hipotecario*. <https://www.bn.com.pe/tasas-comisiones/tasas-credito-hipotecario.pdf>

(2025). *Crédito hipotecario*. <https://www.bn.com.pe/tasas-comisiones/tasas-credito-hipotecario.pdf>

(2025). *Crédito hipotecario para compra de vivienda bien terminado o bien futuro*. <https://www.bn.com.pe/clientes/servicios.asp>

Berkman, H., Pagés, C., Gandelman, N., Gandelman, E., Calónico, S., Azevedo, V., Payne, J. M., Cárdenas, J. C., Duryea, S., Chaparro, J. C., Lora, E., Ñopo, H. R., Mazza, J., Ripani, L., Chong, A. E., Polanía, S., Márquez, G., Bouillon, C. P., & León, G. (2012). *¿Los de afuera?: Patrones cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe. Progreso económico y social en América Latina* (informe 2008). <https://doi.org/10.18235/0012517>

Bullard, A. (2011). El Otro Pollo La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 199-209.

Burgess, R. & Pande, R. (2005). Do Rural Banks Matter? Evidence from the Indian Social Banking

- Experiment. *American Economic Review*, 95(3), 780-795. <http://www.jstor.org/stable/4132740>
- Coronado, J. (2018). "Política Industrial y la Promoción de la Industrial Nacional: Aspectos Relacionados a las Políticas de Competencia". En *Latin American and Caribbean Competition Forum (Spanish Version), Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, Sesión III: Política Industrial y Promoción de la Industria Nacional*, (pp. 2-9). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2018\)7/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2018)7/es/pdf)
- (2020). Using the Competition Toolkit to Ensure a Level Playing Field Indecopi's experience enforcing the Unfair Competition Act. En: *Competition Policy in Eastern Europe and Central Asia, Focus on Competitive Neutrality*, OECD-GVH Regional Centre for Competition in Budapest (Hungary), Newsletter 15, July 2020, pp. 26-28.
- Cruces, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Palestra Editores.
- Delgado, O. (1996). La función de la banca de fomento: Agente promotor del desarrollo económico. En A. Girón & E. Correa (Coords.), *La banca de desarrollo hacia el inicio del siglo XXI: Encuentro de expertos de banca de desarrollo* (pp. 75-88). Editorial Cambio XXI S.A. de C.V. & Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM.
- Díaz-Bravo, L., Torruco-García, U., Martínez-Hernández, M. & Varela-Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 2(7), 162-167. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_artext&pid=S2007-50572013000300009
- Díez Canseco, L. & Buleje, C. (2011). Analizando el papel Subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 221-235.
- Fadl, S. (1996). Papel actual y perspectivas de la banca de desarrollo en el marco de una economía abierta. En A. Girón & E. Correa (Coords.), *La banca de desarrollo hacia el inicio del siglo XXI: Encuentro de expertos de banca de desarrollo* (pp. 141-150). Editorial Cambio XXI S.A. de C.V. & Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM.
- Falla, A. (2013). ¿Petro Reloaded o Petro Retro? De las distorsiones generadas por la presencia de la actividad empresarial del Estado y las dificultades para controlarlo. *Forseti* 1(1), 7-29. <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1217/1380>
- Fondo Mivivienda (2018). Estudio de Demanda de Vivienda a Nivel de las Principales Ciudades. Hogares No Propietarios. <https://www.mivivienda.com.pe/PortalCMS/archivos/documentos/17.%20Estudio%20de%20Demanda%20de%20Vivienda%20Nueva%20de%20Lima%20Centro.pdf>
- Girón, A. (2010). "Financiarización, Banca Pública y Banca Social". En: *Banca Pública, Crisis Financiera y Desarrollo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, pp. 53-96.
- Guarniz, R. (2012). La actividad empresarial del Estado y la bolsa de valores. *THĒMIS Revista De Derecho*, (61), 255-268.
- Guzmán, C. (2011). El Principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente del Indecopi. *Actualidad Jurídica*, (206), 41-47.
- Instituto Nacional de Estadísticas (2019). *Perú tiene una población de 32 millones 131 mil 400 habitantes al 30 de junio del presente año*. <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/peru-tiene-una-poblacion-de-32-millones-131-mil-400-habitantes-al-30-de-junio-del-presente-año-11659/>
- (2021). *Perú: Mapa de Vulnerabilidad Económica a la Pobreza Monetaria*. <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/expo-vulnerabilidad-pnud-12-feb-2021.pdf>
- Jiménez, W. (2020). Competencia y eficiencia bancaria en el Perú mediante el índice de Boone. *Pensamiento Crítico*, 25(1), 77-112. <https://doi.org/10.15381/pc.v25i1.18478>
- Kampel, D. & Rojze, A. (2004). *Algunas reflexiones sobre el rol de la banca pública* (documento de trabajo 2). http://www.iade.org.ar/system/files/dt2_unlocked.pdf
- Levy-Yeyat, E., Micco, A., & U. Panizza (2004). *Should the Government Be in the Banking Business? The Role of State-Owned and Development Banks* (working paper 517). <https://www.econstor.eu/handle/10419/88042>
- Luyo, M. & Bazán, V. (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades No Económicas. *Derecho & Sociedad*, (49), 185-202. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19887>

- Mankiw, G. (2012). *Principios de economía* (6ta ed.). Santa Fé: Cengage Learning Inc.
- Ochoa, C (2011). El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública: Análisis del precedente aprobado por la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI. *Actualidad Jurídica*, (206), pp. 33-39.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2018). *Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria, Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria*. <https://doi.org/10.1787/9789264279001-es>
- Quintana, E. (2006). Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos? *THÉMIS-Revista De Derecho*, (52), 93-120.
- (2011). El Rol asistencial y subsidiario de la actividad Empresarial del Estado y su Alto Interés Público o Manifiesta Conveniencia Nacional. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (149), 29-33.
- Rosenstein-Rodan, P. (1961). Notes on the theory of the 'big push'. En H. S. Ellis y H. C. Wallich (Eds.). *Economic development of Latin America* (pp. 57-81). Londres: Macmillan.
- Scotiabank (2021). *Créditos Hipotecarios*. <https://scotiabankfiles.azureedge.net/scotiabank-peru/PDFs/personas/prestamos/23-Prestamos-Hipotecarios-CAT.pdf?t=1498090088182>
- Stiglitz Joseph, E. (2000). *La economía del sector público* (3ra ed.). Barcelona: Editorial Antoni Bosch.
- Stucchi, P (2018). Comentarios sobre la actividad empresarial bajo el ámbito del FONAFE, el principio de legalidad y el procedimiento administrativo sancionador en materia de competencia desleal. En: *El Derecho Administrativo como Instrumento al Servicio del Ciudadano: Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Universidad de Piura, pp. 77-112.
- Suárez, F (1996). La banca de desarrollo y el desarrollo de la banca: Los retos para el siglo XXI. En: *La banca de desarrollo hacia el inicio del siglo XXI*. Encuentro de expertos de banca de desarrollo. México D.F.: Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Cambio XXI, pp. 127-13
- Superintendencia de Bancos, Seguros y AFP (2025). *Estadísticas Financiera*. <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fintranet2.sbs.gob.pe%2Festadistica%2Ffinanciera%2F2025%2FMarzo%2FB-2333-ma2025.XLS&wdOrigin=BROWSELINK>.
- Villar, L., et al. (2016). El rol de la banca pública en el financiamiento a pymes: Estudio comparativo para la Argentina y Brasil. *Revista Desarrollo y Sociedad*, (76), 205-241. <https://www.redalyc.org/pdf/1691/169144237005.pdf>
- Weimer, D. & Vining, A. (2017). *Policy Analysis: Concepts and Practice*. Estados Unidos: Pearson.
- Zerbe, R. & Mccurdy, H. (1999). The Failure of Market Failure. *Journal of Policy Analysis and Management*, 18(4), 558-578. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466644

NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, 14 de marzo de 2018, Resolución 0143-2018/CCD-INDECOPI, Expediente 000357-2017/CEB (Perú).
- Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, 22 de diciembre de 2020, Resolución 001-2020-LIN-CCD/INDECOPI, (Perú).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993).
- Decreto Legislativo 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008, (Perú).
- Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).
- Decreto Supremo 034-2001-PCM, Decreto Supremo que establece procedimientos mediante los cuales el FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realiza el Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de julio de 2001 (Perú)
- Decreto Supremo 07-94-EF, Decreto Supremo que modifica el Estatuto del Banco de la Nación, aprobado mediante Decreto Supremo 07-94-EF y dicta otra disposición, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de noviembre de 2021 (Perú)

Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado [FONAFE], Informe 125-2008-DE-FONAFE.

Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado [FONAFE], 140-2008-DE-FONAFE.

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de diciembre de 1996, (Perú)

Proyecto de Ley 5450/2020-CR, Proyecto de Ley que fomenta la inclusión financiera, autorizando al Banco de la Nación la apertura de cuentas automáticas de ahorros para quienes cumplan la mayoría de edad, 1 de junio de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 5787/2020-CR, Proyecto de Ley que faculta al Banco de la Nación subsidiariamente a realizar todas las operaciones de la banca múltiple en el mercado financiero, en virtud del artículo 60 de la Constitución, 21 de julio de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 5926/2020-CR, Proyecto de Ley de modernización del Banco de la Nación para mejorar el servicio de microcrédito a la ciudadanía en situaciones de emergencia, pandemia y desastres naturales, 7 de agosto de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 6013/2020-CR, Proyecto de Ley que faculta al Banco de la Nación a incorporarse al sistema financiero nacional, 21 de abril de 2021 (Perú).

Proyecto de Ley 7689/2020-CR, Proyecto de Ley que promueve la participación de municipalidades distritales, de centros poblados y anexos en actividades de inclusión financiera, 12 de mayo de 2021 (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 29 de noviembre de 2010, Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, Expediente 201-2008/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 20 de marzo de 2014, Resolución 0415-2014/SDC-INDECOPI, Expediente 102-2012/CCD (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de febrero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 00034-2004-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 23 de febrero de 2006, sentencia recaída en el Expediente 7320-2005-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 07644-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de marzo de 2007, sentencia recaída en el Expediente 00019-2006-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 8152-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de junio de 2007, sentencia recaída en el Expediente 7339-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de octubre de 2012, sentencia recaída en el Expediente 0007-2012-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2013, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de setiembre de 2014, sentencia recaída en el Expediente 05157 2014-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de enero de 2017, sentencia recaída en el Expediente 0001-2014-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00018-2015-PI/TC (Perú).

¿EXPROPIACIÓN ENCUBIERTA? ANÁLISIS EN TORNO A LA REGULACIÓN Y EL IMPACTO DE LA SERVIDUMBRE MINERA EN EL PERÚ

HIDDEN EXPROPRIATION? AN ANALYSIS OF THE REGULATION AND IMPACT OF MINING SERVITUDE IN PERU

Valentina Hernández Bernos*

Ex Editora General de THĒMIS-Revista de Derecho

Andrés Encabo Caballero**

Ex Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

Fernanda Franco Dulanto***

Ex Miembro del Consejo Directivo de THĒMIS

Miguel Garcés Gutiérrez****

Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

Alberto Aurelio Varillas Palacios*****

Pontificia Universidad Católica del Perú

The regulation of mining easement in Peru has sparked debate regarding its impact on property rights. While expropriation for mining purposes cannot be implemented under the current constitutional framework, article 37 of the Consolidated Text of the General Mining Law, which allows it to be requested, has not been expressly repealed. In this context, mining easement emerges as an apparent alternative for mining concessionaires to request access to the land of those who hold surface rights within their concession. However, its application is very unlikely in practice due to procedural complexity, landowner opposition, and regulatory unpredictability.

La regulación de la servidumbre minera en el Perú ha generado un intenso debate sobre su impacto en el derecho de propiedad. Aunque la expropiación con fines mineros no puede aplicarse bajo el marco constitucional vigente, el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que permite su solicitud, no ha sido derogado expresamente. En este contexto, la servidumbre minera surge como una aparente alternativa para que los concesionarios mineros puedan solicitar el acceso al predio de quienes ostentan el derecho superficial dentro de su concesión. Sin embargo, su aplicación en la práctica es poco frecuente debido a su complejidad procedimental, la resistencia de los propietarios y la falta de predictibilidad en su aplicación.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Practicante Preprofesional en Hernández & Cía. (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6047-0295>. Contacto: vhernandez@ehernandez.com.pe

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente del curso de Derecho Administrativo 2 en la Facultad de Derecho. Practicante preprofesional en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1343-4846>. Contacto: andres.encabo@pucp.edu.pe

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente Legal del área Laboral del Estudio Garrigues. (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5821-6310>. Contacto: fernanda.franco@garrigues.com

**** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Área de Solución de Controversias en Bullard, Falla, Ezcurra+ (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3419-8522>. Contacto: mgarcesg08@gmail.com

***** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Practicante preprofesional en Hernández & Cía (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0202-5224>. Contacto: a20201411@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 17 de abril de 2025, y aceptado por el mismo el 21 de julio de 2025.

This paper examines the current legal framework of mining easement and its relationship with expropriation, analyzing the key differences between these legal figures and their impact on private property. Furthermore, it reviews the main doctrinal perspectives on whether mining easement constitutes hidden expropriation or remains a distinct legal mechanism with limited but non-definitive effects on property rights.

Finally, proposals are presented to improve the regulation of mining easement in Peru, aiming to create incentives for its use while ensuring the protection of property rights for landowners. These proposals include legal amendments, improvements in the administrative procedure, and more adequate compensation mechanisms for affected property owners. This seeks to reduce legal uncertainty, promote the efficient use of mining servitude, and prevent it from effectively functioning as hidden expropriation.

KEYWORDS: *Mining easement, hidden expropriation, property rights, mining concession, invalidate, compensate, public necessity, public interest.*

Este trabajo analiza la normativa vigente sobre la servidumbre minera y su relación con la expropiación, evaluando sus diferencias y los efectos que genera en la propiedad privada. Asimismo, se revisan las principales posturas doctrinales sobre si la servidumbre minera puede representar una expropiación encubierta o si se trata de un mecanismo con características propias que, aunque limitadas, no afectan de manera definitiva el derecho de propiedad.

Finalmente, se presentan propuestas para mejorar la regulación de la servidumbre minera en el Perú, con el objetivo de generar incentivos para el uso de la servidumbre minera, así como garantizar la protección del derecho de propiedad de los titulares de los predios. Estas propuestas incluyen modificaciones normativas, mejoras en el procedimiento administrativo y mecanismos de compensación más adecuados para los propietarios afectados. Con ello, se busca reducir la incertidumbre jurídica, fomentar el uso eficiente de la servidumbre minera y evitar que, en la práctica, esta figure como una expropiación encubierta.

PALABRAS CLAVE: *Servidumbre minera, expropiación encubierta, Derecho de propiedad, Concesión minera, enervar, indemnización, necesidad pública, interés público.*

I. INTRODUCCIÓN

En la regulación minera peruana actual, el terreno superficial es entendido y regularizado de tal manera que resulta independiente a los recursos naturales que se encuentren en el subsuelo. Esta separación implica que, el dueño de un terreno superficial no tiene derecho sobre los recursos naturales que se encuentren en el mismo; como lo serían los minerales metálicos y no metálicos. Ante ello, la normativa ha establecido ciertas herramientas y figuras a ser implementadas con el propósito de subsanar las dificultades y fricciones generadas a partir de dicha separación. Dentro de las cuales, la servidumbre minera resulta ser una de las figuras dotadas de mayor importancia, debido a su capacidad para permitir la convivencia y normal ejercicio de los derechos tanto del propietario del terreno como del titular de la concesión minera.

A pesar de la importancia y utilidad de la figura de la servidumbre minera, en la actualidad, aquella servidumbre minera administrativa que resulta dotada de gran utilidad en aquellos casos en los cuales no existe acuerdo entre el titular de las concesiones mineras y el propietarios del terreno superficial, resulta ser poco implementada por los administrados y es materia de una discusión doctrinal activa en la cual se critican los efectos negativos e implicancias sobre los derechos reales del propietario. Ante ello, resulta imperativo analizar la situación actual de la figura, la mencionada discusión doctrinal respectiva y las posibles soluciones regulatorias que permitan dotar de utilidad nuevamente a la figura de la servidumbre minera administrativa.

A. Situación actual del problema

El sistema jurídico peruano recoge dos figuras legales que permiten a la Autoridad o empresas mineras acceder a terrenos de privados, ello con el propósito de que estas últimas puedan realizar actividades relacionadas con la exploración o explotación de recursos minerales. Estas figuras son la servidumbre y la expropiación mineras. Lo que las diferencia, tal como se detallará con posterioridad en el presente trabajo de investigación, son su naturaleza y los procedimientos que involucran.

A modo de una presentación general de las figuras anteriormente referidas, por un lado, la servidumbre minera en el Perú es un mecanismo jurídico que permite a los concesionarios mineros utilizar terrenos de propiedad de terceros para facilitar la exploración, explotación y otras actividades inherentes a la minería, estableciendo una prioridad

entre el desarrollo de esta actividad y el respeto a los derechos de propiedad. Regulada principalmente por el Texto Único Ordenado (en adelante, TUO) de la Ley General de Minería (en adelante, LGM) y la Ley 26505 y su reglamento, esta figura deriva del derecho civil y se adapta al contexto particular de la actividad minera. Un aspecto clave es que la servidumbre minera no implica la transferencia de la propiedad del terreno, sino el establecimiento de un derecho real que limita el uso del predio sirviente en favor del titular minero. Este derecho está supeditado a condiciones como la indemnización justa y proporcional al impacto causado, así como el respeto a las restricciones legales vigentes. Asimismo, la normativa también establece limitaciones para garantizar que la servidumbre no enerve (perjudique gravemente) el derecho de propiedad, especialmente en terrenos agrícolas o ganaderos, salvo casos de utilidad pública debidamente justificados.

Por otro lado, la expropiación aplicada al sector minero era un proceso legal a través del cual el Estado podía privar de manera forzosa a una persona de su propiedad, si resultaba necesario para el desarrollo de actividades mineras. Esto considerando el rol que tiene el estado en promover la explotación de recursos naturales estratégicos para el país. Este proceso debía cumplir con requisitos propios de la expropiación, es decir, compensación justa y procedimiento legal adecuado. A diferencia de lo que sucede en el caso de la servidumbre minera, en la expropiación minera el propietario del terreno es despojado de su derecho de propiedad sobre el bien, el cual ahora pasa a manos del Estado o de la empresa minera, a cambio de una compensación económica justa.

De este modo, según lo expuesto, la problemática se hace evidente dado que, si bien en la servidumbre minera el propietario del predio no pierde el derecho de propiedad que tiene sobre el mismo, es posible sostener que, las condiciones en las que este recibe el predio luego de haber sido utilizado para actividades mineras suponen una privación de los atributos del predio. Esto en tanto que, es de común conocimiento que la actividad minera genera, en ciertos casos, una degradación en el terreno.

Así, resulta necesario preguntarnos respecto de la servidumbre minera, hasta dónde puede extenderse la dialéctica respecto de si existe una limitación parcial de los atributos de la propiedad o si puede constituirse en una limitación total, en cuyo caso estaríamos ante una expropiación encubierta.

El objetivo del presente trabajo de investigación consiste en determinar si la figura de la servidum-

bre minera administrativa, de acuerdo con cómo se encuentra regulada en el marco jurídico peruano actual, puede ser considerada como una expropiación minera indirecta.

Para poder llevar a cabo dicha investigación, el trabajo se encuentra dividido en tres secciones principalmente, las cuales se detallan a continuación.

- En la primera sección, se introduce un marco teórico en el cual se presenta la regulación jurídica de las figuras de la servidumbre y la expropiación minera. De este modo, se presentan aspectos como su naturaleza jurídica, características, tipos, procedimientos, entre otros.
- En la segunda sección, ya habiendo introducido la regulación legal y doctrinaria de las figuras anteriormente referidas, se analiza si la servidumbre minera puede calificar como una suerte de expropiación indirecta. En este punto, a fin de abordar de manera más completa dicha interrogante, hemos optado por presentar las dos posturas que existen en la doctrina peruana. Por un lado, se presenta la postura mayoritaria, la cual establece que la servidumbre minera es, en realidad, una expropiación indirecta. Por otro lado, se presenta la postura de quienes consideran que la servidumbre minera no constituye una expropiación indirecta. Finalmente, luego de introducir las dos posturas que se evidencian a nivel doctrinario, presentamos nuestra posición.
- En la tercera sección, con la intención de encontrar una solución a la problemática expuesta, se presenta una propuesta de cambio de regulación.

II. MARCO TEÓRICO

A. Expropiación minera

1. Naturaleza Jurídica de la Expropiación en el Perú

Antes de analizar la figura de la expropiación en el Perú, es importante precisar que no puede clasificarse como una institución en sentido estricto¹, ya que su regulación es escasa y, por las razones que explicaremos a continuación, su aplicación resulta prácticamente inviable. Por ello, para construir un concepto de expropiación minera en el Perú, es indispensable, en primer lugar, analizar la expropiación como tal, pues sus características, clasificaciones y efectos son aplicables a toda manifestación de la potestad expropiatoria conferida a la administración pública². Esto se fundamenta en el artículo 70 de la Constitución de 1993 y, en particular, en el Decreto Legislativo 1192, que desarrolla lo establecido en el texto constitucional. Una vez analizada la figura de la expropiación en estos términos, podremos desarrollar, conceptualmente, el estado actual.

2. Definición y Características de la Expropiación

a. Definición de la expropiación

La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Locales. Este procedimiento se justifica por razones de necesidad pública o seguridad nacional y requiere el pago de una indemnización justa y previa al propietario afectado, según lo

¹ Según Trazegnies Granda, F. (2001, p. 506):

La ciencia jurídica no procede de modo distinto: sus paradigmas teóricos, en torno a los cuales organiza las normas particulares, son lo que los juristas llaman instituciones: concepciones coherentes de un conjunto de comportamientos que la sociedad permite, prohíbe u ordena, organizados en torno a un problema social y a ciertos valores. La propiedad, el contrato de compraventa, el juicio ordinario, la nulidad procesal, son diferentes instituciones jurídicas.

² Conforme a Cassagne, J. (2017, p. 271):

El fundamento del poder expropiatorio reposa en la obligación de contribuir al bien común conforme a un vínculo que enlaza al particular con el Estado en virtud de una relación propia de la llamada justicia legal. Esta especie de justicia, de naturaleza general, contiene el deber de contribución común a través de prestaciones obligatorias de los particulares, que en este caso son de carácter real. Así como el bien común impone el sacrificio de la propiedad, la inviolabilidad de éste resulta garantizada mediante la conversión del derecho real en un derecho creditorio en una justa y previa indemnización.

dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú³ y el Decreto Legislativo 1192⁴.

Partiendo de esta definición y en función a lo señalado por autores como Avendaño Valdez y Avendaño Arana, se entiende que:

De acuerdo a la Constitución y al Decreto Legislativo 1192, los elementos característicos de la expropiación son: (i) es una transferencia forzosa; (ii) la adquisición es originaria, lo cual implica que levantan todas las cargas y gravámenes que existan sobre el bien expropiado y se extinguen los actos jurídicos que afecten la propiedad; (iii) constituye una privación singular ya que afecta personas y bienes determinados; (iv) el único beneficiario es el Estado; y (v) todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación. (2017, p. 67)

Consideramos que las características presentes en la norma y señaladas por el autor tienen un carácter general y, en ese sentido, son aplicables a cualquier manifestación del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado. Más adelante, analizaremos cómo estas mismas categorías se aplican a la expropiación en el ámbito minero, aunque con sutiles distinciones propias de esta actividad.

Por otro lado, en función a lo señalado en la norma podemos clasificar a la expropiación forzosa según la causa que justifica la expropiación, es decir, si estamos ante expropiación por necesidad pública o expropiación por motivo de seguridad nacional.

b. Características de la Expropiación

Transferencia forzosa del bien

La expropiación supone la privación del derecho de propiedad, sin necesidad de consentimiento del titular, siempre que se justifique por razones de necesidad pública y se cumpla con el procedimiento legal correspondiente. Es decir, el propietario se ve obligado a ceder su derecho de dominio en favor del Estado, recibiendo una indemnización justipreciada.

Adquisición originaria

Cuando el Estado adquiere un bien por expropiación, la transferencia es originaria, lo que significa que:

- Se extinguen todas las cargas y gravámenes que puedan existir sobre el inmueble expropiado (hipotecas, embargos, usufructos, servidumbres, entre otros).
- Se anulan los actos jurídicos previos que pudieran afectar la propiedad, garantizando que el bien pase libre de limitaciones al dominio del Estado.
- El bien expropiado se inscribe a nombre del Estado sin necesidad de que el propietario original participe en la transmisión.

Privación singular

La expropiación no es una medida general o colectiva, sino que afecta de manera específica a personas y bienes determinados. Esto significa que cada caso de expropiación debe justificarse individualmente y no puede aplicarse de manera indiscriminada a un grupo de propiedades sin cumplir con los requisitos establecidos por la normativa.

El estado como único beneficiario

A diferencia de otros ordenamientos donde se permite la expropiación en beneficio de privados (como concesionarios de servicios públicos), en el Perú el único beneficiario directo de la expropiación es el Estado. Esto implica que los bienes expropiados deben quedar bajo la titularidad de una entidad pública y destinarse a proyectos de infraestructura, seguridad nacional u otros fines de interés público.

Bienes sujetos a expropiación

El régimen de expropiación en el Perú solo afecta a bienes inmuebles de propiedad privada, excluyendo de su aplicación a bienes de dominio público o aquellos que ya pertenecen al Estado.

³ Artículo 70.-

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (Constitución Política del Perú, 1993).

⁴ Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

Esto significa que cualquier terreno, edificación o infraestructura privada puede ser objeto de expropiación si cumple con los criterios de seguridad nacional y necesidad pública. No se pueden expropiar bienes muebles ni derechos patrimoniales, salvo en casos especiales previstos en otras normas especiales.

3. Tipología de la Expropiación

Según lo establecido por el artículo 70 de la Constitución peruana, la expropiación podrá ser implementada únicamente bajo las siguientes causales:

a. Expropiación por motivo de necesidad pública

Este tipo de expropiación se fundamenta en la necesidad de ejecutar obras de infraestructura o proyectos que benefician a la comunidad en general. Se basa en la idea de que ciertos bienes deben ser utilizados para el desarrollo del país o la prestación de servicios esenciales⁵.

b. Expropiación por motivo de seguridad nacional

Este tipo de expropiación se justifica cuando un bien privado es necesario para garantizar la defensa y seguridad del Estado o para enfrentar situaciones de emergencia. En estos casos, el Estado puede disponer la expropiación incluso con mayor rapidez, debido a la urgencia del interés público⁶.

4. Régimen Actual de la Expropiación en el Sector Minero

Actualmente la problemática respecto a la figura de la expropiación minera radica en que su apli-

cación en la práctica es inviable, pues dicha figura jurídica no logra encajar de ninguno de los supuestos que habilita la Constitución de 1993 ni el Decreto Legislativo 1192. Al respecto autores como Belaunde Moreyra (2015) consideran que debe tenerse en cuenta que, para efectos prácticos, el derecho a solicitar una expropiación contenido en el aún no derogado inciso 7 del Artículo 37 del TUO de la LGM⁷, carece de vigencia al haberse derogado tácitamente⁸. En realidad, que aún se pueda hablar de expropiación en el ámbito de la minería se debe, por un lado, a un factor histórico y por otro, a la vigencia expresa del inciso 7 del Artículo 37 del TUO de la Ley General Minería.

a. Factor histórico

Cuando se hace referencia al derecho a solicitar una expropiación, es indispensable considerar el momento en que la normativa vigente plantea este derecho, es decir, en cuál de las normas actualmente vigentes aparece el derecho a expropiar. La primera versión de la LGM fue aprobada mediante Decreto Legislativo 109, promulgado en el año 1981. Es precisamente esta norma, la que incluye dentro de sus disposiciones el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros.

Posteriormente, en el año 1992, se promulga mediante Decreto Supremo 014-92-EM el Texto Único Ordenado de la LGM, el cual recoge los textos aún vigentes del Decreto Legislativo 109, en la que nuevamente encontramos el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros.

Es en este marco, que tenemos que considerar que las normas mencionadas anteriormente fueron promulgadas durante la vigencia de la Constitución

⁵ Según Huapaya y Sánchez (2016, pp. 100-101):

[Debe] entenderse que la expropiación opera en supuestos restringidos que obedecen a un estado de necesidad, y que habitualmente se ha ligado con la construcción de importantes obras de infraestructura, bienes y servicios públicos que redundan en el bienestar de la comunidad en general. Esta *causa expropriandi* no es novedad de la Constitución de 1993, puesto que fue recogida textualmente por primera vez en la Constitución de 1979, a diferencia de las constituciones anteriores que, en su mayoría, se habían limitado a la utilidad pública y al bien público.

⁶ Conforme a Huapaya y Sánchez (2016, p. 101):

Por su parte, el segundo supuesto reconocido por la Constitución de 1993, la seguridad nacional, sí supone un concepto nuevo recogido a nivel constitucional, que anteriormente había sido introducido bajo otros términos a nivel legislativo, pero que la actual Carta recoge expresamente. Este concepto parece estar ligado a supuestos en los cuales se pone en riesgo el orden y la seguridad del país, como puede ser el caso de un conflicto armado externo.

⁷ Artículo 37.7.- Los titulares de concesiones gozan de los siguientes atributos:

A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión y se acredite la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada.

⁸ Según Belaunde (2019):

El texto aún no expresamente derogado del inciso 7 del Artículo 37° del TUO facultaba al concesionario a solicitar la expropiación de los inmuebles destinados a otro fin económico, que fueren necesarios para la racional utilización de la concesión y se acredite a juicio de la autoridad, a la mayor importancia de la actividad minera sobre la actividad afectada. Adicionalmente, en el caso de las servidumbres mineras, conforme al segundo párrafo del inciso 3 del Artículo 37° del TUO, en teoría al menos, el derecho a solicitar la expropiación debería convertirse en la obligación de expropiar, si la servidumbre impuesta sobre el predio sirviente 'enerva' el derecho de propiedad.

Política del Perú de 1979, la cual permitía la expropiación por motivo de utilidad pública⁹. Al respecto autores como Tong González y Montero Alvarado señalan lo siguiente:

Este derecho a solicitar la expropiación se ajustaba a lo previsto en el artículo 125º de la Constitución Política del Perú de 1979 y, en general, a nuestra tradición constitucional en materia de expropiación, en virtud de la cual el derecho a la propiedad era inviolable salvo por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a Ley. En ese sentido, siendo la minería una actividad de utilidad pública conforme lo dispone el artículo del título preliminar del TUO, resultaba constitucionalmente viable la expropiación. No obstante, a raíz de la expedición de la Constitución de 1993, se ha señalado que este atributo ha quedado derogado, debido a que su artículo 70 limitaba las causas de expropiación únicamente a aquellas de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por Ley. (2009, pp. 87-89)

En función a lo señalado por los autores, podemos establecer que, a nivel histórico, el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros no es más que un vestigio aún vigente en nuestra normatividad, pero carente de efectos prácticos.

b. Vigencia del inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM

Como hemos venido mencionando, actualmente aún no se ha derogado expresamente el inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM y con ello el derecho a solicitar una expropiación con fines mineros. En ese sentido, y como hemos venido señalando, las distintas disposiciones normativas que se han emitido en torno a la regulación de la expropiación han generado que esta figura, en el ámbito minero, ni siquiera se ajuste a todas las características típicas de la expropiación, como se evidenciará a continuación:

Transferencia forzosa de la propiedad

La expropiación minera, al igual que la expropiación forzosa en general, implica una transferencia de la propiedad a favor del Estado. Sin embargo, en el caso de la actividad minera, esta transferencia es atípica, ya que concluyen en una misma área de los bienes expropiados y aquellos que ya están bajo el dominio del expropiante. El Estado tiene la potestad sobre los recursos minerales sin necesidad de adquirir la propiedad del suelo, ya que ejerce el dominio de estos bienes. Si bien La LGM, señala que los recursos minerales son propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, lo cierto es que el estado ejerce un dominio¹⁰ sobre estos bienes y otorga en concesión los mismos con la finalidad de garantizar su aprovechamiento.

Adquisición originaria

La expropiación implica que la adquisición del bien es de naturaleza originaria, es decir, que el Estado adquiere la propiedad libre de cargas, gravámenes o derechos previos. En el ámbito minero, esto significa que cualquier derecho anterior sobre el bien afectado (servidumbres, concesiones, contratos, etc.) quedaría extinguido y reemplazado por la titularidad que ejercería el estado sobre el bien.

Privación singular

La expropiación solo afecta bienes y personas determinadas, no se trata de una medida generalizada. En el caso de la minería, esto significa que el Estado solo podría expropiar predios específicos para facilitar la explotación de recursos mineros en situaciones excepcionales (lo cual, en la práctica, no es aplicable bajo la Constitución de 1993, ya que no estamos ante una necesidad pública).

El estado como único beneficiario

Conforme a la normativa vigente, el único beneficiario de la expropiación es el Estado, dado que

⁹ Tong y Montero (2009) señalan que:

Actualmente, la mayoría de constituciones europeas y de América latina [sic] establecen a la "utilidad pública" como la causa expropiatoria por excelencia. Este tratamiento de la expropiación no es ajeno a nuestro sistema legal, sino que, por el contrario, ha sido recogido a lo largo de nuestras constituciones. No obstante, contrariamente a sus predecesoras y a la corriente moderna, nuestra actual Constitución consagra en su artículo 70 a la seguridad nacional y a la necesidad pública como causas de expropiación.

¹⁰ Según Huapaya (2014, p. 339):

El régimen de los recursos naturales en el Perú se explica fundamentalmente mediante la aplicación de la teoría dominialista, en la medida que se considera que los recursos naturales son bienes de dominio público, bajo la guarda y administración del Estado, el cual ejerce su soberanía mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, excluyéndose de la libre y espontánea apropiación por los particulares.

los bienes expropiados deben destinarse a fines de necesidad pública o seguridad nacional. Sin embargo, en el ámbito minero, esto genera una contradicción, ya que la actividad minera en el Perú es ejercida por privados a través de concesiones. De hecho, según lo dispuesto en el TUO de la LGM, el concesionario tiene el derecho de solicitar a la administración pública la expropiación de un predio ubicado dentro de su concesión. Esto plantea una incompatibilidad con el régimen general de la expropiación forzosa, ya que, en este caso, el beneficiario final no sería el Estado, sino un privado.

Indemnización justipreciada y pago previo

Como requisito fundamental, la expropiación debe garantizar una compensación económica justa al propietario afectado. En la minería, si realmente se pudiese aplicar un régimen de expropiación, el titular del bien afectado tendría derecho a recibir una indemnización que cubra el valor del inmueble y los perjuicios que le ocasione la medida.

Reserva de ley

La expropiación en el Perú solo puede ser aprobada mediante una ley del Congreso, lo que significa que su aplicación en minería requeriría una declaración expresa del legislador que justifique la necesidad pública o seguridad nacional. Además, el expropiado tiene el derecho de impugnar la decisión ante el Poder Judicial o por arbitraje.

Limitación por concepto de utilidad pública.

La actividad minera es considerada de utilidad pública, pero no de necesidad pública ni de seguridad nacional, salvo en circunstancias excepcionales. Esto significa que la minería no cumple con los criterios exigidos en el artículo 70 de la Constitución ni en el Decreto Legislativo 1192, los cuales establecen que la expropiación solo procede por motivos de seguridad nacional o necesidad pública.

B. Servidumbre Minera

1. Definición y Características de la Servidumbre Minera

Como vimos, la expropiación minera ya no es posible en el Perú, pero sí se mantuvo vigente la servidumbre minera. La servidumbre minera es una figura que permite a los titulares de derechos mineros utilizar terrenos que no son de su propiedad para permitir o facilitar la explotación y otras actividades inherentes a la minería. Las principales normas aplicables a esta institución

son las siguientes: TUO de la LGM, la Ley de Tierras y su Reglamento.

Naturalmente, la servidumbre minera tiene su origen en la servidumbre del derecho privado, pero es adaptada a las particularidades propias de dicha rama. En palabras de Jorge y Francisco Avenado, la servidumbre de derecho privado “es una restricción o carga que sufre un predio en favor de otro predio, que se beneficia con la limitación del primero” (2017, p. 18). El predio que sufre la carga es comúnmente llamado predio sirviente, mientras que el predio que se beneficia es el predio dominante.

En el caso del derecho minero sirve para lo mismo, es decir, es “la carga que debe soportar un predio, predio sirviente, para que el titular de una concesión minera explote los recursos minerales” (Dávila & Espinoza, 2019). El TUO de la LGM establece que se forman servidumbres en predios de terceros “que sean necesarios para la racional utilización de la concesión”. Es decir, hay un matiz, que es que en el derecho minero regularmente el titular del derecho necesita la servidumbre para poder aprovechar adecuadamente la concesión que tenga (o al menos esa era la idea inicial). Según Baldeón (2016, p. 279):

El derecho al establecimiento de servidumbre no solo es un derecho conexo al título de concesión minera, sino **es la concreción misma del derecho real de la concesión minera y que tiene por objeto el ejercicio de la actividad minera**. Dicho de otra manera y haciendo nuestro lo expresado por Mariano Ramirez (h), la servidumbre minera tiene su origen en la esencia misma del derecho que otorga la concesión [el énfasis es nuestro].

Inclusive, se ha llegado a afirmar que la servidumbre minera no necesita constitución, ya que está prevista expresamente por la ley. En este sentido, “lo que se requiere, ya sea a través del acuerdo de voluntades o bien de la justicia, es su reconocimiento, goce y ejercicio”, no la constitución de la servidumbre (Marchese, 1999).

Sea como fuere, lo cierto es que la servidumbre minera constituye un derecho que el titular minero puede solicitar y ejercer, sea a través de acuerdos con el propietario del predio sirviente, o, como veremos más adelante, a través del procedimiento establecido para obtener la servidumbre administrativa.

Teniendo clara la naturaleza de la servidumbre, existen tres de sus características que queremos resaltar:

- **Primero**, no implica transferencia de propiedad. La naturaleza de la servidumbre no lleva a concluir que el titular del derecho minero será también titular de la totalidad o parte del predio sirviente. De ser así, la servidumbre sería simplemente un medio para conseguir la transferencia final de la propiedad.

Por el contrario, la servidumbre, como vimos, implica una carga, una restricción al predio sirviente. Implica una **“restricción a la exclusividad en el ejercicio del derecho de propiedad, no en cuanto al contenido de este derecho**. Así, las facultades del derecho de propiedad son divididas entre el propietario del predio sirviente y el titular de la servidumbre” (Barraza, 2002, p. 233) [el énfasis es nuestro].

- **Segundo**, precisamente porque su naturaleza no implica la transferencia de la propiedad, es que la servidumbre no puede representar una pérdida sustancial o enervación del derecho de propiedad del titular del predio sirviente.

Como vimos, la servidumbre aplicada a la minería tiene como finalidad permitir el ejercicio de derechos mineros por el especial interés que reviste esta industria en el desarrollo nacional. Sin embargo, una cosa es promover una restricción razonable a la propiedad y otra, muy distinta, es permitir que mediante la constitución de servidumbres mineras el predio sirviente esté supeditado a tal punto que lo vuelva inútil o que pierda sustancialmente su utilidad.

Esta característica de la servidumbre minera se encuentra reconocida en el artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505 (1996), referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos:

En caso de que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, **se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas** [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el acto de enervar el derecho de propiedad sobre el predio sirviente es definido por el artículo 3 de dicho Regla-

mento como “perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” (1996). Más adelante trataremos a detalle las etapas del procedimiento administrativo de servidumbre minera.

Entonces, si la servidumbre minera hace inútil al predio sirviente, no será procedente el pedido del titular del derecho minero. Tal como indica Mejorada “si el titular de la concesión minera requiriese contar con el derecho de uso exclusivo y excluyente del predio sirviente, no podrá obtener esa autorización del Estado” (2003, p. 18).

- **Tercero**, está supeditada a una contraprestación o indemnización. Ello porque, aun cuando la restricción del derecho de propiedad del titular del predio sirviente no llegue a ser una enervación, sigue siendo una carga sobre el derecho de propiedad que debe ser debidamente compensada.

Con cargo a desarrollarlo en la siguiente sección, el titular del derecho minero puede llegar a obtener una servidumbre mediante acuerdo con el involucrado o mediante el procedimiento administrativo de servidumbre.

Si es que obtiene un acuerdo firmará un contrato, en el que comúnmente se establecerá la contraprestación que deberá pagar al titular del predio sirviente. Si es que obtiene la servidumbre mediante procedimiento administrativo, será la administración la que fije el monto de la indemnización que deberá abonar al titular del predio sirviente. Tal como indica el artículo 7 de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas “el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio” (1995).

2. Tipos de servidumbre

Existen distintas clasificaciones de las servidumbres. Para efectos de esta investigación, nos interesa usar la clasificación general de servidumbres de acuerdo con su origen, sin perjuicio de hacer referencias dentro de esta clasificación general a

otras clasificaciones más específicas que han sido notadas por sectores de la doctrina.

Servidumbres legales

Son aquellas que son impuestas por la ley. Así, el propietario del predio sirviente necesariamente debe soportar la carga de la servidumbre en las condiciones previstas por las disposiciones legales aplicables (Pachas, 2015, p. 18).

Un ejemplo de servidumbre legal es el establecido en el artículo 1051 del Código Civil que establece la servidumbre legal de paso:

La servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos. Esta servidumbre cesa cuando el predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio (1984).

Servidumbres convencionales

Son aquellas que nacen del acuerdo de voluntad entre las partes involucradas. En el contexto de la actividad minera, el titular del derecho minero alcanza un acuerdo con el titular del predio sirviente para constituir la servidumbre y usar una parte del predio para los fines de la actividad minera. Naturalmente, se pactará una contraprestación a favor del predio sirviente a cambio del otorgamiento de la servidumbre.

Para constituir una servidumbre minera convencional no se requieren formalidades. La LGM y el Código Civil no las exigen. Es importante anotar que las formalidades exigidas a los contratos mineros en la LGM no son exigibles al contrato de servidumbre, porque este no es un contrato minero en sentido estricto. En tanto se regula por las reglas de derecho común, es aplicable el artículo 143 del Código Civil que indica que “cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente” (1984).

Siguiendo a Martínez (2009), dentro de las servidumbres mineras convencionales estarían las servidumbres contractuales sobre terrenos superficiales, sobre áreas subterráneas y sobre labores subterráneas.

Como anotación, podemos decir que en la práctica se han dado otro tipo de acuerdos alternativos a la constitución de una servidumbre en el predio sirviente directo. Por ejemplo, se constituyeron servidumbres en predios colindantes al predio

inicialmente querido, o se han celebrado contratos de compraventa de terrenos sobre los predios necesitados.

Servidumbres administrativas

Son aquellas constituidas por orden de la administración. En el contexto de minería, el titular del derecho minero puede solicitar que la autoridad minera constituya una servidumbre a su favor. Ello si es que no alcanza un acuerdo con el titular del predio sirviente para constituir la servidumbre. Como dijimos, se instituyó el procedimiento para obtener la servidumbre administrativa por el especial interés que reviste la actividad minera para el desarrollo del país. En palabras de Pachas (2015, p. 21):

[Las] servidumbres administrativas son cargas sustentadas en la ley, las cuales se otorgan a través de un acto administrativo que permite la limitación al derecho de propiedad sobre bienes de dominio privado del Estado o de titularidad de un particular (previo pago de un justiprecio) a fin de satisfacer el fin público para el cual fue otorgado.

Siguiendo a Martínez (2009), dentro de las servidumbres mineras administrativas estarían las servidumbres administrativas sobre áreas superficiales y sobre áreas subterráneas.

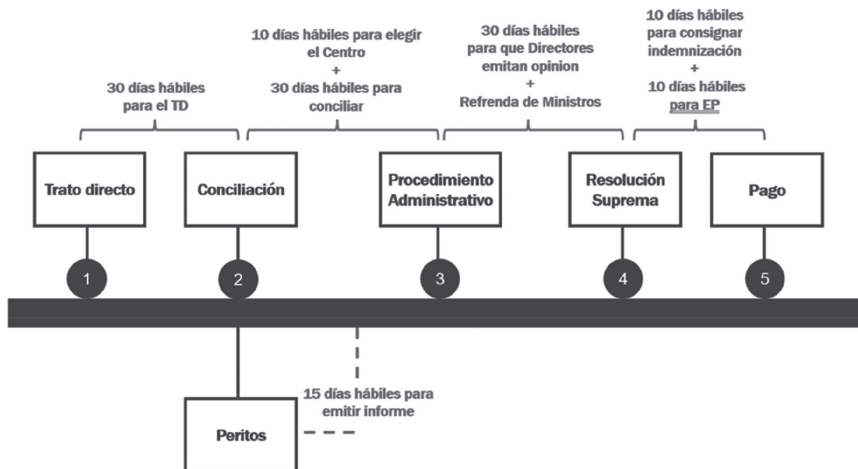
El procedimiento para constituir la servidumbre administrativa está regulado por el TUO de la LGM, por la Ley de Tierras y por el Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos. En la siguiente sección explicaremos las etapas para la constitución de la servidumbre administrativa.

3. Etapas de la Servidumbre Administrativa

Para efectos de esta investigación, es fundamental mostrar cómo son las etapas de la servidumbre administrativa. Al final del día, la servidumbre convencional no necesita mayor comentario en tanto las partes pueden tutelar sus propios intereses. Sería poco convincente afirmar, como indica el título de esta investigación, que la servidumbre convencional constituye una expropiación encubierta.

Por ello, de aquí en adelante, nos centraremos en el tratamiento de la servidumbre administrativa. Así, es importante tener claros los pasos para conseguir esta servidumbre, que están establecidos en el TUO de la LGM y en el Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras. Gráficamente el proceso ocurre de la siguiente manera:

Gráfico 1: Procedimiento de la Servidumbre Minera según lo establecido en el TUO de la LGM y el Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras



Fuente: Elaboración Propia

Ahora bien, la explicación de este proceso es la siguiente:

- **Primero**, etapa de trato directo. De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras, el solicitante de la servidumbre (titular del derecho minero) debe enviar una carta notarial al titular del posible predio sirviente con la finalidad de llegar a un acuerdo para la constitución de la servidumbre. Si es que en 30 días hábiles no se alcanzara un acuerdo, el titular del derecho minero irá a la Dirección General de Minería (en adelante, DGM) para poner en su conocimiento el agotamiento del trato directo.
- **Segundo**, etapa de conciliación con coordinación de la DGM. La DGM convocará a las partes a conciliar frente a un Centro de Conciliación, centro que las partes deberán acordar en un plazo máximo de 10 días hábiles. De no llegar a un acuerdo sobre el centro, la DGM solicitará a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción una terna, de la cual elegirá al Centro de Conciliación para que, en un plazo máximo de 30 días hábiles, se busque alcanzar un acuerdo sobre la servidumbre.

En simultáneo al procedimiento de conciliación, proceso de designación y pronunciamiento de peritos. Simultáneamente a la invocación a conciliar, la DGM designará un perito minero. Este deberá pronunciarse sobre la necesidad de la servidumbre y solicitará al Consejo Nacional de Tasaciones la designación de un perito agrónomo que deberá tasar el área solicitada y elaborar un informe que determine si la servidumbre

no enerva el derecho de propiedad. Ambos peritos deberán presentar sus informes en un plazo de 15 días hábiles. Estos serán enviados al Centro de Conciliación y a la DGM para que sirvan de referencia.

- **Tercero**, el inicio del procedimiento administrativo de sí y pronunciamiento de los directores generales de Minería y de Promoción Agraria. Si es que durante la conciliación no se llega a un acuerdo, el titular del derecho minero podrá solicitar a la DGM el inicio del procedimiento de servidumbre administrativa. Se incorporan en este expediente de servidumbre administrativa los informes periciales emitidos durante la conciliación.

De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras, en el plazo de 30 días hábiles el director general de Minería, y el director general de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, deberán emitir opinión (independiente) sobre si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad del predio sirviente. Para dichos efectos deberán tener en cuenta lo indicado en los informes periciales emitidos durante la conciliación.

Si es que se considerara que los informes periciales tuvieran vicios, la DGM ordenará que se subsanen, y los peritos deberán entregar la información a la DGM en un plazo de 15 días hábiles.

- **Cuarto**, la Resolución Suprema. Si es que en la opinión de ambos directores generales se determina que la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, el Director

General de Minería “preparará el proyecto de Resolución Suprema que fije la indemnización, conjuntamente con la minuta de establecimiento de la servidumbre, elevando todos los actuados dentro del plazo señalado en el párrafo precedente para la expedición de la Resolución Suprema que impondrá la servidumbre” (artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley de Tierras).

Esta Resolución Suprema, una vez elaborada, deberá ser refrendada por el ministro de Energía y Minas y por el ministro de Agricultura.

- **Quinto**, el pago de la indemnización. Una vez que se expide la Resolución Suprema, el titular del derecho minero deberá depositar en el Banco de la Nación a la orden de la DGM el monto fijado como indemnización en el plazo de 10 días hábiles desde que fue notificado. Si no lo hace, la solicitud de servidumbre minera se considerará abandonada.

Efectuado el depósito, la DGM ordenará la suscripción de la escritura pública en la que conste la servidumbre en el plazo de 10 días hábiles. La entrega de la indemnización al titular del predio sirviente se efectuará contra la firma de la escritura pública.

Cabe aclarar respecto al procedimiento de imposición de servidumbre minera que la Resolución Suprema que otorgue la servidumbre solo podrá cuestionarse ante el Poder Judicial respecto al monto de la indemnización fijada. De acuerdo con ciertos autores, esta limitación al cuestionamiento de la Resolución es contraria a los derechos fundamentales del titular del predio sirviente (Gamarra, 2010, p. 57).

III. ¿SERVIDUMBRE O EXPROPIACIÓN MINERA?

Considerando las definiciones desarrolladas, se ha establecido que la servidumbre y la expropiación son mecanismos jurídicos mediante los cuales se ven afectados los derechos reales de los propietarios de bienes privados, estableciendo límites o restricciones al dominio privado con el propósito de garantizar el desarrollo de proyectos estratégicos, como aquellos vinculados a la actividad minera. Sin embargo, queda claro que ambas figuras

contienen grandes diferencias en sus características y efectos sobre los derechos del propietario.

Como diferencia principal entre ambos conceptos se encuentra el efecto jurídico perseguido por cada uno de ellos. En primer lugar, como se mencionó con anterioridad, mediante la servidumbre se busca establecer una restricción o carga sobre un predio determinado, a fin de permitir a un tercero el acceso al mismo con la finalidad de que, en el caso de la servidumbre minera, pueda llevar a cabo las actividades mineras que le permite la concesión sobre la cual mantiene la titularidad. Ello genera una restricción a los derechos del propietario del predio y genera un beneficio sobre la concesión minera¹¹.

Por otro lado, la expropiación tiene como finalidad la afectación total de los derechos del propietario¹², ya que persigue la transferencia forzosa de la propiedad del predio a nombre del Estado peruano. A raíz de esta transferencia forzosa, con anterioridad a la Constitución de 1993, se beneficiaba al titular de la concesión minera, al permitirle el acceso al predio expropiado, a fin de llevar a cabo las actividades mineras en ejercicio de sus derechos como concesionario.

Otra diferencia determinante resultan ser los medios por los cuales se puede llegar a constituir una servidumbre minera y aquel proceso a ser seguido para, efectivamente, llevar a cabo la expropiación de un predio. Respecto a la servidumbre contractual, esta puede hallar su origen en el acuerdo entre las partes, ya que el propietario del terreno como el titular de la concesión pueden acordar libremente la constitución de una servidumbre sobre el predio en cuestión, en beneficio de la concesión minera. Adicionalmente, con el objetivo de cubrir aquellos supuestos en los que el propietario del predio y el concesionario no lleguen a un acuerdo sobre el medio por el cual este último pueda obtener el acceso necesario al predio para llevar a cabo las actividades mineras, el titular de la concesión tiene el derecho de iniciar el procedimiento de servidumbre minera, como se desarrolló previamente.

En relación con la expropiación, a pesar de que el inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM otorga al titular de la concesión minera el derecho a solicitar la expropiación de un predio, a fin de poder llevar a cabo las actividades mineras. En la actualidad, según lo afirmado por Belaunde Moreya (2019,

¹¹ Avendaño señala lo siguiente: “Las servidumbres son derechos reales limitados del aprovechamiento de cosa ajena por un sujeto determinado” (1999, pp. 11-19).

¹² Tong y Montero afirman que: “La expropiación se trata de una medida basada en la soberanía del Estado, quizás, la medida administrativa más radical debido a que, a través de ella, se sacrifica el derecho de propiedad” (2009, p. 87).

p. 100) “considero que el inciso 7 del Artículo 37° del TUO ya no está en vigencia, por cuanto la minería con arreglo al Artículo V del Título Preliminar del TUO solo es de ‘utilidad pública y la promoción de sus inversiones de interés nacional’. Por lo cual, el único medio por el cual se puede llevar a cabo la expropiación de un terreno es tras la declaración, mediante ley o decreto supremo, de necesidad pública. Lo cual implica que, a diferencia de la servidumbre minera, el titular de la concesión minera no cuenta con un procedimiento para solicitar la expropiación de un predio¹³.

Adicionalmente a las diferencias principales mencionadas entre ambas figuras, cabe mencionar que, a la par, existen semejanzas entre las mismas; las cuales pueden encontrarse en las características y procedimientos implementados para obtener tanto la servidumbre minera como la expropiación.

Como se puede apreciar, tanto en el caso de la servidumbre minera como en el caso de la expropiación, los derechos del propietario del predio se ven afectados por la implementación de estas. Adicionalmente, en ambos casos (servidumbre y expropiación) la afectación de los derechos del propietario del predio se puede ver afectados, ya sea parcial o totalmente, sin necesidad de que, este último, otorgue su consentimiento. Ello se debe a que, en el caso de la servidumbre minera, el titular de la concesión tiene el derecho de iniciar el procedimiento de servidumbre minera ante la autoridad competente; generando que, en caso no se llegue a un acuerdo entre los administrados, la autoridad podrá ordenar la constitución de la servidumbre en el terreno siguiendo el procedimiento establecido por ley. Y, en el caso de la expropiación, como se ha mencionado de forma reiterada, el único

mecanismo vigente por el cual se puede llegar a efectuar la expropiación es iniciado por el Estado y no requiere del consentimiento del propietario; al tratarse de una transferencia forzosa. En consecuencia, de ello, tanto en el caso de la servidumbre como en la expropiación, se origina el derecho a recibir una indemnización, el justiprecio, a favor del propietario del predio afectado.

A. Explicación del Conflicto

A pesar de que –como hemos señalado– resulta evidente la existencia de diferencias entre las figuras de la servidumbre minera y la expropiación tanto en su naturaleza como sus efectos, y habiendo dejado claro que, actualmente, la expropiación minera mencionada en el inciso 7 del artículo 37 del TUO de la LGM no se encuentra vigente, existe aún un debate respecto a la verdadera naturaleza de la servidumbre minera.

Por un lado, autores como Gamarra¹⁴ y Velásquez Meléndez¹⁵ defienden que la servidumbre minera, a pesar de estar regulada como tal, es más bien una expropiación encubierta o indirecta. Ello –según los citados autores– se sustenta principalmente en los efectos nocivos que la figura de servidumbre genera sobre el predio afectado, enervando el derecho de propiedad originario.

De otro lado, se encuentran autores como Avendaño, Zuazo y Osorio, que, a pesar de criticar la figura de la servidumbre minera en el Perú, reconocen que esta no se trata de una expropiación encubierta pues esta figura ya ha sido ‘eliminada’ de nuestro ordenamiento para el caso de la minería y sus efectos son sustancialmente distintos a los de la servidumbre¹⁶.

¹³ Según Avendaño (1999, p. 17):

¿Procede la expropiación para fines mineros? Opino que la respuesta es negativa, en razón de que la nueva Constitución ha derogado las normas de rango legal que autorizaban dicha expropiación. En efecto, el artículo 70° de la Constitución vigente limita la expropiación a dos causas; seguridad nacional y necesidad pública. La utilidad pública y el interés social, que estaban previstos en Constituciones anteriores, han sido descartados.

¹⁴ Según Gamarra (2010, p. 54):

Desde nuestro punto de vista, en términos prácticos, nos encontramos ante algo parecido a una expropiación a favor del concesionario minero, ya que el propietario del predio de ser agricultor dejaría de lado su actividad agraria puesto que no sería permisible con la servidumbre el uso del predio para ese fin. En tal sentido el valor del predio para el agricultor, por ejemplo, no sería el mismo porque ya no existiría el proyecto de vida y la indemnización deberá reparar dicha afectación al citado proyecto.

¹⁵ Conforme a Velásquez (2013, pp. 234-235):

En ese marco constitucional se puede apreciar por qué solo las medidas que sean significativamente excesivas calificarían como *taking*. De ahí no hay que recorrer mucho camino para concluir, como lo hace derecho norteamericano, que todas las limitaciones a la propiedad encubren una expropiación indirecta.

¹⁶ Zuazo-Villaruel y Osorio (2017, p. 95) afirma que:

Entendemos que por motivos constitucionales nuestra Constitución no permite la expropiación para temas mineros según todo lo expuesto anteriormente. Dicho éxito, afirmamos que la servidumbre minera legal no es una expropiación encubierta ni análoga puesto que la servidumbre minera, a diferencia de la expropiación, no extingue el derecho de propiedad ya que ésta última no significa el apoderamiento de la propiedad ajena y más aún, la pérdida o privación del derecho de propiedad de un privado a cambio de una compensación de dinero (indemnización).

Así, en el presente apartado abordaremos la discusión descrita, explicando ambas posturas existentes. Por último, brindaremos la postura que mantenemos, sustentando el porqué de nuestra inclinación.

Hacemos notar que la presente discusión se enfocará únicamente en la servidumbre minera administrativa y no la contractual, pues damos por entendido que la segunda se trata de un acuerdo y manifestación de voluntades de disposición de derechos reales, por lo que está claro que nada tiene que ver con el encubrimiento de una expropiación.

B. Postura número uno: La servidumbre minera es, en realidad, una expropiación encubierta

Ya hemos señalado que, en el país, existen diversos temores y dudas en torno a la servidumbre minera, sus efectos e impactos. Si bien estos temores han sido extensamente abordados desde el lado del concesionario (por ejemplo, la incertidumbre o temor del concesionario minero por saber si podrá ver materializada su actividad, siendo la servidumbre minera el único mecanismo coercitivo vigente para adquirir derechos reales sobre la superficie), no se ha hablado lo suficiente respecto al lado del propietario del terreno y los reparos que existen respecto a la ‘afectación’ o ‘pérdida’ de la titularidad de este. Como señalan Zuazo-Villaroel y Osorio, esto se da principalmente por la falta de información que existe respecto a este tema, que suele ser inexacta o falsa (2017, p. 85).

Así las cosas, existe una confusión –que principalmente proviene de los propietarios de los terrenos superficiales que se superponen a los yacimientos mineros– respecto a la realidad de la servidumbre minera y sus efectos. Diversos autores se inclinan por señalar que la servidumbre, en realidad, es una expropiación encubierta o, incluso, indirecta, los motivos serán recopilados a continuación.

En primer lugar, Gamarra es clara en señalar que “[el] procedimiento en mención [el procedimiento administrativo de servidumbre minera], finalmente, configura en realidad una pretensión expropiatoria encubierta [...]”, lo que para ella implica incluso un problema de inconstitucionalidad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú respecto al derecho de propiedad (2010, p. 53). En efecto, la autora encuentra la naturaleza expropiatoria de la servidumbre minera legal en la afectación que esta significa al predio en donde recae el yacimiento minero y, por ende, al propietario.

Gamarra establece que nos encontraríamos ante “*algo parecido*” [sic] a una expropiación a favor del concesionario minero, partiendo de la premisa de que el propietario de la superficie suele ser un agricultor que se verá obligado a dejar de lado su actividad agraria al no ser posible con la servidumbre el uso del predio en cuestión para dichos fines. Además, el valor del predio para el agricultor no será el mismo pues este predio ya no podrá ser utilizado para el proyecto de vida que este tenía pensado (la actividad agrícola), lo que deberá ser reparado por la indemnización (2010, p. 54). Adicionalmente, Gamarra encuentra que –como ya hemos anotado– la servidumbre minera limita ciertos derechos del propietario del predio como son el uso, el usufructo y la posesión inmediata del predio sirviente. Sin embargo, cuando esta servidumbre sea entendida o genere una limitación total de los atributos que confiere el derecho de propiedad, será evidente que nos encontraríamos ante una expropiación encubierta (2010, p. 58).

Para la autora, la naturaleza expropiatoria de la servidumbre minera está fundamentada en la afectación que esta genera al derecho de propiedad y la frustración que implica para el proyecto de vida del propietario. Estas son las razones por las cuales, para Gamarra, no procede el otorgamiento de la servidumbre minera, teniendo en consideración que incluso, como ya hemos abordado, la expropiación minera se encuentra proscrita con la sola finalidad de proteger el contenido esencial del derecho de propiedad (2010, pp. 58-59).

Una postura complementaria a la de Gamarra y que resulta relevante en la misión de dilucidar si la servidumbre minera es, en realidad, una expropiación encubierta, es la de Velásquez Meléndez.

El autor se refiere al concepto de expropiación indirecta, como aquella medida que –sin tener propiamente el título de expropiación– genera efectos expropiatorios contra la propiedad y ha sido calificada por nuestro Tribunal Constitucional como ilegítima (2013, p. 46). Para Velásquez Meléndez, las expropiaciones indirectas se deben prohibir porque estas no siguen un proceso expropiatorio adecuado, ni pagan un justiprecio, como sí sucede con las expropiaciones forzosas.

Al respecto, cabe preguntarnos, ¿cuáles son los efectos expropiatorios que genera una expropiación indirecta? ¿Estos podrían ser equiparados con los efectos de la servidumbre minera? Según Velásquez Meléndez, la expropiación indirecta genera que la titularidad sobre un determinado bien devenga en inútil, pues afecta la facultad del propietario sobre el bien o los beneficios esperados de este (2013, p. 46). En efecto, para el autor, la

expropiación indirecta afecta el bien de tal manera que este no pueda ser utilizado por su propietario para los fines que tenía planeados.

Vemos que esta postura se asemeja a la planteada por Gamarra al señalar que, con la expropiación indirecta, los propietarios del bien –en su mayoría agricultores– verán afectado su derecho de propiedad en la medida que no podrán utilizar el bien para los fines que tenían pensados originalmente, es decir la agricultura, aun cuando este bien regrese a su posesión y aprovechamiento. Así, podemos afirmar que, si bien Velásquez Meléndez no se refiere expresamente a la figura de la servidumbre minera, bajo su definición de expropiación indirecta, la servidumbre calificaría como tal por generar efectos nocivos en la propiedad del predio que enervan su derecho de uso y disfrute, e incluso, su proyecto de vida.

C. Postura número dos: No es posible sostener que la servidumbre minera constituye una expropiación

Habiendo ya expuesto el análisis y razonamiento de aquellos autores que respaldan la idea de que la servidumbre minera es, en realidad, una expropiación encubierta, corresponde exponer también la postura contraria a partir de la cual una servidumbre minera no puede ser interpretada como expropiación.

De esta opinión es Jorge Avendaño Valdez, quien afirma que la expropiación para fines mineros no procede, pues la nueva Constitución (la de 1993) ha derogado dicha figura. A la fecha, la Constitución vigente limita la expropiación a dos causas, la seguridad nacional y necesidad pública (1999, p. 17). Por tanto, a partir del análisis que plantea Avendaño, no es posible que la servidumbre minera se trate –en realidad– de una expropiación, puesto que esta última figura se encuentra derogada, en protección del derecho de propiedad.

Partiendo de dicha postura, Zuazo-Villaroel y Osorio realizan el siguiente análisis:

Como sabemos, la expropiación es la pérdida o privación del derecho de propiedad de un privado, el cual le es “quitado” a cambio de una compensación en dinero, es decir, a cambio de una indemnización. En ese sentido, podemos afirmar que la servidumbre minera no es una expropiación encubierta ni análoga, puesto que la servidumbre minera, a diferencia de la expropiación antes señalada, no extingue el derecho de propiedad ya que esta última no significa el apoderamiento de la propiedad ajena. (2017, p. 92)

Por tanto, los autores afirman que la servidumbre minera no extingue el derecho de propiedad, sino que únicamente lo limita. Esto ya que la servidumbre no otorga al concesionario un derecho de propiedad sobre el predio que afecta, sino que le permite ejercer su aprovechamiento por un periodo indeterminado.

Ahora bien, Zuazo y Osorio no desconocen los efectos ‘nocivos’ que la servidumbre minera podría generar en el predio afectado. Sobre el particular, recogen la postura de Avendaño, que establece que la servidumbre, en tanto limitación exigente a las facultades de propiedad del titular del predio, podría afectarlo gravemente si –por su uso– este queda inhabilitado para la explotación agrícola, que fue su finalidad original. Sin perjuicio de ello, sostienen que dicha afectación no convierte a la servidumbre minera en una expropiación encubierta, sino que más bien genera una necesidad de tener en cuenta las características y limitaciones del predio afectado y sus posibles implicancias al momento de fijar la valorización de la servidumbre (2017, p. 92).

De una inclinación similar son García Montúfar y Franciskovic, quienes han señalado que en la medida que la expropiación ya ha sido derogada por la Constitución, a la fecha, el concesionario minero no se encuentra habilitado para iniciar un procedimiento de expropiación, porque el artículo 70 de la Constitución exige que para ello medie causa de necesidad pública o seguridad nacional (1999, p. 98).

A partir de lo expuesto podemos arribar a la conclusión de que aquellos autores que aseguran que la servidumbre minera no puede ser considerada como una expropiación encubierta se basan, principalmente, en dos razones. En primer lugar, no es posible considerar a la servidumbre minera como expropiación debido a que esta figura se encuentra derogada de nuestro ordenamiento jurídico. Toda vez que la Constitución no habilita al empresario minero a requerir una expropiación, no es posible que la servidumbre sea considerada como tal. Por otro lado, como segundo motivo, los autores diferencian a la servidumbre minera de la expropiación en tanto la primera figura no implica una afectación total a los derechos de propiedad –o por lo menos no en la teoría– puesto que esta no extingue los derechos de propiedad, sino que los limita de manera indefinida.

D. Nuestra Postura

Habiendo desarrollado las posturas predominantes en la doctrina, con respecto a la servidumbre minera en el Perú, cabe analizar la condición,

normativa y la naturaleza actual de esta figura en el Perú; a fin de esclarecer cuál de las dos posturas expuestas guarda una mayor afinidad con la realidad nacional. Tal como fue desarrollado en la presente sección, la servidumbre y la expropiación mantienen características que marcan diferencias fundamentales entre ambas figuras; especialmente con respecto a los efectos que generan en la esfera jurídica del propietario. Sin embargo, las diferencias expuestas corresponden a un análisis conceptual que no necesariamente guarda relación respecto a la servidumbre administrativa regulada en el sector minero; como se demuestra de la comparativa entre las características de ambos conceptos aplicados en la actualidad.

La principal diferencia entre ambos conceptos resulta ser el efecto jurídico principal generado por ambas figuras. Ya que, mientras la expropiación resulta en la transferencia forzosa de la propiedad a favor del Estado, la servidumbre administrativa regulada en la normativa minera genera la constitución de un gravamen sobre el bien afectado. Esta diferencia se mantiene en la realidad, puesto que, al ser otorgada una servidumbre minera, se genera una carga, representada en un asiento de la partida registral de la propiedad en cuestión, la cual no modifica la condición de propietario, sino que limita el derecho real de uso del terreno. La única condición en la que coinciden ambas figuras, resulta ser el no consentimiento del propietario del bien afectado. Ya que, la servidumbre administrativa implementada en el sector minero es constituida por orden de la administración, tras llevar a cabo el procedimiento correspondiente, sin requerir el consentimiento del propietario del predio afectado¹⁷.

Por otro lado, se mantiene la diferencia entre ambas figuras respecto al beneficiario final. Ya que, como se ha desarrollado a lo largo del pre-

sente trabajo, la expropiación se caracteriza por generar la transferencia a favor del Estado¹⁸. Y, por el contrario, la servidumbre administrativa implementada en el sector minero es otorgada por la Administración a favor del titular minero solicitante; generando que este último sea el único beneficiario de la servidumbre minera otorgada. En contraposición se encuentra que, en ambas figuras se genera un derecho de indemnización a favor del propietario del bien afectado; implementando en ambos dos casos el concepto del 'justiprecio'.

Finalmente, en el caso de la expropiación, los derechos reales del propietario del bien se ven totalmente afectados; al transferirse la propiedad del mismo sin su consentimiento. Por otro lado, se encuentra la característica esencial de la servidumbre, la cual establece que la constitución de esta figura no debe enervar el derecho de propiedad. Según Martín Mejorada, esta característica establece que, para poder constituir una servidumbre, se deberá verificar que esta "no perjudica el resto del predio sirviente de modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado" (2003, p. 18).

Bajo nuestro punto de vista, no será posible el cumplimiento de esta característica en ciertos proyectos del sector minero. Ello se fundamenta principalmente en los fines propios de la actividad minera, el cual es permitir al titular minero el ejercicio de sus derechos de exploración y explotación respecto a los yacimientos ubicados en la concesión sobre la cual mantiene titularidad¹⁹. Y, como es bien sabido, estas actividades se caracterizan por generar una gran afectación a la integridad del terreno superpuesto a la concesión explorada y explotada. Especialmente en el caso de la actividad de explotación, la cual, según Diego San Martín "puede ser de dos maneras: (1) a tajo abierto

¹⁷ Según Martínez (2009, p. 64):

Quando fracasa un esfuerzo razonable para alcanzar un acuerdo contractual de utilización del suelo superficial necesario para realizar cualquiera de las actividades mineras referidas en el párrafo precedente, la Ley General de Minería ha puesto desde siempre, la alternativa de recurrir a la autoridad minera para imponer restricciones al propietario del terreno superficial, en beneficio del titular de la concesión minera, a cambio de una compensación justipreciada.

¹⁸ Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017, p. 66) afirman lo siguiente: "La privación de la propiedad se materializa mediante la expropiación, lo cual supone la terminación del derecho de propiedad privada, adquiriendo el Estado en forma obligatoria o forzosa bienes que son imprescindibles para la realización de sus fines".

¹⁹ Martínez (2009, p. 63) afirma que:

[...] la concesión es un bien inmueble, cuya extensión en el subsuelo se extiende al igual que en el caso del propietario del terreno superficial, hasta donde le sea útil. Sin embargo, a diferencia del derecho de propiedad regido por el Código Civil, en el caso de las concesiones mineras nos encontramos en verdad ante un derecho exclusivo al aprovechamiento de las sustancias minerales existentes en el suelo y subsuelo de la concesión, lo que conlleva como atributo o derecho derivado o supeditado al primero, a utilizar en toda su extensión el subsuelo, en la medida que sea necesaria para el racional aprovechamiento de las sustancias minerales ubicadas dentro de la concesión.

o (2) a manera de socavón (haciendo túneles)” (2022, p. 36). Adicionalmente, los proyectos mineros de la gran minería suelen abarcar múltiples concesiones; las cuales, debido a la regulación actual, pueden extenderse por hasta 1,000 hectáreas. Por lo tanto, resulta claro que, existirán casos en los cuales la servidumbre minera otorgada perjudicará gravemente gran parte de la propiedad; o incluso la totalidad de esta.

Por ello, consideramos que, en ciertos casos, el otorgamiento de una servidumbre administrativa minera constituirá una expropiación encubierta. Dependiendo del tamaño de la huella del proyecto generada por los métodos de exploración o explotación, al igual que los componentes implementados. Ya que, a pesar de no generarse una transferencia de la titularidad del predio afectado, se estarán enervando sustancialmente los derechos reales del propietario. De tal manera que, no le permitan ejercer sus derechos reales sobre el bien para cumplir con la finalidad que este hubiese determinado para el terreno.

IV. PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN EFICIENTE

Tal como se ha podido evidenciar en los apartados anteriores del presente trabajo de investigación, la regulación actual de la servidumbre minera administrativa en el marco jurídico peruano presenta una serie de deficiencias. Algunas de estas deficiencias que se evidencia en dicha figura legal, es el contar con un procedimiento sumamente engorroso, una falta de claridad en la normativa y de garantías dentro del procedimiento.

Por tanto, a fin de brindar una solución a las deficiencias encontradas en la regulación actual de la servidumbre minera administrativa, proponemos las siguientes modificaciones.

A. Optimización del Procedimiento de Servidumbre Minera

Una de las principales deficiencias que se encuentra en la regulación actual de la servidumbre minera administrativa se evidencia en su procedimiento. Este último se caracteriza por ser uno engorroso. En ese sentido, planteamos las siguientes modificaciones al procedimiento a fin de que este pueda ser uno más eficiente.

1. Notificación Formal en el Procedimiento de Servidumbre Minera

El requisito de una carta notarial para iniciar la etapa de negociación directa ha demostrado ser ineficiente en zonas donde no existen notarios disponibles. Para solucionar este problema, proponemos permitir medios alternativos de notificación con valor legal equivalente como la certificación por un juez de paz, un acta de constatación policial, el envío de correo certificado con acuse de recibo o, en casos donde el propietario no pueda ser ubicado, la publicación en un diario oficial o regional. Estas opciones garantizan que la notificación sea efectiva sin depender exclusivamente de la presencia de un notario.

La implementación de esta medida agilizará el procedimiento de servidumbre, reduciría costos y fortalecería la seguridad jurídica al asegurar que la notificación se realice por entidades reconocidas por el Estado. Además, eliminaría una barrera innecesaria, permitiendo que los concesionarios mineros cumplan con sus obligaciones de manera más eficiente y sin depender de factores externos que puedan retrasar el desarrollo de sus actividades²⁰.

2. Conciliación obligatoria en el procedimiento de servidumbre minera

La conciliación obligatoria en el procedimiento de servidumbre minera introduce una etapa adicional innecesaria, dado que las partes ya han intentado llegar a un acuerdo previo. En muchos casos, esta conciliación se convierte en una formalidad sin efectos reales, ya que los propietarios pueden usarla como una estrategia dilatoria o simplemente no asisten, lo que genera retrasos y costos adicionales para el concesionario minero.

Para evitar estos problemas, proponemos que la conciliación deje de ser un requisito obligatorio y pase a ser opcional, de modo que las partes solo recurren a ella si consideran que puede ser útil para alcanzar un acuerdo. Esto permitiría que, en caso de una negociación fallida, el concesionario pueda continuar directamente con el procedimiento sin verse obligado a agotar un trámite adicional.

Esta reforma traería mayor eficiencia, eliminando demoras innecesarias y reduciendo costos. Ade-

²⁰ Según Tong y Montero (2009, p. 93):

Al respecto, el Reglamento no ha tenido en cuenta que muchos de los lugares donde se planea establecer la servidumbre, no cuentan dentro de su jurisdicción con un Notario. En ese sentido, la exigencia de la carta notarial resultaría imposible de ser cumplida, aun cuando en la práctica, la DGM ha aceptado la certificación de entrega realizada por un Juez de Paz o por la Policía.

más, otorgaría flexibilidad y seguridad jurídica, permitiendo que la conciliación se utilice únicamente cuando las partes la perciban como un mecanismo factible para la solución del conflicto, en lugar de ser una barrera burocrática que retrasa el desarrollo de la actividad minera²¹.

3. Centralización de la Autoridad Competente para el Otorgamiento de Servidumbres Mineras

Actualmente tanto el Ministerio de Energía y Minas como el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego intervienen en el otorgamiento de servidumbres, debido a que se requiere el refrendo de funcionarios de ambos ministerios para la expedición de la resolución que aprueba la servidumbre. Esto puede generar conflictos de naturaleza política sobre si priman las necesidades del sector minero o el sector agrícola.

Ante esto, proponemos eliminar la intervención del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, dejando al Ministerio de Energía y Minas como único encargado de emitir la resolución que autoriza la servidumbre. Esta reforma evitaría que los procedimientos se vean afectados por intereses sectoriales opuestos y agilizaría la tramitación de la servidumbre, garantizando mayor eficiencia y previsibilidad en la toma de decisiones²².

B. Modificación de los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo 017-96-AG, que aprobó el Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505

Un segundo problema que evidenciamos en la regulación actual de la servidumbre minera administrativa se presenta en el hecho de que la normativa condiciona el otorgamiento de la servidumbre a que ésta no ‘enerve’ el derecho de propiedad del titular del terreno superficial (Tong y Montero, 2009, p. 94).

Ello se encuentra contemplado en el artículo 4 del Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos cuando se establece que:

En caso de que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, **se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas** [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el acto de enervar el derecho de propiedad sobre el predio sirviente es definido por el Artículo 3 de dicho Reglamento como “perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” (1996).

Así, tal como señalan Tong y Montero, se evidencia una ambigüedad en las frases “perjudicial al resto del predio sirviente” o “respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” (2009, p. 94). Dicha ambigüedad se grafica en el siguiente ejemplo planteado por los autores. Ambos señalan que, por ejemplo, bajo el término “perjudicial el resto del predio sirviente” podría entenderse que se encuentra descartada todo tipo de servidumbre en terrenos pequeños. De igual manera, la ambigüedad de la frase “respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado” resulta también evidente, ya que a los predios se les puede otorgar innumerables fines o usos. Así, se haría inaplicable la servidumbre legal en todos los casos (2009, p. 94).

Por tanto, a fin de poder corregir las deficiencias generadas por la ambigüedad del término ‘enervar’ y la definición de dicho término que introduce el Reglamento, consideramos que, se deben modi-

²¹ Conforme a Tong y Montero (2009, p. 93):

El Reglamento prevé que, a falta de acuerdo entre el titular de la concesión minera y el propietario del predio, la DGM invocará a conciliar a las partes con la participación de un Centro de Conciliación. Al igual que el caso anterior, consideramos que este requisito no es viable ya que no existen suficientes centros de conciliación a nivel nacional, de otro lado, consideramos que incluir un procedimiento conciliatorio implica duplicar la etapa de acuerdo entre las partes. En efecto, resulta sumamente difícil que la intervención de un conciliador pueda lograr el entendimiento entre las partes, si ellas mismas no han podido llegar a un acuerdo.

²² Según Barraza (2002, p. 237):

Estimamos que el procedimiento administrativo de servidumbre minera introducido por la Ley de Tierras, no obstante que pretende buscar una salida más justa al problema agro-minería (a favor del propietario de predio) generará un entorpecimiento o paralización en la actividades mineras habida cuenta que, al otorgarse la servidumbre vía resolución suprema expedida con la intervención de los Ministerios de Energía y Minas y Agricultura, dependerá de consideraciones de índole político, el escoger si primarán las necesidades mineras o bien las agropecuarias. De otro lado, al no contar el Ministerio de Energía y Minas con una regulación expresa de un proceso de negociación y conciliación a cargo de un tercero especializado, la posibilidad de llegar a un acuerdo previo con el propietario del predio se hace poco probable, quedando muchas veces condicionada esta posibilidad a una clara presión del titular del mismo.

ficar los artículos 3 y 4 del Decreto Supremo 017-96-AG, que aprobó el Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505.

En este sentido, el texto de los artículos anteriormente mencionados quedaría de la siguiente manera:

Decreto Supremo 017-96-AG	Propuesta
Artículo 3.- (...) elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado.	Artículo 3.- (...) elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin privar el derecho de propiedad. Para ello, se entenderá que una servidumbre es inviable si impone una carga que genere una privación total del derecho de propiedad o imposibilite el uso del predio para cualquier finalidad económicamente razonable por parte del propietario. No se considerarán enervación aquellas limitaciones que, aunque restrinjan parcialmente el uso del predio, permitan su aprovechamiento en condiciones compatibles con su finalidad o con actividades alternativas viables.
Artículo 4.- (...) En caso que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.	Artículo 4.- (...) En caso que la servidumbre prive el derecho de propiedad , conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Decreto Supremo 017-96-AG.

Dicha modificación, permitiría un margen de actuación más claro con respecto a la autoridad a fin de determinar cuándo estamos ante una servidumbre minera constituida de manera correcta, conforme a ley, y cuándo nos encontramos frente a una expropiación encubierta.

C. Medidas de Garantía para la Continuidad de las Operaciones Mineras

- 1. Garantía financiera hasta la determinación del monto indemnizatorio

El cálculo del monto indemnizatorio en el procedimiento de servidumbre minera es un proceso complejo, ya que debe considerar no solo el valor de las tierras afectadas, sino también el lucro cesante y los posibles daños futuros que podrían generarse con el tiempo. Debido a la dificultad de estimar estos valores con precisión al inicio del procedimiento, la obligación de pagar la indemnización antes de determinar su monto exacto puede generar retrasos en la implementación de la servidumbre y, en algunos casos, paralizar proyectos mineros.

Para solucionar este problema, se propone que el concesionario minero pueda otorgar una fianza

suficiente como garantía hasta que se culmine el procedimiento y se establezca el monto definitivo de la indemnización. Esta fianza permitiría que el proceso avance sin necesidad de definir inmediatamente el valor de la compensación, asegurando al propietario del predio sirviente que recibirá su pago una vez determinado el justiprecio.

Este mecanismo beneficiaría tanto a los concesionarios como a los propietarios, ya que evitaría la paralización de actividades mineras por disputas en la tasación de los daños, al mismo tiempo que protegería los derechos del titular del predio sirviente²³.

- 2. Acceso anticipado al predio en situaciones de incertidumbre sobre la titularidad

El problema de la incertidumbre sobre la titularidad del predio sirviente es una de las principales causas de retraso en el procedimiento de servidumbre minera. En muchos casos, la falta de un registro de propiedad claro o la existencia de disputas entre posibles propietarios impide que el concesionario minero pueda pagar la indemnización correspondiente y acceder al terreno, lo que genera una paralización del proyecto hasta que se resuelva la controversia legal.

²³ Según Lastres (2009, p. 101):

Considerando las dificultades para determinar el monto indemnizatorio y conociendo que muchas veces al inicio de una servidumbre no se puede siquiera estimar los daños que pueda ocasionar a futuro, se hace necesario que el Estado permita en el procedimiento de servidumbre minera que el concesionario pueda otorgar una fianza suficiente hasta que culmine el procedimiento, quedando así asegurado el derecho del propietario, en tanto que el minero pueda proseguir con el desarrollo de su proyecto.

Para solucionar este problema, se propone la implementación de un mecanismo de consignación del monto indemnizatorio en el Banco de la Nación. Esto permitiría que el concesionario deposite el valor de la indemnización en una cuenta a nombre del Estado, en calidad de fideicomiso, hasta que se determine con certeza quién es el legítimo propietario del predio. Una vez que la controversia sea resuelta, el monto consignado sería entregado al titular reconocido por la autoridad competente²⁴.

3. Modificación a la Regulación del Justiprecio

El régimen actual de justiprecio en el contexto de la servidumbre minera presenta deficiencias que afectan directamente a los propietarios de los predios sirvientes. Durante la vigencia de la servidumbre, el derecho de propiedad se ve severamente limitado, restringiendo el uso y disfrute del terreno, además de generar un daño significativo a su integridad. No obstante, la normativa vigente, en particular la Ley de Tierras, no contempla criterios adecuados para calcular una indemnización proporcional al perjuicio real sufrido por el propietario. En consecuencia, las compensaciones otorgadas muchas veces resultan insuficientes, lo que genera conflictos y afectación a la relación entre concesionarios mineros y propietarios de predios afectados²⁵.

Ante esta problemática, proponemos la incorporación de nuevos criterios en la valoración de la indemnización, como el grado de afectación del predio, la duración de la servidumbre, el impacto sobre la actividad económica del propietario y los costos de recuperación ambiental. Estos factores permitirían establecer montos compensatorios que reflejen de manera más precisa la pérdida económica y patrimonial generada por la imposición de la servidumbre minera.

Adicionalmente, en casos en los que el daño generado sea irreversible, se debería establecer una compensación adicional que contemple la restau-

ración total del terreno o, en su defecto, la posibilidad de expropiación con indemnización plena.

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha buscado analizar la regulación vigente de la servidumbre minera en el Perú y su posible carácter de expropiación encubierta. A partir del desarrollo teórico y normativo, así como del análisis doctrinario, se han identificado las principales implicancias que tiene la servidumbre minera sobre el derecho de propiedad, lo que ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

A. La servidumbre minera es una figura distinta a la expropiación, pero con efectos limitativos sobre la propiedad

La servidumbre minera es una figura jurídica que permite a los concesionarios mineros utilizar terrenos de terceros sin que ello implique la transferencia del derecho de propiedad, a diferencia de la expropiación, que supone la privación total del bien. Sin embargo, aunque la servidumbre no extingue la titularidad del predio sirviente, sí impone limitaciones significativas en su uso, goce y disfrute, afectando derechos fundamentales del propietario.

B. La normativa actual no ha derogado expresamente el derecho a solicitar la expropiación minera, aunque en la práctica esto es inaplicable

A pesar de que la Constitución de 1993 establece que la expropiación solo es procedente por razones de necesidad pública o seguridad nacional, el TUO de la LGM aún mantiene en su artículo 37 la posibilidad de que un concesionario minero solicite la expropiación de un predio dentro de su concesión. Sin embargo, este derecho resulta inaplicable en la práctica, ya que la minería no califica como un supuesto de necesidad pública o seguridad nacional que justifique la expropiación bajo la normativa constitucional vigente. Esta

²⁴ Conforme a Lastres (2009, p. 101):

Se nota la debilidad de la Ley en mención al exigir la culminación del procedimiento de servidumbre para que el minero pueda hacer uso de la superficie, pues este trámite puede retardar la ejecución de importantes proyectos mineros en perjuicio del país. Se debe entonces permitir al titular del derecho minero hacer uso de la servidumbre minera aún antes de la culminación del procedimiento respectivo o en caso de duda sobre quién es titular del predio sirviente, dar por cumplido el pago de la compensación con la consignación correspondiente.

²⁵ Según Barraza (2002 p. 240):

De otro lado, debemos destacar que la Ley de Tierras evidencia una notoria disfuncionalidad con la práctica de la industria minera, sin zanjar adecuadamente el antiguo conflicto existente entre los sectores agrario y minero. Así, creemos que era conveniente que dicha norma estableciera más detalladamente, los criterios a tenerse en cuenta al momento de estimarse o calcularse el justiprecio a pagarse al titular del predio superficial al momento de establecerse la servidumbre.

contradicción normativa genera una situación de incertidumbre jurídica, en la que formalmente la expropiación minera sigue apareciendo en el ordenamiento legal, pero carece de viabilidad real debido a la supremacía de la Constitución sobre las normas sectoriales.

C. Existe un debate en la doctrina respecto a si la servidumbre minera constituye una expropiación encubierta

Existe un debate sobre si la servidumbre minera constituye una expropiación encubierta debido a la afectación que genera sobre el derecho de propiedad. Algunos autores sostienen que, aunque formalmente no implique la transferencia de titularidad, la servidumbre minera puede restringir tanto el uso y goce del predio que, en la práctica, anula sus atributos esenciales, equiparándose a una expropiación sin las garantías correspondientes. Desde esta perspectiva, la degradación del terreno y la imposibilidad de su uso posterior justifican calificarla como una privación sustancial de la propiedad. Por otro lado, una postura opuesta argumenta que la servidumbre minera, aunque limitativa, no equivale a una expropiación, ya que el propietario sigue conservando su derecho y recibe una indemnización por la afectación sufrida. Esta corriente considera que servidumbre y expropiación son figuras distintas y que la primera solo representa una restricción jurídica al dominio, sin llegar a su extinción. En consecuencia, el debate persiste en torno a si la intensidad de la afectación en determinados casos es suficiente para considerar que la servidumbre minera se convierte, en los hechos, en una expropiación indirecta.

D. En la práctica la servidumbre minera puede llegar a generar afectaciones irreversibles al derecho de propiedad

En la práctica, la servidumbre minera puede generar afectaciones irreversibles al derecho de propiedad, especialmente en proyectos de gran minería donde la explotación intensiva impacta el terreno hasta volverlo inutilizable para su uso original. En muchos casos, el impacto ambiental y estructural ocasionado por la actividad minera imposibilita la recuperación del terreno para su uso agrícola, ganadero o residencial, lo que en la práctica supone una pérdida sustancial del derecho de propiedad. A pesar de que la normativa establece que la servidumbre no debe “enervar” el derecho del propietario, la realidad muestra que, en ciertas circunstancias, esta afectación es inevitable y, en consecuencia, requiere una regulación más clara de cara a incentivar el uso de la servidumbre minera y proteger el derecho de propiedad de los titulares de los predios sirvientes.

E. El procedimiento de servidumbre minera presenta deficiencias que generan desincentivos para su aplicación

El procedimiento de servidumbre minera presenta diversas deficiencias que generan desincentivos para su aplicación, afectando tanto a concesionarios mineros como a propietarios de terrenos. Entre los principales problemas se encuentran su excesiva burocracia, la falta de claridad en los criterios para determinar la afectación permitida y la incertidumbre en la fijación del justiprecio para la indemnización. Además, la intervención de múltiples entidades en el proceso puede generar retrasos significativos, dificultando la obtención de la servidumbre y aumentando los costos para todas las partes involucradas. Como resultado, muchos concesionarios optan por negociar acuerdos privados con los propietarios en lugar de recurrir al procedimiento administrativo. 🏛️

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Avendaño Valdez, J. (1999). Servidumbres mineras y expropiación. *Cathedra*, 3(5).
- Avendaño, J., & Avendaño, F. (2017). *Derechos reales*. Fondo Editorial PUCP.
- Baldeón, J. F. (2016). *Tratado de derecho minero peruano*. Jurista editores.
- Barraza Lescano, R. (2002). Algunos apuntes en torno a la servidumbre minera y la problemática suscitada con la entrada en vigencia de la Ley 26505 Ley de Tierras. *IUS ET VERITAS*, 13(25), 231-240.
- Belaunde Moreyra, M. (2019). *Derecho minero y concesión*. Editorial San Marcos.

- Cassagne, J. C. (2017). *Derecho administrativo*. Tomo II. Palestra Editores.
- Dávila, I. & Espinoza, C. (2019). El eterno conflicto existente entre el Derecho de Propiedad y la Servidumbre Minera. *Conexión Ambiental*. <https://conexionambiental.pe/el-eterno-conflicto-existente-entre-el-derecho-de-propiedad-y-la-servidumbre-minera/>
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. (7ma ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Gamarra Barrantes, C. (2010). Los Problemas que Enfrenta el Concesionario Minero ante el Procedimiento de Servidumbre Minera. *Derecho & Sociedad*, (35), 52-61. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13260>
- García Montúfar, G., & Franciskovic Ingunza, M. (1999). *Derecho minero común: Doctrina, jurisprudencia, legislación*. Gráfica Horizonte.
- Huapaya Tapia, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 327-339. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>
- Huapaya Tapia, R. A., & Sánchez Povis, L. A. (2016). El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. *THÉMIS-Revista De Derecho*, (69), 87-113. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16753>
- Lastres Bérninzon, E. (2009). *Derecho de minería y energía*. Asociación Primera Fuente.
- Marchese, C. (1999). Derechos Superficiales sobre Tierras de Particulares. *Revista de Derecho Minero y Petrolero*, (57).
- Martínez, H. (2009). Comentarios sobre la servidumbre en Minería. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 63-78.
- Mejorada, M. (2003). Las servidumbres y la explotación de recursos naturales. *IUS ET VERITAS*, (27), 12-22.
- Pachas, D. (2015). Alcances sobre la servidumbre para proyectos de inversión: ¿Una solución efectiva para impulsar la minería en el Perú? *Vox Juris*, 2(30), 15-33.
- San Martín Villaverde, D. (2022). *El derecho minero*. Fondo Editorial PUCP.
- Tong Gonzáles, F., & Montero Alvarado, F. (2009). *Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras*. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 79-97. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho%20administrativo/article/view/13986>
- Velásquez Meléndez, R. (2013). Expropiación indirecta: justificación, regímenes, casos, criterios y usos. *IUS ET VERITAS*, 23(46), 228-256. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970>
- Vergara Blanco, A. (1992). *Principios y sistema del derecho minero: Estudio histórico-dogmático*. Editorial Jurídica de Chile.
- Zuazo-Villaroel, L., & Osorio-Colqui, J. J. (2017). ¿El último suspiro o la resurrección de la servidumbre minera legal? *Advocatus*, (035), 83-96. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4471>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Constitución Política del Perú [Const.], 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Decreto Legislativo 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de agosto de 2015 (Perú).
- Decreto Legislativo 109, El Gobierno promulgó la Ley General de Minería, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de junio de 1981 (Perú).
- Decreto Supremo 017-96-AG. Aprueban el Reglamento del Artículo 7 de la Ley 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de octubre de 1996 (Perú).

Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 011-97-AG, Aprueban el Reglamento de la Ley 26505, referida a la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional

y de las comunidades campesinas y nativas, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de junio de 1997 (Perú).

Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de julio de 1995 (Perú).

EL CONTROL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES: DEL RÉGIMEN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS A LA REVISIÓN JUDICIAL

OVERSIGHTING THE REGULATORY AGENCIES: FROM THE REGIME OF BUREAUCRATIC BARRIERS TO JUDICIAL REVIEW

Sebastian Gamarra Abarca*
Asociado Principal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

Within the framework of administrative claims, the article analyzes the interactions between the resolution bodies of Indecopi (Commission for the Elimination of Bureaucratic Barriers and the Specialized Chamber for the Elimination of Bureaucratic Barriers) and the regulatory agencies, in order to identify the main limitations of the administrative jurisdiction, which come, among others, from the provisions of Legislative Decree 1256 and the jurisprudence of Indecopi.

This situation generates control gaps that, in turn, result in the lack of protection of the citizens. To better illustrate this scenario, a historical overview of the Peruvian institutions involved is carried out, leading to a detailed review of the applicable regulations and jurisprudence. Finally, it concludes with the proposal of possible alternatives for improvement, emphasizing the revitalization of the Judicial Branch possible alternatives for improvement.

KEYWORDS: Administrative claims; resolution bodies of Indecopi; elimination of bureaucratic barriers; limitations of administrative jurisdiction; judiciary.

En el marco de las denuncias administrativas, el artículo analiza las interacciones entre los órganos resolutivos del Indecopi (Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas) y los organismos reguladores, a fin de identificar las principales limitaciones de la jurisdicción administrativa, las cuales se derivan, entre otras, de las disposiciones del Decreto Legislativo 1256 y la jurisprudencia del Indecopi.

Dicha situación genera vacíos de control que, a su vez, resultan en la desprotección para los administrados. Para ilustrar mejor este escenario, se realiza un recorrido histórico de las instituciones peruanas implicadas, hasta llegar a una revisión detallada de la normativa y jurisprudencia aplicable. Finalmente, se concluye con la propuesta de posibles alternativas de mejora, haciendo énfasis en la revitalización del Poder Judicial.

PALABRAS CLAVE: Denuncias administrativas; órganos resolutivos del Indecopi; eliminación de barreras burocráticas; limitaciones de la jurisdicción administrativa; Poder Judicial.

* Abogado. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Asociado Principal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1109-0230>. Contacto: sga@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 03 de mayo de 2025, y aceptado por el mismo el 06 de junio de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque no se trate de un dogma, es posible asumir que ciertos remedios normativos ante problemas estructurales no son siempre la respuesta óptima en el largo plazo¹. Una decisión, que incluso sin plantearse resulta transitoria, puede encerrar grietas que tarde o temprano se manifiestan, creando una contingencia adicional sobre la marcha².

Desde hace más de 30 años el sistema de eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad conducido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) se ha convertido en una pieza esencial en el control de los actos de las entidades de la Administración Pública en Perú. Reconocido positivamente, y con razón, este sistema de evaluación administrativa de legalidad y arbitrariedad se ha erigido como una alternativa a los ordinarios procesos de control judicial, siendo una vía que permite tutelar derechos económicos de una manera más expeditiva y, en algunos casos, eficaz³.

No obstante, la propia jurisprudencia de la Comisión de Eliminación Barreras Burocráticas (en adelante, CEB) y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, SEL) ha evidenciado con el tiempo límites en el sistema, algunos de los cuales no están relacionados con aspectos formales o criterios resolutivos específicos, sino que son inherentes a las características propias de la jurisdicción administrativa, que en muchos aspectos es

apenas un sustituto imperfecto del Poder Judicial. Estos límites han sido particularmente notorios al tratar de aplicarse mecanismos de control sobre los actos, actuaciones, omisiones y disposiciones normativas emitidas por los organismos reguladores de servicios públicos⁴.

El propósito de este trabajo es analizar recientes interacciones, en el marco de procedimientos de denuncias administrativas, entre los organismos reguladores⁵ y los órganos resolutivos de barreras burocráticas del Indecopi, a fin de identificar escenarios en los que la falta de un control judicial real genera un vacío de protección que no puede —ni, idealmente, debe— ser abordado por un tribunal administrativo. Ante ello, conviene considerar reformas o herramientas adicionales que, sin negar el enorme impacto favorable del sistema de eliminación de barreras burocráticas, contribuyan a que la jurisdicción ordinaria asuma en mayor medida la revisión directa de las medidas emitidas por los organismos reguladores y otras entidades públicas con facultades similares.

II. EL MODELO TRADICIONAL: EL CONTROL JUDICIAL DE LAS AGENCIAS REGULADORAS

Uno de los grandes retos de los sistemas jurídicos occidentales ha sido la permanente búsqueda de estrategias e instituciones que ayuden a mantener la vigencia de los derechos y garantías constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones administrativas. Es así como el Poder Judicial surge como el revisor idóneo de las actuaciones de las entidades del Poder Ejecutivo⁶.

¹ Establecer lo óptimo, en el caso de una salida legal, se relaciona con la creación de escenarios donde la norma contribuye a asignar recursos de tal manera que se materialice la mejor situación posible (eficiencia) para un grupo de agentes dentro de un equilibrio de bienestar. No obstante, los presupuestos ideales para arribar a la eficiencia óptima (Pareto o Kaldor-Hicks) son difíciles de satisfacer, siendo la opción normativa más realista solo aproximarse hasta cierto punto a las condiciones ideales de equilibrio. Véase a Mathis (2009, p. 31).

² Parte de la lógica subyacente al análisis económico del derecho está centrada en encontrar impactos a largo plazo que desaconsejen o condicionen la aplicación de una alternativa regulatoria aparentemente más beneficiosa en un plano inmediato. Esta evaluación, no solo es inicial, sino también periódica, siendo necesario que cada cierto tiempo se evalúe el efecto global de la norma. Al respecto, véase a Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE] (2012, p. 9).

³ En comparación a los procesos judiciales, los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas están normativamente sujetos a plazos resolutivos de 120 días hábiles por cada instancia.

⁴ Bajo los alcances de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, existe una lista cerrada que incluye al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2000), al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel), al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) y a la Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento (en adelante, Sunass) como entidades reguladoras, entendiéndose estas como agencias independientes (basadas en el modelo británico) encargadas de establecer las condiciones de operación de las empresas prestadoras de servicios públicos (Falla, 2003, p. 170). Por supuesto, existen otras entidades públicas que tienen facultades normativas, fiscalizadoras e incluso sancionadoras, desde ministerios hasta direcciones adscritas, cuya revisión de actuaciones por parte del Indecopi también carga problemas similares a los que describiremos en este artículo.

⁵ Para algunos autores, existen diferencias conceptuales, según el modelo regulatorio del que se hable, pero con fines metodológicos en este trabajo utilizaremos los términos 'agencias reguladoras' y 'organismos reguladores' como sinónimos.

⁶ El concepto de entidad pública es variable según el ordenamiento y las fuentes, llegando a comprender en el caso peruano (Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no solo a las entidades pertenecientes al Poder Ejecutivo sino también a los propios órganos legislativos y judiciales (se entiende, cuando realizan funciones

¿Por qué un juez sería el mejor posicionado para revisar los actos de la Administración pública?⁷ No existe una respuesta única, aunque se asume que, en un régimen de separación de poderes, el juez genera un balance efectivo y concede mayor legitimidad —en su papel de árbitro— a las instituciones de gobierno y legislativas. En otras palabras, el juez es un agente independiente que contribuye a mantener los valores democráticos⁸ y la vigencia del Estado de Derecho⁹.

La noción del control judicial es propia tanto del *Common Law*¹⁰, donde se le denomina revisión judicial¹¹, como de los sistemas de derecho administrativo continental¹². En estos últimos, el juez es depositario de una jurisdicción contencioso-administrativa especial cuya función principal es asegurar la primacía del principio de legalidad en toda actuación administrativa¹³, la tutela judicial efectiva e inclusive la satisfacción de las pretensiones (intereses legítimos y derechos subjetivos) de los administrados¹⁴.

La jurisdicción ordinaria, vinculada a las cortes¹⁵, otorga amplios poderes a los jueces para verificar las condiciones de emisión de los actos y reglamentos, así como el ejercicio de la discrecionalidad de las entidades públicas¹⁶. A la par, los jueces son custodios del principio de interdicción de la arbitrariedad, componente esencial de su activi-

dad, que se enfoca en evitar que los funcionarios de la Administración incurran en actos ilegales, irrazonables, injustos o únicamente fundados en su voluntad¹⁷. El control judicial, al mismo tiempo, incentiva una mayor prolijidad en el deber de motivación para reducir los vicios en el procedimiento administrativo¹⁸.

Todo lo anterior es especialmente relevante cuando se revisan los actos o normas emitidas por entidades con amplios poderes de intervención sobre libertades económicas o con facultades sancionadoras. Dado que se suele considerar que la potestad de castigar es más bien propia de las cortes y no de la Administración, el control resulta aún más necesario para analizar la concreción de los presupuestos básicos del ejercicio legítimo del poder punitivo, desde el debido procedimiento y el derecho de defensa hasta las reglas de tipificación¹⁹.

Según el ordenamiento del que se trate, el juez contencioso-administrativo puede actuar como una instancia adicional que sustituya el pronunciamiento administrativo, o bien como un revisor de derecho y/o hechos²⁰. En cuanto a la oportunidad del control, en algunos ordenamientos pertenecientes al derecho administrativo continental, se privilegia el agotamiento de la vía administrativa como condición previa, sin perjuicio de otros re-

administrativas). Para tal efecto, la función administrativa es la actividad realizada por las entidades de la administración pública, incluyendo organismos reguladores, para satisfacer determinados intereses públicos y materializar medidas concretas de regulación y ordenamiento. Al respecto, véase a Hartmut (2011, p. 48).

⁷ Desde un plano objetivo, la Administración pública se define como:

[...] el conjunto de entidades y órganos que ejercen la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también de dictar disposiciones (función de reglamentación) y de resolver reclamaciones (función de solución de controversias). (Martin, 2011, p. 104)

⁸ Esta posición no está exenta de críticas, pues suele cuestionarse la autoridad de los jueces para anular decisiones y actuaciones de órganos o funcionarios cuyo poder se deriva de elecciones populares y que, teóricamente, gozan de una mayor representatividad y legitimidad democrática (Jeremy, 2006, p. 1353).

⁹ Rose-Ackerman (1992, p. 206); Rose-Ackerman y Jordão (2014, p. 4); y Davis Noll (2021, p. 353).

¹⁰ El *Common Law* puede entenderse como "el sistema jurídico jurisprudencial y de derecho común de los países anglosajones fundado en las costumbres de los países en que se aplica" (Sánchez Maluf, 2003, p. 289).

¹¹ La revisión judicial es el proceso o poder de las cortes para analizar, y potencialmente anular, leyes y actos de gobierno que violan la Constitución y otras normas de alto rango (Huq, 2004). En algunos países como el Perú, el concepto de revisión judicial —como especie de control judicial— está más vinculado a la revisión formal de actos específicos de la Administración, concretamente, aquellos relacionados con la ejecución coactiva en el marco de la Ley 26971.

¹² Nos referimos a los sistemas alemanes y franceses, de los cuales provienen los rasgos distintivos del Derecho Administrativo peruano.

¹³ Cassagne (2016, p. 152).

¹⁴ Huapaya (2019, p. 49).

¹⁵ El término jurisdicción, tan amplio y genérico como parece, designa el poder o autoridad de una corte para conocer y resolver una determinada materia. En rigor, por tanto, el ejercicio de la función jurisdiccional suele estar ligado al Poder Judicial (Williams, 2022, p. 1719).

¹⁶ Nieto (2002, p. 529).

¹⁷ Cassagne (2016, p. 264).

¹⁸ Navarro (2017, p. 524).

¹⁹ De la Riva (2023, p. 1387).

²⁰ Laguna de Paz (2022, p. 442).

medios más inmediatos, normalmente cuando se afectan derechos constitucionales. A nivel anglosajón, modelos como el norteamericano, permiten una posibilidad casi permanente de solicitar *injunctions* o medidas cautelares para compeler a la administración y detener una orden o suspender la entrada en vigencia de un reglamento, lo cual nos coloca en muchos escenarios ante una revisión preliminar que puede anticiparse con amplitud al inicio formal de un proceso judicial²¹.

El control de los organismos o agencias reguladoras de servicios públicos encierra muchos más retos, pues el cumplimiento adecuado de sus funciones está atado a un alto grado de autonomía, especialización técnica y discrecionalidad para la toma de decisiones en materias difícilmente abordables por otras entidades públicas o el propio Poder Judicial (por ejemplo, la fijación tarifaria o la determinación de reglas de acceso)²². Pese a ello, como órganos plenos de la Administración, las agencias reguladoras no pueden estar exentas del control o revisión judicial²³.

El control sobre los reguladores se justifica, adicionalmente, por razones políticas y sociales, en tanto el Poder Judicial puede cubrir las amenazas y riesgos generados por la captura regulatoria política o empresarial²⁴. Del mismo modo, se argumenta que el control se considera necesario en una doble dimensión, ya que “el poder regulatorio es tan amplio que existe la necesidad de proteger no solo los derechos de los agentes regulados sino de los consumidores, ciudadanos, así como el interés general”²⁵.

Se ha sostenido que debería evaluarse la existencia de materias exceptuadas de control judicial, sobre todo en aspectos ampliamente técnicos cuyo conocimiento requiere de una preparación ajena a la de los profesionales legales²⁶. No obstante, las decisiones técnicas pueden ser también afectadas por actuaciones arbitrarias o irrazonables que requieran de un examen judicial comple-

mentario. No resulta, por tanto, una contradicción el otorgar competencias especializadas a las agencias reguladoras (aun con la premisa de que los jueces carecen de los mismos conocimientos técnicos²⁷) y, a la vez, imponer un control judicial, debido a que las revisiones tienen lugar idealmente sobre un porcentaje menor de casos en comparación al total de decisiones y materias abordadas por los reguladores.

Asimismo, en la actualidad se sigue una tendencia a retomar ciertos poderes judiciales en su condición de garantes ante las intervenciones de las agencias reguladoras. Desde 1986 hasta 2024, estuvo en vigencia en Estados Unidos la denominada doctrina *Chevron*, conocida también como doctrina de la deferencia en el derecho administrativo continental²⁸. Esta doctrina, que nace del caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984), señalaba que al momento de revisar una actuación o interpretación administrativa las cortes debían seguir los siguientes pasos: (i) evaluar la existencia de una previsión expresa del Congreso sobre la materia regulada, es decir, verificar si se contaba con una habilitación legal expresa o si esta resultaba ambigua (lo que concedía un grado mayor de discrecionalidad a la agencia) y (ii) evidenciada una potencial falta de previsión legal directa y siempre que la posición de la agencia fuera razonable y desprovista de arbitrariedad, dar preferencia a la posición de la agencia debido al componente político de sus actividades y a su mayor conocimiento técnico²⁹.

La doctrina *Chevron* fue durante décadas la base del derecho y el Estado Administrativo norteamericano, además de permitir una mayor libertad en las decisiones regulatorias de las agencias³⁰. Fue también el pilar sobre el que sucesivas sentencias de la Corte Suprema articularon las obligaciones y límites en el control de estas entidades³¹. Sin embargo, recientemente, la propia Corte Suprema emitió el fallo *Lopper Bright Enterprises v. Raimon-*

²¹ Berger (2017, p. 1068).

²² Martin (2016, p. 47).

²³ Esteve Pardo (2021, p. 211).

²⁴ Betancor (2010, p. 501).

²⁵ Betancor (2010, p. 501).

²⁶ Martin (2016, p. 57).

²⁷ Del Guayo (2017, p. 193).

²⁸ Pérez Alonso (2011, p. 329).

²⁹ Merrill (2022, p. 55); Rozansky (2018, p. 1927); Bamzai (2017, p. 908).

³⁰ Sunstein (2019, p. 1615).

³¹ *Auer c. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997); *United States c. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001); *Michigan c. Env'tl. Prot. Agency*, 576 U.S. 743 (2015).

do, 603 U.S. 369 (2024), mediante el cual revocó la sentencia *Chevron* para imponer una nueva regla que, en teoría, resultase más compatible con la *Administrative Procedure Act*. A diferencia de *Chevron*, *Lopper* establece que las cortes, en los casos en que la ley sea ambigua, deben evaluar la actuación de las agencias y ejercer su propio criterio para determinar si la agencia ha actuado o no dentro de sus competencias y/o de forma razonable, abandonando al mismo tiempo la deferencia por la interpretación de la agencia.

Aunque puede resultar controversial por sus alcances³², *Lopper* impone mayores topes al poder de las agencias y evidencia que, incluso su especialización técnica y discrecionalidad, no puede estar por encima de las habilitaciones legales y las potestades judiciales de revisión. Así también, más allá de los aspectos prácticos, que aun resultan impredecibles³³, *Lopper* muestra que cada vez se hace más necesario asegurar la preeminencia de un marco legal que proteja la voluntad del legislador y los derechos individuales de los agentes afectados por las intervenciones administrativas, especialmente, cuando se trata de regulaciones que no revisten visos mínimos de razonabilidad o que incluso se distancian de la finalidad legal que ampara a la agencia.

Dicho de otro modo, la necesidad de que las agencias intervengan sobre poderes monopólicos, aseguren la protección del medio ambiente o salvaguarden los derechos de información de los consumidores (fines legítimos y deseables en un Estado democrático o una economía social de mercado) no concede una carta blanca para actuar sin una debida revisión que asegure el equilibrio de poderes y la seguridad jurídica.

¿Es posible que el control sobre las agencias u organismos reguladores provenga de la propia Administración? Si bien es común que diversas entidades públicas o agencias ejerzan facultades sancionadoras, en algunos casos reservadas para el Poder Judicial (por ejemplo, en materia de libre competencia), o incluso la solución de controversias³⁴, es menos usual que una entidad de la propia Administración controle la legalidad o arbitrariedad de las decisiones de otras entidades públicas.

Lo cierto es que, como sostiene Montaña, la teoría admite la existencia de entidades públicas que pueden incorporar funciones jurisdiccionales de control sobre otras entidades de la Administración. La entidad pública más conocida en este aspecto es el Consejo de Estado francés que usualmente se considera como un modelo a seguir por haber contribuido a la creación de múltiples instituciones administrativas francesas, calificadas hoy como puntales de eficiencia³⁵.

El éxito del control judicial desde la Administración depende, sin embargo, de la independencia entre la entidad revisora y la entidad juzgada, además del prestigio y solidez que debe poseer la entidad revisora, los cuales justifiquen el sometimiento de las otras entidades a su jurisdicción³⁶.

Es decir, la existencia de una jurisdicción administrativa no es negada ni condenada y hasta en algunos casos puede ser beneficiosa para el sistema jurídico, los ciudadanos y el fortalecimiento de la propia Administración; pero para ello, se requiere de la concurrencia de elementos adicionales que pueden no estar presentes en todos los ordenamientos.

De forma previa a describir precisamente el mecanismo de control jurisdiccional administrativo asignado al Indecopi, es oportuno mencionar las condiciones típicas de aplicación del control ejercido por los jueces en Perú, especialmente con relación a los organismos reguladores.

III. LAS VÍAS DE CONTROL JUDICIAL PERUANO Y LOS ORGANISMOS REGULADORES

El actual sistema de tutela de derechos constitucionales y legales en sede judicial para controlar a la Administración está diseñado para revisar en fondo y forma la mayoría de los actos, actuaciones y disposiciones normativas o reglamentos emitidos por las entidades, pero con ciertas restricciones que pueden influir en su efectividad. Esto último es relevante porque dichas restricciones afectan la capacidad judicial de otorgar una tutela de urgencia ante actos arbitrarios o normas de la Administración que conllevan efectos jurídicos inmediatos.

³² Al restringir potencialmente la capacidad de las agencias para diseñar regulaciones, a partir de leyes con fórmulas amplias.

³³ Coglianese y Walters (2025, p. 5).

³⁴ Esta labor es la que más se asemeja a lo que en el derecho norteamericano se conoce como *Administrative Law Judges* (ALJ), funcionarios administrativos que resuelven controversias o peticiones en materias técnicas al interior de las agencias.

³⁵ A diferencia del Consejo de Estado colombiano, los miembros del Consejo de Estado francés incluyen a miembros del gabinete del Gobierno, por lo que se le considera una entidad de la Administración Pública y no un tribunal jurisdiccional plenamente independiente (Montaña, 2010, p. 220).

³⁶ Montaña (2010, p. 225).

Con bastante anterioridad, se han descrito las vías y límites a los que hacemos referencia³⁷, lo cual ejemplifica que, al menos en la última década, no se han producido reformas estructurales que busquen acercar el control judicial a la satisfacción de las pretensiones de los administrados, al cuestionar estos, las decisiones de la Administración y en particular las de los organismos reguladores³⁸.

La primera vía de control judicial es el proceso contencioso-administrativo, sustentado en la Constitución³⁹ y considerado como el mecanismo de revisión natural de las decisiones de la Administración, ya que, bajo los parámetros de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo⁴⁰, pueden ser susceptibles de demanda todos los actos administrativos, silencios, actuaciones materiales y omisiones de las entidades.

El límite más notorio en la jurisdicción contencioso-administrativa peruana es la necesidad del agotamiento de la vía previa⁴¹, que impide demandar actos susceptibles de ser impugnados en la vía administrativa, aun si ya generan efectos⁴². El proceso contencioso-administrativo, tampoco permite cuestionar disposiciones administrativas, además de cargar con plazos de prescripción que en la mayoría de los casos se fijan en los tres meses.

La segunda vía es el proceso de acción popular que tiene como finalidad ejercer control constitucional y legal sobre diversas normas de carácter general que no tienen rango de ley. Mediante este proceso, se ejerce control, por ejemplo, sobre reglamentos publicados por los organismos reguladores. Una demanda de acción popular, solo puede presentarse hasta por cinco años contados desde el día siguiente a la publicación de la norma⁴³.

La tercera vía es el proceso de amparo, especialmente previsto para cuestionar actos, omisiones y reglamentos heteroaplicativos que lesionen derechos constitucionales distintos a la libertad personal, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional afectado. El amparo se considera 'urgente, extraordinario y residual', por lo cual solo procede cuando no exista otra vía procesal para la tutela de los derechos constitucionales afectados, y además, cuando se esté ante un supuesto de urgencia debidamente acreditado⁴⁴.

La cuarta vía, comparativamente menos recurrida, es el proceso de cumplimiento que protege los derechos legales frente a inacciones materiales o formales de la Administración. El objetivo de este proceso es que el funcionario o autoridad renueve cumpla con una norma legal, que ejecute un acto administrativo o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir un acto o aprobar un reglamento⁴⁵.

Si bien, no representan una parte muy cuantiosa del total de procesos judiciales en trámite⁴⁶, los recientes litigios que involucran cuestionamientos a decisiones de la Administración, específicamente aquellos relacionados con los organismos reguladores, han producido sentencias judiciales y constitucionales que han atajado vulneraciones significativas durante la aplicación de normas sectoriales o de principios del derecho administrativo.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 319/2023 (Expediente 01692-2018-PA/TC), resolvió una demanda de amparo contra la Resolución del Consejo Directivo del OSINERGMIN 191-2011-OS/CD —que aprobó el Reglamento del Registro de Hidrocarburos— y ordenó

³⁷ Avendaño y Zumaeta, (2011, p. 224).

³⁸ En este caso, excluimos como vía de control al proceso de inconstitucionalidad, ya que por sus requerimientos procesales está diseñado sobre todo para revisar leyes antes que reglamentos de la Administración, como ordenanzas municipales o regionales.

³⁹ Artículo 148 de la Constitución Política del Perú.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

⁴⁰ Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 011-2019-JUS.

⁴¹ Excepto, en los casos previstos por el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (2019).

⁴² Pensemos, por ejemplo, en una denegatoria de licencia o registro, acto que, si bien puede ser apelado, condicionará desde su primera emisión las expectativas y actividades económicas del solicitante.

⁴³ Artículo 83 y siguientes del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

⁴⁴ Artículo 39 y siguientes del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

⁴⁵ Artículo 65 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

⁴⁶ Los sistemas estadísticos del Poder Judicial no permiten definir con exactitud el número de procesos contenciosos administrativos o constitucionales que involucran a organismos reguladores. Sin embargo, si se toma como referencia los datos públicos del Osipitel, que declaró en su memoria institucional de 2023 un aproximado de 736 procesos contenciosos-administrativos en trámite, se observará que dicha cifra resulta mínima en comparación a los 89,690 procesos contencioso-administrativos (de todas las especialidades) declarados en ese mismo año por el Poder Judicial.

al Osinergmin la emisión de una nueva norma, al considerar que el reglamento aprobado había vulnerado los derechos fundamentales al medio ambiente, a la salud y vida de las personas por haber incorporado disposiciones normativas que permitían la expedición del Informe Técnico Favorable (ITF) y del registro para el funcionamiento de ciertos establecimientos sin contar con una inspección previa.

Por su parte, la Corte Suprema, a través de la Casación 16514-2022-Lima (2023), analizó el fondo de una sanción impuesta por el Osinergmin contra una empresa de distribución eléctrica debido al presunto incumplimiento a la obligación de remitir información sobre la ejecución de su plan de inversión en el año 2015. La Corte Suprema anuló las resoluciones sancionadoras del Osinergmin al concluir que el regulador había transgredido el principio de razonabilidad, puesto que multó a la empresa, pese a que ya conocía que esta no ejecutaría inversiones durante el año 2015.

No siempre ha dado la razón a los administrados en la formulación de sus pretensiones contra los reguladores, pero aun así, la Corte Suprema ha analizado también aspectos vinculados a las facultades más especializadas de estas entidades, como en el caso de la Casación 24932-2021-Lima (2023) donde la Corte verificó las condiciones de aprobación del Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas de Punta (FBP), a nivel empresa, aplicable al VADMT y VADBT de los sistemas de distribución eléctrica con una demanda máxima superior a 12 MW, las cuales fueron aprobadas mediante Resolución 063-2013-OS/CD. En otros casos, votos en discordia como el emitido por el juez Linares San Román en la Casación 19506-2021-Lima (2023), han reconocido que los reguladores no pueden utilizar su facultad reglamentaria para restringir derechos mínimos reconocidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En el ámbito de los procesos de acción popular, se destaca la sentencia del 21 de marzo de 2022 emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del expediente 07950-2019-0-1801-SP-CA-05. A través de dicha sentencia, la Corte declaró fundada una demanda de acción popular interpuesta contra el artículo segundo de la Resolución 266-2018-CD-OSIPTEL, norma que modificó el artículo 39 del Reglamen-

to de Reclamos para establecer que en los reclamos, recursos de apelación o quejas presentadas vía web, la notificación debía realizarse a través de correo electrónico.

La sentencia descrita fue luego apelada, pero una medida cautelar otorgada por la misma corte, que tomó en cuenta los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad detectados, ordenó al Osiptel suspender la eficacia de la norma cuestionada, circunstancia que llevó, a su vez, al regulador de telecomunicaciones a modificar su reglamento para suprimir la disposición normativa.

Más allá de los pronunciamientos citados y, aunque las estadísticas son limitadas, una estimación a partir de las memorias institucionales del Osiptel⁴⁷ evidencia que el Poder Judicial, en conjunto, confirmaría anualmente más del 90% de las decisiones de los reguladores, estadística que está en línea con los porcentajes de otras entidades públicas como el Indecopi⁴⁸.

No se puede valorar el razonamiento ni tampoco la certitud de los pronunciamientos judiciales, sin hacer un examen profundo de los argumentos vertidos en cada sentencia, pero resulta correcto asumir que el Poder Judicial mantiene una amplia deferencia por las decisiones de los reguladores y otras entidades públicas. Esta circunstancia no necesariamente implica que los reguladores actúen con prolijidad en su motivación ya que, por ejemplo, a nivel de procedimientos administrativos sancionadores, sus decisiones mantienen altas tasas de impugnación ante el Poder Judicial.

La deferencia mencionada, puede ser un desincentivo para perseguir acciones de revisión o control ante el Poder Judicial, el cual podría tender a ser visto como una sede para el retraso de ejecuciones de actos—principalmente multas—antes que como un verdadero garante de los derechos afectados por los organismos reguladores.

Sin embargo, los mayores condicionantes del control judicial en el Perú, y que probablemente impiden que el Poder Judicial sea el único revisor de los organismos reguladores, están relacionados con los siguientes tipos de límites.

Primero, como límite formal, no existen mecanismos o procesos judiciales que permitan una tutela directa sobre los actos administrativos que no agotan la vía previa, más allá del amparo, el cual solo

⁴⁷ A respecto pueden consultarse las Memorias Anuales del Osiptel.

⁴⁸ Véase el documento “Balance del 2022” (Indecopi, 2023).

procede contra vulneraciones urgentes de carácter constitucional y que no cubre necesariamente todas las infracciones a normas legales o procedimientos⁴⁹. Esto ocurre, por ejemplo, con las órdenes administrativas o requerimientos de actuación impuestos sobre agentes económicos que, sin ser definitivos, generan efectos o gravámenes. El proceso contencioso-administrativo, en dichos casos, es un remedio mucho menos expeditivo cuando lo que se necesita es una revisión inmediata antes de que un derecho –de cualquier naturaleza– sea lesionado de forma irreparable.

A pesar de que el ordenamiento reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares de forma anticipada⁵⁰, también establece como condición que luego de la ejecución de la medida cautelar, la demanda sea presentada en un máximo de diez días hábiles⁵¹. Este requerimiento hace en la práctica muy difícil solicitar una medida cautelar para inaplicar o dejar sin efecto un acto de un organismo regulador si no es hasta la cercanía a la conclusión de la vía administrativa.

Así también, el marco normativo contenido en el Nuevo Código Procesal Constitucional⁵², establece diversos requerimientos que reducen la flexibilidad de la acción popular como mecanismo de control reglamentario. Por ejemplo, la necesidad de que estemos ante una norma general, aspecto que podría ser cuestionado por el organismo regulador; o que la norma no pueda ser tomada en algún caso como un acto administrativo.

Segundo, como límite material, se encuentra la carga procesal del Poder Judicial –y del Tribunal Constitucional– que imposibilita la resolución de las demandas en un tiempo aceptable para muchos administrados. La necesidad de efectuar inversiones y provisiones de contingencias en el corto y mediano plazo es particularmente importante para las empresas proveedoras de servicios públicos, por lo que la tutela judicial, en cualquier

ra de sus formas, siempre trae consigo demoras que afectan sus actividades económicas. La propia carga en los procesos principales también genera una inevitable demora en el dictado de medidas cautelares, aun si se han producido vulneraciones flagrantes.

Las fracturas descritas, y la asociación del Poder Judicial a casos de corrupción y falta de preparación técnica, e incluso jurídica, restan confianza en la ciudadanía⁵³ y han sido el origen de soluciones de control alternativas, a pesar de que estas también cargan con sus propios límites.

IV. EL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS: EL EXPERIMENTO PERUANO

El origen del Indecopi, como entidad revisora de los actos, omisiones, actuaciones y disposiciones normativas que afectan derechos vinculados al acceso y permanencia en el mercado⁵⁴, además de la simplificación administrativa⁵⁵, está inevitablemente relacionado con las debilidades institucionales de Perú y del mismo Poder Judicial.

Con posterioridad a las reformas de inicio de la década del 90 y la promulgación de la Constitución de 1993, se hizo patente que el crecimiento de la inversión privada solo sería sostenible en un escenario de protección y seguridad jurídica continua para los inversionistas que a su vez mantuviese altas condiciones de competitividad⁵⁶. La situación descrita implicaba en cierto modo la sustracción de diversos tipos de controversias de manos del Poder Judicial, considerando principalmente: (i) que este era visto como un espacio deliberativo parcializado a favor de las entidades públicas; (ii) el prolongado tiempo que se requería para arribar a la resolución de los casos; y (iii) la carencia de la especialización técnica suficiente para resolver materias complejas, como disputas regulatorias o denuncias de libre competencia⁵⁷.

⁴⁹ Por supuesto, la defensa siempre puede construir argumentos que encuadren las infracciones de las entidades públicas como afectaciones a derechos fundamentales (por ejemplo, que se trata de una resolución que no está ‘fundada en derecho’; no obstante, estas medidas enfocadas en satisfacer la procedencia de una demanda de amparo, incrementan la dificultad para obtener un control eficaz.

⁵⁰ Artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (2019).

⁵¹ Artículo 636 del Nuevo Código Procesal Civil (2021).

⁵² Artículo 75 del Nuevo Código Procesal Civil (2021).

⁵³ Una encuesta realizada a nivel nacional en el año 2024 por el IEP arrojó que un 75% de los encuestados confía poco o nada en el Poder Judicial. Véase a Instituto de Estudios Peruanos [IEP] (2024).

⁵⁴ Además de ello, Indecopi fue creado, entre otros, como entidad encargada de la tutela de los derechos ciudadanos en materia de consumo, procedimientos concursales, propiedad intelectual y como agencia de competencia.

⁵⁵ Supuestos de barreras burocráticas bajo la descripción del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 (2016).

⁵⁶ Para una descripción completa y detallada de las circunstancias que llevaron al diseño y creación del Indecopi y de los órganos de eliminación de barreras burocráticas, véase a Rodríguez (2024, p. 142; p. 200).

⁵⁷ Rodríguez (2024, p. 144).

Con la creación de las Comisiones de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado y Acceso al Mercado (predecesoras de la CEB), así como la aprobación de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi a través de la Ley 25868⁵⁸ y el Decreto Legislativo 1033⁵⁹, se fue configurando un entramado normativo que, sumado a diversos precedentes jurisprudenciales⁶⁰, estableció una metodología y reglas para la identificación e inaplicación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad impuestas por entidades públicas peruanas. Esta metodología, además de las reglas procedimentales complementarias, fue compilada y ordenada a través del Decreto Legislativo 1256, que aprobó en 2016 la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas⁶¹.

El sistema de análisis legal se basa en determinar a pedido de parte u oficio si una medida, que puede ser un acto, actuación, inacción u omisión o disposición normativa (exceptuando leyes y decretos legislativos) se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas de la entidad que la emitió; si esta ha respetado las formalidades y/o procedimientos correspondientes o si con su emisión se han contravenido normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo legal. Por su parte, el análisis de razonabilidad evalúa (i) si la medida resulta arbitraria, esto es, si “carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida” o (ii) si resulta desproporcionada, esto es, si “resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto

de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa”⁶².

Si la medida, cuestionada de forma abstracta o en concreto, no supera el examen de legalidad o razonabilidad, será declarada barrera burocrática e inaplicada, en algunos casos con efectos individuales y en otros con efectos generales. La CEB o la SEL pueden también, según las circunstancias del caso, conceder medidas cautelares en todo momento del procedimiento para inaplicar provisionalmente la medida.

Paradójicamente, las características de la metodología de análisis de identificación de barreras burocráticas parecen estar influenciadas no por sistemas de revisión asignados a la Administración sino por los modelos típicos de revisión judicial diseñados para controlar a las agencias reguladoras y otras entidades en algunos de los países pertenecientes al sistema del *Common Law*.

En el caso de Estados Unidos, el título 5 U.S.C. sección § 706 de la *Administrative Procedure Act* establece que las cortes podrán revisar las decisiones de las agencias reguladoras a través de demandas en las que, entre otros aspectos, se analice si la agencia, al emitir su decisión, sea mediante *adjudication* o *rulemaking*⁶³, siguió los alcances de las leyes y estatutos, además de sus finalidades regulatorias. La misma revisión se extiende a la verificación del sustento de las decisiones, al evaluarse si la agencia actuó de forma

⁵⁸ Artículo 26 BIS del Decreto Legislativo 1033.-

La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia (...) (2008).

⁵⁹ Artículo 23 del Decreto Legislativo 1033.-

De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.- Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores (2008).

⁶⁰ De los cuales el más importante fue el precedente vinculante establecido a través de la Resolución 182-97-TDC.

⁶¹ Para un recuento de la manera en la que fue estructurándose el concepto de barrera burocrática y las competencias de los órganos del Indecopi antes de la publicación del Decreto Legislativo 1256. Véase a Ochoa (2014, pp. 16, 39). Ochoa efectúa una clasificación propia, basado en la teoría y jurisprudencia del Indecopi, sobre los tipos de barreras burocráticas y los límites en el control efectuado por la entidad. No obstante, dada la variedad de pronunciamientos recientes y la incorporación de nuevas reglas en el Decreto Legislativo 1256, hemos preferido realizar un estudio y clasificación que difiere en varios aspectos del análisis del autor mencionado.

⁶² Artículos 14 y 16 del Decreto Legislativo 1256.

⁶³ En el derecho norteamericano, se cataloga a la *adjudication* como el proceso que persigue la emisión de una orden, entendida como un requerimiento de actuación o directiva específica para un agente individualizado, mientras que *rule-making* hace referencia al proceso de formulación, modificación o eliminación de una regla normativa de la agencia. Al respecto, véase a Mayton (1980, p. 109). Si se trasladasen ambos conceptos al derecho administrativo continental, la *adjudication* tendría como posible correlato al procedimiento administrativo (cuya finalidad consiste en la emisión de un acto con efectos específicos) y el *rulemaking* designaría al proceso de emisión normativa general (ejercicio de la facultad reglamentaria) por parte de entidades concretas al interior de la Administración.

arbitraria, caprichosa o en abuso de sus facultades discrecionales⁶⁴.

Si tomamos como referencia al Reino Unido, encontraremos el famoso fallo *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service* AC 374 (1985), a través del cual se establecieron las pautas para la revisión judicial de decisiones de agencias o entidades administrativas. Conforme a lo explicado por Lord Diplock (juez del caso), la revisión judicial supone verificar, entre otros, si en la decisión administrativa revisada se manifiesta de algún modo una situación de: (i) ilegalidad, cuando quien toma la decisión no ejerce su poder dentro de los alcances de la Ley ni tampoco se atiene a ella en su aplicación; (ii) irracionalidad, si la autoridad decide en desafío a la lógica o a los estándares morales a tal punto que ninguna persona sensata habría llegado a la misma decisión; e (iii) impropiedad procedimental, si la autoridad incumple normas de justicia natural o el debido procedimiento al imponer su decisión⁶⁵.

La principal diferencia entre las metodologías anglosajonas y la utilizada por el Indecopi, a través de la CEB y la SEL radica, por supuesto, en la naturaleza de la autoridad que las aplica. El modelo peruano prescinde de un control directo del Poder Judicial, que reserva su evaluación para otros procesos, en favor de una entidad pública con mayor conocimiento técnico y flexibilidad para otorgar una tutela de urgencia.

El sistema de barreras, revela entonces, una muestra de control judicial ejercido por la Administración —o jurisdicción administrativa⁶⁶— que ha sido desarrollado para contribuir a que los inversionistas, agentes económicos y ciudadanos en general, no se vean afectados por limitaciones, requisitos, prohibiciones u omisiones que, al no estar apegadas a la cobertura legal o a una finalidad legítima,

generan afectaciones sobre sus derechos económicos y su capacidad de actuación en el mercado. De ello nace el concepto de barrera burocrática, ilegal o irrazonable, como medida incompatible con las actuaciones de una buena Administración⁶⁷.

La condición de la CEB y la SEL como órganos de control o revisores de las barreras burocráticas emitidas por las entidades públicas peruanas ha sido reconocida progresivamente por las instituciones y otras entidades públicas, normalizándose con el tiempo la sujeción a sus resoluciones y las herramientas de *enforcement* concedidas⁶⁸. A ello contribuyó el Tribunal Constitucional con la publicación de la sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC, en la cual reconoció que los tribunales administrativos podían ejercer control de legalidad e incluso constitucional, pues, citando a la sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC:

[...] no sólo tiene[n] la facultad de hacer cumplir la Constitución —dada su fuerza normativa—, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional. (2004)

Aunque el Tribunal Constitucional posteriormente dejó sin efecto la posibilidad de que los tribunales administrativos efectúen control constitucional⁶⁹, ello no desdijo las competencias del Indecopi para inaplicar normas reglamentarias —incluso algunas con rango legal como las ordenanzas municipales y regionales— en el “ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico” (Expediente 00014-2009-PI/TC)

⁶⁴ 5 U.S. Code § 706 - Scope of review.

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall— (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be—(A)arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law (...).

⁶⁵ Diplock señala:

By “illegality” I mean that the decision-maker must understand correctly the law that regulates his decision-making power and must give effect to it (...). By “irrationality” (...) It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it (...) “procedural impropriety” (...) failure to observe the rules of natural justice or a failure to act with procedural fairness towards the person who will be affected by the decision (...). (1985)

⁶⁶ Quiroga (1997, p. 328); Ochoa (2013, p. 413).

⁶⁷ Para más detalles sobre el concepto de buena Administración y el servicio de las entidades a los ciudadanos y el interés general, véase a Rodríguez-Arana (2012, p. 13).

⁶⁸ Entre las cuales, se incluye la posibilidad de sancionar a entidades, funcionarios y servidores públicos que no acaten sus resoluciones.

⁶⁹ Sentencia del 18 de marzo de 2014 Expediente 4293-2012-PA/TC).

y dentro de los alcances del ‘principio de competencia excluyente’. Sobre dicho principio, se agrega en la sentencia que será aplicable “cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante”.

La experiencia de control de la CEB y SEL ha sido, en líneas generales, muy favorable para la competitividad de muchos agentes. Son múltiples los casos en los que su jurisdicción ha detenido y, de hecho, revertido los efectos, de medidas que suponían cargas económicas desprovistas de un mandato legal previo o de un ejercicio de razonabilidad que les concediese una finalidad concreta, beneficiosa y proporcional. Y es que, en muchos aspectos, las dificultades técnicas y humanas que afectan a la Administración en Perú son factores que incrementan la arbitrariedad en las decisiones de decenas de funcionarios y servidores públicos.

Los pronunciamientos del Indecopi han sido muy variados, al inaplicar o impedir, por ejemplo, exigencias municipales para prestar el servicio de taxis (Resolución 182-97-TDC), la revocación indebida de derechos a través de actos administrativos (Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI) o el pago de montos específicos como condición para la tramitación del procedimiento de incorporación a colegios profesionales (Resolución 0116-2018/SEL-INDECOPI). Las materias son amplias, pues también incluyen casos de desconocimiento de silencios administrativos, restricción indebida de horarios de mesa de partes en entidades públicas, imposición de requisitos no contenidos en las normas pertinentes o el Texto Único de Procedimientos Administrativos, cobro de tasas sin sustento o la denegatoria de licencias de funcionamiento de manera arbitraria.

No solo ello, sino que, al contar con facultades de fiscalización y un componente preventivo de control, la CEB, a través de sus órganos y oficinas desconcentradas del Indecopi, ha llevado a cabo una importante labor de detección y eliminación voluntaria de barreras burocráticas que ha brindado resultados tangibles, como la eliminación voluntaria de 2200 barreras burocráticas ilegales, por parte de 45 entidades públicas, durante el 2024 y otros números similares en años pasados⁷⁰.

En términos más prácticos, en el período 2020-2024, Indecopi eliminó 26 387 barreras burocráticas, lo que supuso un ahorro de aproximado de 873,600,000.00 soles para distintos sectores productivos del país⁷¹.

Los logros de la CEB y la SEL no son obstáculo para comentar las grandes limitaciones, que, por las normas aplicables y su propia naturaleza, han tenido ambos órganos en los últimos años para convertirse en revisores plenamente eficaces de las medidas aprobadas por los organismos reguladores. La jurisprudencia relacionada, como veremos, arroja resultados que invitan a pensar que existe un vacío de control que difícilmente podrá ser superado por un tribunal administrativo con las actuales características y atribuciones del Indecopi.

V. LOS LÍMITES EN EL CONTROL DE LA CEB Y LA SEL: EL CASO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

Normativamente, la CEB y la SEL no pueden conocer denuncias contra actos, actuaciones, inacciones, omisiones o disposiciones normativas excluidas directamente por el artículo 3 del Decreto Legislativo 1256. Los literales a) a la j) del artículo citado establecen que no son barreras burocráticas (y, por tanto, no pueden ser declaradas como tales ni inaplicadas), entre otras: las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes, decretos legislativos o contratos suscritos, procesos de subasta o bases de concursos para contratar con el Estado; las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenas al ejercicio de la función administrativa; el cobro de aranceles, impuestos y arbitrios para personas sin actividades económicas, así como las controversias contencioso-tributarias; la declaración de nulidad de actos administrativos por motivos de debido procedimiento y la imposición de sanciones (sin perjuicio de que la nulidad o la sanción sirvan para acreditar una barrera burocrática).

El listado de exclusiones no se considera taxativo y su origen no está, en realidad, en una decisión discrecional del legislador⁷², sino principalmente en la jurisprudencia del Indecopi previa a la emisión del Decreto Legislativo 1256. Esta jurisprudencia, que puede haberse construido a partir

⁷⁰ Véase “eliminación de barreras burocráticas por el Indecopi” (2025).

⁷¹ Véase “eliminación de 26000 barreras burocráticas por el Indecopi” (2025).

⁷² La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1256, señala, al respecto que:

El artículo 3 del proyecto contiene las definiciones que se tendrán en cuenta para la aplicación de esta norma legal, siendo importante destacar la contenida en el numeral 3 del mismo, referido a qué se entiende por “barrera burocrática” qué tipo de exigencias no están comprendidas dentro de esta definición. Es importante mencionar

de una derivación del principio de competencia excluyente, erigió al Indecopi solo como un revisor parcial de las entidades públicas, quedando limitado su análisis a los actos o normas que pudiesen constituir restricciones para la operación en el mercado, —específicamente en cuanto a requerimientos o prohibiciones—, pero que no fuesen un reflejo de las competencias o materias asignadas exclusivamente por normas con rango de ley a las entidades públicas denunciadas (esta descripción, como tal, no está incorporada en el Decreto Legislativo 1256).

Así, por ejemplo, en la Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC), que entonces asumía las funciones de la SEL, delimitó el ámbito de análisis únicamente a los actos o disposiciones —en ejercicio de la función administrativa— que sean pasibles de ser declarados barreras burocráticas. Esta distinción deja de lado, correctamente, el ejercicio de las funciones legislativa o jurisdiccional, pero también deja por fuera los actos provenientes de la función administrativa que no reúnan los elementos característicos de las barreras burocráticas:

a. La Comisión solo podrá evaluar la legalidad o razonabilidad de los actos o disposiciones emitidos por las entidades de la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, lo cual significa que se encuentran fuera de dicho ámbito de control las demás funciones del Estado, como la legislativa o la jurisdiccional.

b. El sistema de eliminación de barreras burocráticas no tiene por finalidad evaluar la legalidad y/o razonabilidad de todas las actuaciones de la Administración Pública sino únicamente de aquellas pasibles de calificar como ‘barreras burocráticas’ en la medida que impongan alguna exigencia, requisito, prohibición y/o cobro que impida u obstaculice el acceso o permanencia en el mercado de un agente económico. (2016)

La SDC agregó en la misma resolución otro criterio de exclusión de materias al analizar la potencial inaplicación de una medida correctiva dictada en el marco de un procedimiento sancionador. Concretamente, la SDC declaró improcedente la

denuncia al señalar que la medida denunciada no significaba “la imposición de una nueva condición de acceso o permanencia exigible a la denunciante en ejercicio de la función administrativa del Estado, sino únicamente una consecuencia accesorio de la evaluación y determinación de una infracción administrativa” (2016). Se diferencia, entonces, la función administrativa, donde Indecopi tiene competencias, de la potestad sancionadora o fiscalizadora, asignadas solo a las entidades, si bien estas últimas actividades, potencialmente, también pueden ser encuadradas como manifestaciones complementarias de la función administrativa.

La jurisprudencia añade variables adicionales de análisis que pueden complejizar la ecuación. A través de la Resolución 1505-2013/SDC-INDECOPI, la SDC declaró que los requisitos de los procesos de selección, al ser una expresión de la actividad de fomento de la Administración, no podían calificar como barreras burocráticas:

[...] dado que las barreras burocráticas de acceso o permanencia en el mercado constituyen exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros impuestos por una entidad de la Administración Pública a través de un acto o una disposición, que se caracteriza por poseer una fuerza de coacción sobre la actividad de los particulares, lo que evalúa la Comisión, en estos casos, es la legalidad y/o razonabilidad del ejercicio de la actividad de policía⁷³. (2013)

Para la SDC, el ejercicio de la actividad de policía, incorporado dentro del ejercicio de la función administrativa del Estado, es una suerte de paraguas para englobar las exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros que, a su vez, podrían calificar como barreras burocráticas. Esta distinción adicional puede añadir dificultades al justificar la exclusión de la potestad de fiscalización o inspección debido a que, como sostienen algunos autores, esta es también en rigor una modalidad técnica de la actividad de policía⁷⁴.

Con relación a la actividad sancionadora, en la Resolución 1023-2011/SC1-INDECOPI, la SDC evaluó la denuncia de una empresa del sector hidrocarburos contra la Municipalidad Distrital de Samanco por la imposición de una sanción por instalar

que la relación contenida en este literal ha sido elaborada a partir de la jurisprudencia emitida en esta materia por la Comisión y la Sala, por lo que se trata de una relación de carácter enunciativo, la misma que no impide que estas autoridades, al momento de analizar un caso, establezcan que una medida no contenida en esta relación no constituya una barrera burocrática. (2016)

⁷³ La SDC agrega que el ejercicio público de la actividad de fomento, a diferencia de la actividad de policía, no restringe la posibilidad de los postores de acceder al mercado mediante otros mecanismos distintos al proceso convocado por una entidad pública.

⁷⁴ Fernández Ramos (2002, p. 23).

anuncios sin contar con la respectiva autorización. Para la denunciante, la sanción era ilegal por provenir de una norma tipificadora que no había sido aprobada conforme a los requerimientos legales exigidos.

La norma tipificada que originó la sanción, potencialmente, podía ser una disposición ilegal, pero la SDC decidió diferenciar el cuestionamiento a la sanción —como acto de gravamen— de la exigencia de contar con una autorización para instalar anuncios. Para la SDC, Indecopi resultaba competente para analizar la legalidad del requerimiento, pero no de la sanción, aun si esta podía haber sido impuesta a partir de una norma infractora:

[...] la evaluación de la legalidad y razonabilidad de una barrera burocrática, sustentada en un acto o disposición de la Administración Pública, no puede implicar el desconocimiento de las funciones de fiscalización y sanción a cargo de las autoridades administrativas sectoriales y municipales, colocando a la Comisión como una instancia de revisión de las sanciones aplicadas en el ejercicio de dichas funciones, pues ello supondría una avocación a competencias asignadas por Ley a cada sector y gobiernos locales, que no son propias de la autoridad de competencia. (Decreto Legislativo 1256, 2016)

El razonamiento de la SDC, más allá de resultar cuestionable, busca que Indecopi no interfiera con las competencias legales y funciones expresas asignadas a otras entidades en el entendimiento de que el Indecopi no es una entidad revisora de sus competencias exclusivas. Pese a ello, la SDC reconoció que una sanción podía también generar efectos negativos en el ejercicio de las actividades económicas:

[...] En el caso específico de la imposición de sanciones por gobiernos locales a los agentes económicos, la Sala se ha pronunciado declarando que aun cuando estas consistan en el pago de una multa elevada o clausura de un establecimiento que puede tener efectos en el mantenimiento de la empresa en el mercado; ello no constituye en sí mismo la imposición de una barrera burocrática, debido a que la aplicación de una sanción se genera por el incumplimiento de las obligaciones —establecidas por la legislación a los administrados y no por una exigencia directa de la Administración que les impida desarrollar sus actividades económicas en el mercado. (Resolución 1023-2011/SC1-INDECOPI)

La exclusión de materias alcanza también a los tributos no vinculados, incluyendo sus criterios de determinación, así como a las tarifas o contraprestaciones derivadas del ejercicio ajeno a la función administrativa o lo que es lo mismo, a las tarifas de servicios públicos o pagos distintos a las tasas. Como describió el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución 1151-2006/TDC-INDECOPI, “la Sala resulta incompetente para analizar la legalidad o racionalidad” de las mism[a]s (2006)”.

Por lo demás, el Indecopi suele ser enfático (Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI) en que los denunciantes pueden acudir a las vías judiciales pertinentes para mantener a salvo sus derechos. Esto supone una muestra más de que el control es solo parcial y que en rigor no se está ante un sustituto perfecto de las competencias judiciales:

20. Sin embargo, lo antes señalado no significa que los ciudadanos se vean impedidos de cuestionar aquellos actos o disposiciones que emitan los órganos del Estado que no califican como barreras burocráticas. Para ello, el sistema jurídico ha previsto que, si bien tales actos o disposiciones no resultan pasibles de ser evaluados en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, pueden ser revisados a través de los procesos legales y acciones que las normas especiales prevén para cada caso.

21. Así, a manera de ejemplo se tiene que, para cuestionar normas con rango de ley emitidas en ejercicio de función legislativa, existen mecanismos de control concentrado (acción de inconstitucionalidad) y difuso (ante el fuero judicial), mientras que respecto a la actividad jurisdiccional existen herramientas procesales que las partes pueden emplear para impugnar las decisiones que consideren les causan agravio. Asimismo, los actos administrativos en general son pasibles de impugnación en sede administrativa a través de los recursos respectivos y ante el Poder Judicial en un proceso contencioso administrativo. (2016)

La Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI sintetiza parte de la jurisprudencia y la normativa para construir las características de una barrera burocrática:

- a) Tratarse de una exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro impuesto por una entidad de la Administración Pública en ejercicio de función administrativa⁷⁵.

⁷⁵ También denominado elemento coercitivo por Ochoa (2013, p. 20).

- b) De cumplirse lo anterior, encontrarse contenida en una disposición administrativa, un acto administrativo o una actuación material.
- c) Asimismo, tener como finalidad la regulación del comportamiento de los agentes en el desarrollo de actividades económicas en el mercado, sea para efectos de su acceso o permanencia en él, o tener incidencia en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y principios de simplificación administrativa.

De forma más abierta, se entiende que, si un acto, actuación, omisión o disposición, emitido por una entidad y, particularmente, de un organismo regulador, restringe las operaciones de un denunciante, el Indecopi tendría que evaluar no solo la concurrencia de los elementos que componen una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad sino también las circunstancias de la respectiva emisión para determinar, entre otros aspectos, si la medida: (i) se produjo o no en ejercicio de la función administrativa o de policía al regular condiciones de ingreso o actuación en el mercado; (ii) se encuentra bajo el ejercicio de la potestad de fiscalización, sancionadora o alguna actividad que pueda atribuirse de forma exclusiva y legal a la entidad denunciada; (iii) de ser una sanción, proviene del incumplimiento a un exigencia, requisito,

prohibición y/o cobro ilegal o irrazonable (en cuyo caso se podría analizar como un acto que materializa una barrera burocrática) o si lo que se cuestiona es en realidad la norma tipificadora, siendo imposible en ese supuesto analizar la denuncia por tratarse del ejercicio legítimo de una competencia administrativa o; (iv) constituye un cobro tarifario no vinculado a una función administrativa que tampoco podría evaluarse como barrera.

Las excepciones a la evaluación del Indecopi limitan la capacidad de la entidad como controlador de los actos, actuaciones y disposiciones normativas emitidas por organismos reguladores, aun si en muchos casos estas medidas reúnen los elementos de una barrera burocrática. Hemos visto que, parte de la legitimidad del control del Indecopi, está fundamentada en su calidad de agencia protectora de la competitividad en el mercado; pero esto no le extiende capacidad ni tampoco seguridad –pensando en términos de avocación de competencias– al resolver denuncias contra organismos reguladores.

Una mirada a las resoluciones del Indecopi en los últimos cinco años (2020-2025) evidencia que la SEL ha resuelto en segunda instancia, aproximadamente⁷⁶ 45 denuncias contra actos o normas emitidas por cuatro organismos reguladores, con los siguientes resultados:

Figura 1: Resoluciones emitidas por el Indecopi en los últimos cinco años

Regulador	Resueltas ⁷⁷	Improcedentes ⁷⁸	Infundadas ⁷⁹	Fundadas ⁸⁰
Osinerghmin	21	13	4	4
Osiptel	19	10	8	1
Sunass	4	4	-	0
Ositran	1	1	-	0
Total	45	28	12	5

Fuente: Base de datos de resoluciones del Tribunal del Indecopi.

El análisis jurisprudencial arroja una notoria tendencia de la SEL a resolver en favor de los organismos reguladores, sin que ello implique necesariamente que estos actuaron sin restringir derechos indebidamente, debido a que la improcedencia es el resultado porcentualmente más alto. Es decir, que en una importante parte de los casos no se

efectuó un análisis de fondo que descarte la existencia de vulneraciones legales o arbitrariedades de parte de los reguladores.

Verificar las resoluciones, nos permitirá ver, como indicamos, que el sistema de control está fuertemente condicionado por las exclusiones del De-

⁷⁶ Los números consignados en el cuadro pueden variar debido a las restricciones de búsqueda en la base de datos, pero además a los criterios propios de clasificación aplicados.

⁷⁷ No se incluyen, dentro de esta lista, resoluciones que resolvieron solicitudes de desistimiento, rectificación de errores materiales, sustracciones de materia completas o devoluciones de expedientes a la CEB.

⁷⁸ Incluye un caso de suspensión del procedimiento por un pronunciamiento judicial pendiente vinculado.

⁷⁹ Incluye resoluciones que denegaron solicitudes de otorgamiento de medidas cautelares.

⁸⁰ Las denuncias declaradas fundadas tienen la particularidad de que en su mismo texto, incluyen también declaraciones complementarias de improcedencias o infundadas respecto a otras pretensiones.

creto Legislativo 1256, así como por los criterios resolutivos del Indecopi. A ello, puede sumarse un nuevo escenario de deferencia —esta vez de parte del Indecopi— por los criterios interpretativos y la especialización de los organismos reguladores, en el marco de la aprobación de medidas de carácter normativo, técnico, tarifario, fiscalizador o sancionador.

Como es lógico, la mayoría de denuncias contra los organismos reguladores comparte una estructura que busca satisfacer los criterios de la metodología del Indecopi; de esta manera, se suele alegar: (i) la carencia de competencias del regulador para emitir un acto, requerimiento, gravamen, aprobar un reglamento o, en su defecto, para contradecir o extenderse fuera de los ámbitos o escenarios previstos por una norma legal o decreto supremo sectorial y (ii) la falta de sustento concreto, en términos de ausencia de alternativas o evaluación de proporcionalidad y adecuación, al momento de emitir actos y, sobre todo, reglamentos.

Si disgregan los cuestionamientos por materias, se confirmará que las declaraciones de improcedencias responden sobre todo a las disposiciones del Decreto Legislativo 1256 y al criterio de deferencia del Indecopi, quedando evidenciada la tendencia a evitar el control sobre la mayoría de las medidas impuestas por los reguladores.

A. Cuestionamientos a competencias legales

La SEL tiende a fallar otorgando la razón al regulador respecto a la atribución de sus competencias, es decir, considerando que las competencias y funciones otorgadas por las normas sectoriales legitiman los actos o normas denunciadas.

Por ejemplo, en la Resolución 0660-2021/SEL-INDECOPI, la SEL confirmó la facultad normativa del Osinergmin para establecer condiciones de regulación del suministro de instalaciones internas de gas natural para cualquier tipo de consumidor. Para ello, la SEL comparó la literalidad de los términos de la habilitación otorgada por el Texto Único del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (Decreto Supremo 040-2008-EM) con las disposiciones de la Resolución de Osinergmin 099-2016-OS-CD, la cual estableció plazos específicos para la instalación de la tubería de conexión y la acometida de usuarios residenciales del servicio de distribución de gas natural (denunciados como barreras ilegales).

En otros casos, como en la Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI, la SEL toma como referencia las facultades normativas generales de los reguladores para sustentar la legalidad de determinadas

actuaciones y declarar infundada la denuncia. A través de la resolución citada, se evaluó la denuncia de una empresa de distribución de gas natural por red de ductos que denunció como barrera burocrática ilegal, entre otros, la exigencia de llegar al lugar donde ocurre una emergencia en un tiempo máximo de 30 minutos y la exigencia de que el tiempo de contención para las emergencias no supere los 30 minutos desde que se llegó al lugar del evento, ambas materializadas en el segundo párrafo del numeral 4.3.1) de la Resolución 306-2015-OS-CD, que aprobó la Norma de Calidad del Servicio de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. El argumento principal de la denunciante fue que las exigencias habían sido impuestas fuera de la habilitación del numeral 2.38) del artículo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución; norma que no establecía que el Osinergmin pudiese reglamentar aspectos como el tiempo de llegada y el tiempo para la contención de emergencias.

Para la SEL, la imposición de las exigencias estuvo justificada ya que el Osinergmin resulta:

[...] competente para dictar normas que regulen los procedimientos a su cargo; y, asimismo, para dictar normas de carácter general o particular sobre intereses, obligaciones o derechos de las entidades supervisadas, actividades supervisadas y de sus usuarios; siendo una de estas obligaciones la de conservar y mantener el Sistema de Distribución, en condiciones adecuadas para su operación eficiente, garantizando la calidad, continuidad y oportunidad del servicio. (Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI)

Asimismo, para la SEL, las exigencias se impusieron:

[...] en ejercicio de su función normativa y lo dispuesto en la Ley 27332, la Ley 26734, Ley 27699, el Reglamento de Organización y Funciones del Osinergmin, el Reglamento General del Osinergmin y el Texto Único del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. (Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI)

La posición general de la SEL no deja de ser controversial, por cuanto las competencias abiertas de las leyes sectoriales no pueden equipararse con la necesidad de contar con habilitaciones legales expresas específicas, conforme se incrementa la intensidad de la intervención regulatoria. Pero si el control del regulador no se subsume dentro de un examen de legalidad, podría producirse a nivel de razonabilidad, contexto en el que también existen limitaciones, sobre todo por la necesidad normativa de presentar indicios de carencia.

B. Cuestionamientos basados en la carencia de razonabilidad

Por el lado de la razonabilidad, la demanda de indicios a cargo del regulador es alta, al punto de que suele señalarse comúnmente que los denunciantes no han presentado indicios suficientes que desvirtúen la aparente presunción de razonabilidad de las decisiones de los organismos reguladores, tal como ocurre en la denuncia resuelta por la Resolución 0505-2021/SEL-INDECOPI.

En la mencionada resolución, la SEL puntualizó, en línea con el Decreto Legislativo 1256, que los indicios deben implicar argumentos que sustenten la arbitrariedad o desproporcionalidad de las barreras denunciadas, pero que no pueden suponer alegaciones o afirmaciones genéricas “que no explique[n] los fundamentos específicos por los que las barreras burocráticas denunciadas y sus efectos califican como “arbitrario” o “desproporcionado” (2021). A partir de ello, la SEL entró a evaluar los indicios presentados por el denunciante, a raíz de una denuncia contra la exigencia, impuesta por el Osinerghmin mediante el Reglamento del Registro de Hidrocarburos, de que no existan multas impagas originadas en procedimientos administrativos sancionadores culminados, como condición para la procedencia de una solicitud de modificación en el Registro de Hidrocarburos por cambio de titularidad.

La denunciante presentó distintos indicios de carencia de razonabilidad, como la falta de evaluación de alternativas menos gravosas o la materialización de múltiples costos y trabas adicionales, no ponderados, en el procedimiento de cambio de titularidad de registro. Pese a que, incluso la CEB declaró fundada la denuncia en primera instancia, la SEL decidió revocar este extremo y declaró la improcedencia de la denuncia por considerar, entre otros, que la denunciada no había proporcionado mayores detalles sobre la alternativa de regulación menos costosa, que los argumentos presentados no estaban directamente relacionados con la barrera burocrática analizada y que las afirmaciones de la denunciante no calificaban como indicios de carencia de razonabilidad.

De la misma forma, con ocasión de la Resolución 0154-2022/SEL-INDECOPI, la SEL declaró la improcedencia de una denuncia que buscaba la inaplicación de la exigencia de instalar en las acometidas medidores de gas que cuenten con la verificación inicial realizada por organismos reconocidos por la autoridad metrológica peruana durante una fecha especificada por diversos oficios y resoluciones emitidos por el Osinerghmin.

Nuevamente, habiendo la CEB declarado la carencia de razonabilidad de la exigencia descrita,

la SEL revirtió dicha decisión para concluir su improcedencia, al señalar que el argumento del denunciante pretendía cuestionar la aplicación de la medida en un determinado contexto, mas no la carencia de razonabilidad de la medida en sí misma, por lo que se trataba de un argumento genérico para alegar la imposibilidad de cumplimiento de la medida cuestionada en el período determinado por el Osinerghmin.

Por otro lado, a diferencia de los casos anteriores, en el caso resuelto bajo la Resolución 0451-2022/SEL-INDECOPI, la SEL evaluó la denuncia de una empresa de distribución eléctrica contra la exigencia de analizar los consumos de cada usuario en forma integral para poder determinar las causas que explicasen los incrementos de su consumo, bajo las condiciones establecidas en el inciso b) del artículo 3 de la Resolución 115-2017-OS-CD del OSINERGMIN. Esta vez, la SEL revocó la resolución de la CEB que había declarado infundada la denuncia en dicho extremo. La segunda instancia consideró que existía un indicio suficiente de razonabilidad consistente en lo siguiente.

[...] resulta imposible que las empresas distribuidoras puedan analizar y determinar, en todos los casos, las causas que expliquen los incrementos de consumo por parte de los usuarios, en la medida que las razones que puedan explicar un incremento de consumo por encima del promedio histórico, en muchos casos se deben a hechos que están fuera del control de las empresas distribuidoras. (Resolución 0451-2022/SEL-INDECOPI)

Con el indicio identificado, la SEL pasó a analizar las condiciones de razonabilidad para concluir que el regulador no cumplió con acreditar que la medida cuestionada resultase idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida. En particular, se observó que la entidad denunciada no había sustentado las razones por las cuales debía cumplirse la medida objeto de evaluación en todos los casos en los que se evidenciase un incremento inusual de los consumos respecto al valor del promedio histórico representativo del usuario; y, tampoco, había previsto supuestos de excepción por eventos o hechos no atribuibles a la empresa distribuidora, en los cuales no fuese posible ejecutar la medida.

Se extrae que, el gran condicionante en el análisis de carencia de razonabilidad, es la discreción de los órganos resolutivos del Indecopi para determinar si existen o no indicios suficientes que justifiquen un examen a fondo de las condiciones de razonabilidad de las barreras denunciadas. Es aceptable que los órganos del Indecopi, especialmente

la SEL, cuenten con herramientas procedimentales que permitan ahorrar tiempos de verificación ante potenciales argumentos genéricos o vacíos, pero es cierto también que, ante la inexistencia de una metodología más específica aprobada legalmente, la CEB y la SEL pueden terminar con estándares bastante altos para determinar el indicio aceptable y, al mismo tiempo, confiar mucho más en el sustento proporcionado por el regulador; circunstancia que, a su vez, impacta negativamente en la tutela requerida por el denunciante.

C. Cuestionamientos a decisiones técnicas

Otro tipo de denuncias están centradas en la imposición de medidas que parten de la aplicación, por parte de los reguladores, de criterios técnicos y jurídicos especializados en el ejercicio de sus competencias regulatorias puras. Este aspecto, que proviene del examen de legalidad, es probablemente el más difícil de evaluar, ya que implica una valoración directa de las competencias exclusivas otorgadas por normas legales o sectoriales. De este modo, aun si la medida denunciada esconde efectos similares a los de una barrera burocrática, la SEL prefiere declarar la improcedencia como modo de conclusión del procedimiento.

A manera de referencia, en el expediente concluido en la Resolución 0005-2020/SEL-INDECOPI, una empresa agrícola denunció a la Sunass y al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante, SEDAPAL) por la imposición de una presunta barrera burocrática consistente en la exigencia de efectuar un pago por el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas pese a que la denunciante estaba exceptuada de dicho pago por ser una empresa agrícola. La barrera se materializaba en el artículo 12.4 de la Resolución 057-2017-SUNASS-CD que aprobó el Reglamento del Servicio de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas, a cargo de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento habilitadas como Operadoras del Servicio.

La SEL, al evaluar la denuncia, declaró su improcedencia, señalando que era jurídicamente imposible analizarla ya que;

“Si bien a través de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, la Comisión y la Sala se encuentran facultadas para evaluar la legalidad y/o razonabilidad de diversas actuaciones de las entidades de la Administración Pública, dicha competencia no significa que el Indecopi puede conocer cualquier cues-

tionamiento realizado por los administrados en contra de una disposición, acto o actuación de las referidas entidades, sino lo que únicamente se encuentra acorde al marco de sus competencias. (Resolución 0005-2020/SEL-INDECOPI)

La SEL no se consideró habilitada para analizar si correspondía que la denunciante sea calificada como una empresa agrícola bajo los alcances de la Resolución 057-2017-SUNASS-CD y, por tanto, exonerada del pago imputado. Para la SEL, dicha determinación correspondía únicamente a SEDAPAL, en aplicación de la disposición aprobada por la Sunass, existiendo además otros procedimientos administrativos específicos para la tutela respectiva en la propia sede de la Sunass, cuyas decisiones no podrían ser revisadas por la SEL.

Mientras tanto, en la Resolución 0725-2023/SEL-INDECOPI se evaluó la denuncia de una empresa de infraestructura eléctrica que denunció como barreras distintas exigencias impuestas por el Osinergmin, incluyendo la remisión de información, la actualización de bases de datos y el cumplimiento de obligaciones de suministrador establecidas en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales (en adelante, NTCSER)⁸¹, pese a que, en su criterio, dichas obligaciones no le eran aplicables, pues la empresa no tenía la condición de empresa de distribución eléctrica sujeta a las disposiciones de la NTCSER.

La posición inicial de la CEB, que declaró la improcedencia de la denuncia, fue negarse a analizar si la empresa denunciante estaba obligada a cumplir las exigencias dispuestas por la NTCSER, ya que ello;

[...] podría implicar una interferencia en las funciones del Osinergmin para supervisar el cumplimiento de los indicadores de calidad en el marco de sus competencias, en tanto se posicionaría a la Comisión como instancia para decidir si le resulta aplicable una determinada categoría, ello sin considerar las vías de cuestionamiento con que cuenta la denunciante (relativas a los criterios o calificaciones efectuadas por las entidades de la Administración Pública) como son las segundas instancias o la acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial. (Resolución 0725-2023/SEL-INDECOPI)

La SEL mantuvo la improcedencia declarada bajo los mismos fundamentos y agregó que el cuestionamiento de la empresa denunciante no estaba centrado en la imposición de una barrera; sino, en

⁸¹ Aprobada por Resolución Directoral 016-2008-EM-DGE.

realidad, en “el hecho de que, al ser considerada por Osinergmin como una empresa distribuidora o suministradora, deba asumir diversas obligaciones que no estarían acordes con la naturaleza jurídica de su actividad”.

Un caso análogo, en parte, es el concluido bajo la Resolución 0353-2022/SEL-INDECOPI, mediante la cual la SEL analizó la denuncia de un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones por una presunta barrera consistente en la exigencia de cumplir con indicadores de calidad en zonas donde ya no existía cobertura declarada por la denunciante, materializada en la Resolución 00192-2021-GG/OSIPTEL. La denunciante sustentó su denuncia, entre otros aspectos, en que el Osipitel no podía supervisar ni plantear exigencias vinculadas a los indicadores de calidad en zonas en las cuales las empresas operadoras hubiesen declarado el retiro de su cobertura; por ejemplo, en base a un compromiso de mejora previo. Por tanto, la exigencia denunciada, iba en contra de dispositivos legales como el Reglamento de Cobertura⁸² o el Reglamento de Calidad⁸³ aplicables a las empresas operadoras.

La SEL, por su parte, reiteró que sus competencias le impedían conocer: (i) si una entidad evaluó de manera correcta o no los documentos presentados por un administrado que solicita una autorización, o (ii) si un acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública se encuentra viciado, entre otros.

Para la SEL, la denunciante pretendía, en realidad, que se evalúe si los compromisos de mejora suscritos le habían facultado a retirar cobertura en los centros poblados y quedar eximida de la obligación de cumplir con los indicadores de calidad. La SEL argumentó que ello supondría cuestionar el sustento de la decisión contenida en la Resolución 00192-2021-GG/OSIPTEL, lo que, para la SEL, “implicaría cuestionar la motivación de dicho pronunciamiento y que se examine el análisis y la motivación que efectuó [la] entidad para determinar que la denunciante cometió una infracción por incumplir con lo dispuesto en el Reglamento de Calidad” (Resolución 0353-2022/SEL-INDECOPI). La SEL, concluyó que no resultaba competente para revisar la decisión técnica del órgano competente del Osipitel, en el presente caso, la Gerencia General.

D. Cuestionamientos tarifarios

Son varios los procedimientos en los que la SEL ha declarado improcedentes denuncias contra los factores o las metodologías de cálculo tarifario aprobadas por los organismos reguladores al considerar que los cuestionamientos contra las normas que regulan el cálculo respectivo están excluidos de la evaluación por el literal d) del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256⁸⁴.

La Resolución 0063-2023/SEL-INDECOPI expone la denuncia de un club campestre por el cálculo de la ‘Tarifa por el Servicio de Monitoreo y Gestión de aguas subterráneas’, materializada en los Anexos 1,2,3 de la Resolución 056-2017-SUNASS-CD y aplicada en una serie de recibos cuestionados por el denunciante⁸⁵.

El denunciante alegó que no cuestionaba la obligación de pagar la tarifa, pero sí la omisión de criterios legales por parte de la Sunass durante la elaboración de la metodología respectiva, incluyendo los factores de cálculo previstos en el Decreto Legislativo 1185 y la Resolución 007-2016-SUNASS-CD. Por su parte, la SEL declinó revisar el caso por considerar que el denunciante buscaba que en el procedimiento se evalúe la legalidad y razonabilidad de la tarifa antes que un acto o norma que reuniese las condiciones de barrera burocrática.

La posición de la SEL se aleja de pronunciamientos previos, como la Resolución 0098-2016/SDC-INDECOPI, previa a la aprobación del Decreto Legislativo 1256, en la que evaluó el fondo de un cuestionamiento a la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles. En dicho caso se evaluó, no obstante, la carencia de razonabilidad y no la falta de legalidad de la norma (al no haber acreditado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones la proporcionalidad del método de cálculo de canon ni otras alternativas menos gravosas).

Actualmente, es indudable que en la mayoría de expedientes, la SEL interpreta de forma amplia la excepción del literal d) del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 para no incluir bajo su alcance denuncias que puedan interpretarse como cuestionamientos a la forma de determinación o cuantía de una tarifa.

⁸² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo 135-2013-CD-OSIPTEL.

⁸³ Cuya versión vigente al presentar la denuncia era la aprobada por la Resolución 123-2014-CD-OSIPTEL.

⁸⁴ Véase por ejemplo las resoluciones 0655-2024/SEL-INDECOPI, 150-2020/SEL y 151-2020/SEL.

⁸⁵ También se puede citar como caso análogo el expediente que culminó en la Resolución 0100-2020/SEL-INDECOPI.

La posición adoptada, se extiende también al cobro de conceptos que componen las tarifas. En la Resolución 0152-2020/SEL-INDECOPI, la SEL evaluó la denuncia de una empresa de distribución de gas natural por red de ductos por el cobro de un derecho de conexión complementario contenido en el literal b) del artículo 8, el segundo párrafo del numeral 15.1 del artículo 15 y el numeral 46.10 del artículo 46 de la Resolución 054-2016-OS-CD que aprobó las ‘Condiciones Generales del Servicio de Distribución de Gas Natural y de la Aplicación de las Tarifas al Usuario Final’.

Durante su análisis, la SEL indicó que el pago del derecho equivalía a:

La diferencia entre el derecho de conexión inicialmente asignado y el derecho de conexión adquirido por el exceso de aquel; y, que, por ende, tiene naturaleza tarifaria en tanto constituye uno de los criterios que determina la Tarifa Única de Distribución de gas natural en la concesión de Lima y Callao. (Resolución 0152-2020/SEL-INDECOPI)

Por tanto, no cabía analizar las condiciones de su imposición al no calificar “como una barrera burocrática que pueda ser conocida por la Comisión y la Sala, en los términos de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 1256”.

Igualmente, en el caso de la Resolución 0646-2024/SEL-INDECOPI, la SEL declaró improcedente una denuncia por la presunta imposición de la exigencia de incluir el cargo de alumbrado público en la variable “D” del recargo para financiar el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), ya que analizar la exigencia cuestionada implicaría “evaluar la legalidad y/o razonabilidad de uno de los factores que determinan la tarifa denominada recargo del Fondo de Inclusión Social Energético que se factura a los usuarios libres”, supuesto que la SEL considera excluido del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1256.

E. Cuestionamientos a la potestad fiscalizadora o sancionadora

Como se vio en los pronunciamientos antes citados, la SEL considera que no es competente para analizar denuncias vinculadas al ejercicio de la potestad de fiscalización o sanción de los reguladores. A través de la Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI, la SEL evaluó la denuncia de una empresa minera por la imposición de una barrera consistente en la exigencia de presentar reportes semanales de la inspección de las condiciones de seguridad del depósito de relaves y la exigencia de presentar el reporte de la interpretación del

monitoreo geotécnico del depósito de relaves, ambos según dos formatos específicos, conforme al requerimiento de dos oficios remitidos por el Osinergmin.

La denunciante sostuvo, entre otros, que las exigencias no estaban destinadas a verificar el cumplimiento de una obligación prevista en una disposición legal o técnica vigente, sino a crear una nueva obligación y que ello no podía considerarse un supuesto de función supervisora del Osinergmin. Adicionalmente alegó que el regulador no contaba con habilitación legal para exigir las medidas denunciadas.

La SEL, por su parte, declaró improcedente la denuncia y reiteró que solo podía analizar todo aquello que tuviese efecto restrictivo o genere costo a las empresas y que tenga como finalidad “la regulación de una actividad económica en cuanto a su acceso o permanencia, o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa” (Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI); ello, en ejercicio de la libertad de empresa y de iniciativa privada.

Agregó, la SEL, que los requerimientos de información en los que se materializaban las barreras formaban parte de la actividad de fiscalización desplegada por la División de Supervisión de Gran Minería del Osinergmin, en el marco de su función supervisora. Para la SEL, la supervisión o fiscalización no es un procedimiento administrativo, sino una actividad destinada a verificar;

[...] el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos” y que además “no finaliza en todos los casos con un acto administrativo de gravamen. (Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI)

En referencia concreta a las barreras denunciadas, la SEL concluyó que estas;

Se enmarcan en la actividad de fiscalización llevada a cabo por el Osinergmin; y [...], fueron solicitadas únicamente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas referidas a seguridad de la infraestructura, sus instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones respecto de los depósitos de relaves de la denunciante. En tal sentido, no

se tratan de exigencias necesarias para que la denunciante inicie o continúe con el desarrollo de su actividad económica. (Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI)

La SEL consideró, además, que los oficios que contenían las barreras no calificaban como órdenes o medidas administrativas y que, por tanto, al ser producto de la potestad de fiscalización, los requerimientos de información no constituían exigencias que condicionasen las actividades económicas del denunciante o tuvieran incidencia en la tramitación de un procedimiento administrativo. Esta situación determinó, entonces, la improcedencia de la denuncia.

Más allá del encaje normativo de una pretensión de esta naturaleza, el riesgo de asumir, casi de forma general, que los requerimientos de información y otros pedidos en el marco de las fiscalizaciones no constituyen exigencias que limiten las operaciones en el mercado, es desconocer que un requerimiento de información o de otra naturaleza puede encerrar obligaciones no previstas por la normativa (ilegales) pero que, además, también puede afectar el desempeño en el mercado. Esto se debe, entre otros, a que la producción de información destinada al regulador muchas veces es costosa o compleja, pues requiere de formatos específicos, procesamiento de datos o incluso selección y muestreos que incrementan significativamente los costos y que luego impactan en la capacidad competitiva de algunas empresas.

Fuera de los tópicos cuestionados, un aspecto que no puede perderse de vista en el análisis jurisprudencial de las recientes denuncias contra los organismos reguladores –y que ciertamente es consustancial a toda estrategia que involucre enfrentar medidas inminentes aprobadas por la Administración– es que la necesidad de tutela de urgencia trae consigo un riesgo constante de suspensión de los procedimientos iniciados en la sede del Indecopi. Dado que las empresas proveedoras de servicios regulados carecen muchas veces de la predictibilidad suficiente para anticipar resultados ante la CEB o la SEL, la presentación de demandas judiciales –principalmente amparos o acciones

populares– en paralelo al inicio de denuncias ante la CEB, es una circunstancia común. Esto detona a su vez la posibilidad de suspensión de los procedimientos administrativos en aplicación del artículo 65 del Decreto Legislativo 807⁸⁶.

La primacía de la sede judicial sobre las propias competencias jurisdiccionales del Indecopi está vinculada a la configuración de la prejudicialidad, entendida esta figura como la sujeción de la autoridad administrativa –y de las materias que resuelve– a las causas pendientes judiciales, conforme al artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú⁸⁷.

En estricto, los cuestionamientos a nivel judicial suelen proteger derechos constitucionales y en parte es por lo mismo que no deberían colisionar con los derechos legales o económicos tutelados ante el Indecopi; no obstante, la probabilidad de que a criterio del Indecopi se configuren supuestos de identidad sujetos, petitorio y fundamentos (circunstancia que justifica la suspensión) es usual. Esto se vio, por ejemplo, en el marco de caso evaluado bajo la Resolución 0726-2023/SEL-Indecopi, en la cual la SEL decidió suspender un procedimiento iniciado por una empresa operadora de telecomunicaciones que buscaba inaplicar como barreras burocráticas algunas exigencias impuestas por el Osiptel y que previamente había iniciado un proceso de amparo.

Así también, aunque no involucra organismos reguladores, es ampliamente conocida la suspensión de los centenares de procedimientos en los que se denunció como barrera burocrática la prohibición de tercerizar actividades pertenecientes al núcleo del negocio contenida en el Decreto Supremo 001-2022-TR⁸⁸. Los procedimientos de barreras respectivos fueron suspendidos por la SEL precisamente a raíz de una demanda de acción popular que fue impuesta contra la misma norma reglamentaria.

La situación descrita puede tener impacto en la resolución de pretensiones de los denunciantes, ya que la ausencia de tutela administrativa, al menos a corto plazo, no supone necesariamente contar una protección efectiva desde la sede judicial.

⁸⁶ El artículo citado establece que “los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi” (1996).

⁸⁷ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (1993).

⁸⁸ Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización (2022).

Finalmente, puede argumentarse que la usual confirmación de las resoluciones de la SEL en la vía judicial sería una muestra de que los resultados o la evaluación del Indecopi es habitualmente apegada a derecho. Esta asunción debería tomarse con pinzas debido a la deferencia del Poder Judicial hacia Indecopi, pero sobre todo porque el marco normativo actual, que aplica el Poder Judicial en sus revisiones, está condicionado por las exclusiones del Decreto Legislativo 1256. Es decir, un cuestionamiento que ya está encausado por la vía de barreras burocráticas tendrá probablemente los mismos condicionamientos en la vía judicial que lleven a una declaración de improcedencia o infundada, sin que eso conceda necesariamente legalidad o razonabilidad a la decisión regulatoria. Por ello solo cabría analizar el resultado a la luz de una comparación con lo resuelto en una vía paralela como un amparo o una acción popular.

VI. A FUTURO: ¿CÓMO EFECTIVIZAR EL CONTROL SOBRE LOS REGULADORES DESDE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS?

Más allá de compartir o no el criterio resolutorio de la SEL, se observa una tendencia del Indecopi a dejar sin analizar, a fondo, amplios cuestionamientos contra decisiones y medidas aprobadas por los organismos reguladores. Esto es a consecuencia de los cerrojos puestos por el Decreto Legislativo 1256 y la jurisprudencia del Indecopi, que pretenden equilibrar la tutela sobre derechos económicos con el respeto a las competencias legales otorgadas a las entidades públicas, además de los principios constitucionales que regulan la independencia de las entidades y las atribuciones jurisdiccionales involucradas.

Sin embargo, las múltiples denuncias y pretensiones no resueltas evidencian que existe un problema anclado en los criterios técnicos, jurídicos y el ejercicio de las competencias y discrecionalidad por parte de los organismos reguladores, sobre todo con relación a restricciones y requerimientos impuestos. La especialización y las múltiples funciones asignadas convierten a los organismos reguladores en entidades con un amplio poder sobre los sectores que supervisan. Este poder, que goza de una amplia deferencia por parte del Indecopi y del Poder Judicial, resulta aún más necesario de cautelar por el hecho de que la autonomía de los organismos reguladores puede ser permeable eventualmente ante la injerencia política o las presiones de la sociedad civil.

Son necesarios, por tanto, mecanismos o herramientas que contribuyan a que las actuaciones de

los organismos reguladores tengan un control más efectivo. En dicho escenario, el sistema de barreras burocráticas resulta idóneo, en términos procedimentales, para proteger a los agentes económicos ante exigencias, restricciones y prohibiciones que no guardan relación con finalidades proporcionalmente más beneficiosas. Pero, dadas las limitaciones descritas, la estructura actual requiere de cambios que permitan una revisión más profunda de las medidas impuestas por los reguladores, sin contradecir el principio de competencia excluyente ni afectar su independencia.

Estas alternativas deben ser pensadas de forma mucho más detallada, con un análisis costo-beneficio y de impacto que analice todos los factores involucrados. Cada modificación diseñada, deberá ponderar resultados positivos y efectos concretos para encontrar una situación de equilibrio en comparación a la situación actual. En ello, será de suma importancia determinar el actual impacto negativo —de la falta de un control completo sobre los organismos reguladores— sobre las empresas reguladas. Pero aun, si se requiere de sucesivas y complejas evaluaciones a mediano y largo plazo, de momento se pueden plantear algunas ideas para abordar el problema.

Primero, es posible plantear modificaciones en el Decreto Legislativo 1256 que tengan por objeto eliminar ciertas exclusiones o delimitar los alcances del artículo 3, a fin de que los órganos de eliminación de barreras burocráticas puedan también conocer cuestionamientos que involucren el ejercicio de la potestad fiscalizadora, sancionadora o el ejercicio de competencias a nivel de tarifas. En paralelo, podría trabajarse una redefinición del concepto de barrera burocrática para superar la actual concepción que excluye medidas como las impuestas fuera de procedimientos administrativos o medidas cuyos efectos no pueden medirse en términos de restricciones de operación en el mercado.

Asimismo, en más de una ocasión se ha sugerido incluso que podría eliminarse el derecho de las entidades públicas a impugnar las decisiones de la CEB o la SEL que declaren la existencia de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad.

La alternativa descrita es positiva solo en parte, porque, en aplicación del principio de competencia excluyente y las reglas que acompañan a un sistema de control jurisdiccional ideal, el Indecopi en la actualidad no cuenta con suficiente autonomía ni independencia real⁸⁹ para controlar competencias que, hasta el momento, solo pueden ser ob-

⁸⁹ Bajo el actual marco normativo, principalmente el dispuesto por la Ley 25868, el Indecopi está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Así también, el Consejo Directivo del Indecopi es nombrado por el Poder Ejecutivo.

jeto de control total en la sede judicial (salvo una reforma constitucional profunda que elimine el control judicial sobre las decisiones de Indecopi).

Por lo mismo, como segunda opción, se puede plantear la conversión de Indecopi o, en su defecto, de los órganos de eliminación de barreras burocráticas, en un organismo constitucionalmente autónomo, que pueda encargarse de la evaluación de las denuncias desde una sede que les conceda independencia completa absoluta respecto del Poder Ejecutivo⁹⁰ o el Poder Judicial.

Incluso, se ha sugerido anteriormente, que los órganos resolutivos del Indecopi deberían ser investidos expresamente como tribunales con funciones jurisdiccionales cuyas decisiones solo podrían estar sujetas a la revisión de un tribunal supremo especializado en lo contencioso administrativo como el Consejo de Estado de Colombia⁹¹.

Pese a que la segunda alternativa contendría resultados deseables, podría añadirse una tercera opción de reforma con un mayor —y ambicioso— impacto. Dado que, bajo nuestra Constitución, y en línea con la tradición jurídica occidental el Poder Judicial es el encargado de asumir el control completo de los actos, actuaciones y normas de la Administración, sería recomendable y eficiente que, a largo plazo, dicha institución recupere sus facultades como evaluador y supresor de las barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad.

Esto solo sería posible, claro está, si se puede construir un Poder Judicial sólido, competente y flexible, aspiración de larga data que no ha sido solucionada durante décadas. Sin embargo, el experimento positivo del Indecopi muestra que pueden crearse órganos especializados que, con formación técnica, recursos y un marco normativo adecuado, respondan a la tutela requerida por los agentes económicos.

Si el Poder Judicial pudiese recibir el conocimiento y experiencia del Indecopi, se podrían plantear procesos o mecanismos específicos de tutela que repliquen la vía de barreras burocráticas a nivel judicial, además de la formación necesaria para los jueces especializados. En tal escenario, el control estaría enfocado sobre todas las medidas impuestas por las entidades públicas, especialmente los

organismos reguladores, considerando una concepción amplia del concepto de barreras burocráticas. Dicho sistema, permitiría, **por ejemplo, la evaluación de actos administrativos que no agoten la vía previa y al mismo tiempo el análisis de todos los fundamentos de los reguladores, desde la motivación hasta la proporcionalidad de sus decisiones. Ello, nuevamente, sin negar la discrecionalidad ni capacidad técnica asociadas.**

En adición, otra ventaja comparativa de una vía especializada en la sede judicial, estaría relacionada con la eliminación de la secuencia de vías previas. De este modo, siendo actualmente el juez la última autoridad en conocer una pretensión ante el Indecopi y existiendo un largo camino hasta la materialización de una sentencia firme, se buscaría acortar los pasos para obtener una tutela definitiva en un tiempo mucho menor.

Como beneficio adicional, incorporar una vía específica, con un tipo de jueces especializados adicionales, constituiría un modelo e incentivo a largo plazo para la mejora global del Poder Judicial como institución, incluyendo a juzgados civiles, penales, entre otros. Los potenciales resultados y la presión propia de los agentes económicos, tanto a nivel político como judicial, llevarían a que se diseñen estrategias para mantener y optimizar el sistema judicial en conjunto⁹².

Por su parte, la CEB, fusionada con la SEL, podría redefinirse como un órgano fiscalizador que centraría sus funciones en el control de la imposición de barreras burocráticas y la promoción de la eliminación voluntaria de las mismas. Además, la CEB utilizaría sus recursos y especialización para promover la educación y concientización respecto a las libertades económicas y la regulación inteligente (abogacía), a fin de que las entidades equilibren la protección de los ciudadanos con el desarrollo económico.

La concreción de la alternativa descrita, ahora mismo, resulta lejana, pero partiendo de la necesidad de que se cuenten con mejores mecanismos para dinamizar los sectores regulados y que la reforma del Poder Judicial es una condición esencial para la mejora del país, en el largo plazo es posible que se plantee como parte de la agenda —y la voluntad— política.

⁹⁰ Velásquez (2020, p. 112).

⁹¹ Ochoa (2013, p. 442).

⁹² Hace 22 años Alejandro Falla adelantaba que una de las desventajas de la creación de los organismos reguladores era que habían desincentivado las necesarias reformas estructurales al Poder Judicial puesto que: (i) habían consumido amplios recursos y (ii) porque habían otorgado soluciones (seguridad jurídica) que a corto plazo redujeron la presión sobre el Gobierno por parte de los agentes económicos (2003, p. 177).

No olvidemos que la creación del Indecopi parte de una solución transitoria⁹³ enfocada en extraer competencias del ámbito del Poder Judicial para responder a una situación excepcional que requería de medidas urgentes para dinamizar la economía y proteger a los inversionistas y agentes de producción. La reforma judicial es, entonces, solo el siguiente paso de un camino iniciado hace más de 30 años.

VII. REFLEXIONES FINALES

El sistema jurídico peruano, aunado a la configuración democrática de nuestras instituciones, propugna la jurisdicción del Poder Judicial como espacio de control de las decisiones de la Administración Pública. No obstante, las debilidades de nuestro Poder Judicial derivaron en la creación del Indecopi como entidad especializada que, entre otras funciones, asumió la defensa de los agentes privados ante las medidas que supusieran una amenaza contra sus derechos económicos y la competitividad en el mercado.

El sistema de eliminación de barreras burocráticas, tutelado por la CEB y la SEL, se ha convertido en un mecanismo esencial para controlar actos, actuaciones, omisiones y normas emitidas por las entidades públicas que no se apegan a las leyes ni revisten visos mínimos de razonabilidad. Pese a lo anterior, la propia configuración del marco legal contenido en el Decreto Legislativo 1256, además de los criterios resolutivos de los órganos del Indecopi y la naturaleza de la jurisdicción administrativa, limitan los escenarios de control sobre las medidas impuestas por los organismos reguladores.

Manteniendo los rasgos centrales del sistema, es posible plantear reformas que lleven a que el Indecopi asuma mayores herramientas en su control de los organismos reguladores. En su defecto, la alternativa globalmente más beneficiosa está vinculada a la recuperación, desde la sede judicial, de las competencias de control asignadas a la CEB y la SEL, junto a una mejora general de la institución judicial. En dicho caso, el control judicial pleno y optimizado sería más efectivo, en términos de limitación a los poderes y arbitrariedades de los organismos reguladores.

El éxito del Indecopi es, en parte, el fracaso del Poder Judicial. Y, en cierto modo, ningún país puede desarrollarse plenamente sin órganos jurisdiccionales sólidos. El debate está planteado. 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Avendaño, J. & Zumaeta, F. (2011). El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: Las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo. *Revista Ius et Veritas*, 43, 208-229. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iu-setveritas/article/view/12062>
- Bamzai, A. (2017). The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation. *The Yale Law Journal*, 126(4). 2017, 908-1241. <https://www.yalelawjournal.org/article/the-origins-of-judicial-deference-to-executive-interpretation>
- Berger, G. (2017). Nationwide Injunctions Against the Federal Government: A Structural Approach. *New York University Law Review*, 92(4), 1068-1106. <https://nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-92-4-Berger.pdf>
- Betancor, A. (2010). *Regulación: Mito y Derecho: Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Thomson Reuters.
- Cassagne, J. (2016). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Editorial B de F.
- Coglianese, C. & Walters, D. (2025). *The great unsettling: Administrative Governance after Loper Bright*. *Administrative Law Review*, 77, 1-64. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5046620>
- Davis Noll, B. (2023). Tired of Winning: Judicial Review of Regulatory Policy in the Trump Era.

⁹³ Rodríguez (2024, p. 146).

- Administrative Law Review*, 78, 353-419. https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/ALR-73.2_Davis-Noll.pdf
- De la Riva, I. (2023). Control judicial de la actividad sancionadora. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez* (p. 1387). Fundación de Cultura Universitaria.
- Del Guayo, I. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2020). *Principios de derecho regulatorio: servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Marcial Pons.
- Falla, A. (2003). Las nuevas agencias reguladoras: Ni muy muy...ni tan tan. *Revista Ius et Veritas*, (27), 169-178. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16267>
- Fernández Ramos, S. (2002). *La actividad administrativa de inspección*. Editorial Comares.
- Huapaya, R. (2019). *El Proceso Contencioso-Administrativo*. Fondo Editorial PUCP.
- Huq, A. (2004). *Summary of papers on constitutional courts and judicial review*. Nueva York.
- Instituto de Estudios Peruanos [IEP] (2024). Informe de opinión julio 2024 (informe parcial). <https://iep.org.pe/wp-content/uploads/2024/07/IEP-Informe-de-opinion-julio-2024-informe-parcial-v2.pdf>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (13 de febrero de 2023). *Balance 2022: Poder Judicial ratificó en más de 95% las resoluciones del Indecopi*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/727311-balance-2022-poder-judicial-ratifico-en-mas-de-95-las-resoluciones-del-indecopi>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (8 de enero de 2025). *El Indecopi logró la eliminación voluntaria de 2200 barreras burocráticas en regiones por parte de 45 entidades públicas*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/727311-balance-2022-poder-judicial-ratifico-en-mas-de-95-las-resoluciones-del-indecopi>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI]. (15 de abril de 2025). *En el último quinquenio Indecopi eliminó más de 26 000 barreras burocráticas generando un ahorro de 873.6 millones de soles*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/727311-balance-2022-poder-judicial-ratifico-en-mas-de-95-las-resoluciones-del-indecopi>
- Laguna de Paz, J. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*. Thomson Reuters.
- Martin, R. (2011). El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública. *Revista Derecho & Sociedad*, (36), 103-119. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13218>
- Martin, R. (2016). El Control Jurisdiccional de la Actuación de los Organismos Reguladores: Balance Crítico de la Experiencia Peruana. *Revista de Derecho Administrativo*, (16), 27-60. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16291>
- Mathis, K. (2009). *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of economic analysis of law*. Springer.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo: Parte General*. Editorial Marcial Pons.
- Mayton, W. (1980). The legislative resolution of the rulemaking versus adjudication problem in agency lawmaking. *Duke Law Journal*, 103, 103-136. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2732&context=dlj>
- Merrill, T. (2022). *The Chevron Doctrine: Its Rise and Fall, and the Future of the Administrative State*. Harvard University Press.
- Montaña, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Navarro, R. (2017). *La motivación de los actos administrativos*. Editorial Aranzadi.
- Nieto, A. (2002). *Derecho Administrativo Sancionador* (3era ed.). Tecnos.
- Ochoa Cardich, C. (2013). El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos. *Revista Derecho PUCP*, (71), 413-442. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.015>

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL]. (s.f.). *Memorias anuales*. Plataforma Digital Única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/colecciones/1366-memorias-anuales>

Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económico [OECD] (2012). *La Evaluación de Leyes y Regulaciones: El Caso de la Cámara de Diputados de Chile*, OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264176362-es>.

Pérez Alonso, J. (2011). ¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. *Revista de Administración Pública*, 325-348. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40455>

Quiroga, A. (1997). El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI. *Revista Derecho PUCP*, (58), 323-352. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.013>

Rodríguez Gamero, M. (2024). *La profesión jurídica ante las reformas estructurales. Una aproximación ecológica en la tarea de eliminar barreras burocráticas*. Fondo Editorial PUCP.

Rodríguez-Arana, J. (2012). Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, 12(47), 13-50. <https://doi.org/10.21056/aec.v12i47.188>

Rose-Ackerman, S. (1992). Judicial Review and the Power of the Purse. *International Review of Law and Economics*, 12, 191-208.

Rose-Ackerman, S. & Jordão, E. (2014). Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. *Administrative Law Review*, 1-72. <https://core.ac.uk/download/pdf/72837395.pdf>

Rozansky, J. (2018). Waiving Chevron. *The University of Chicago Law Review*, 85. <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/waiving-chevron>

Sánchez Maluf, M. (2003). Derecho Romano y Common Law. *Anuario de Derecho Civil*, (6), 287-297.

Sunstein, C. R. (2019). Chevron as law. *Georgetown Law Journal*, 107, 1615-1641. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3263831>

Velásquez, R. (2020). El INDECOPI como organismo constitucional autónomo: razones sobre el pro-

yecto de modificación constitucional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (78), 91-115. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.005>

Waldron, J. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1486.

Williams, R. (2022). Jurisdiction as Power. *The University of Chicago Law Review*, 89, 1719-1792. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6313&context=uclrev>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Legislativo 1185, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a cargo de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de agosto de 2015 (Perú).

Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, 24 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de febrero de 2022 (Perú).

Decreto Supremo 011-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2019 (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 3 de mayo de 2010, Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 2 de mayo de 2018, Resolución 0116-2018/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 18 de agosto de 2023, Resolución 0412-2023/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de agosto de 2020, Resolución 0152-2020/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 19 de febrero de 2016, Resolución 0098-2016/SDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], del 17 de febrero de 2023, Resolución 0063-2023/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 18 de junio de 2020, Resolución 0100-2020/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 22 de noviembre de 2024, Resolución 0655-2024/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de agosto de 2020, Resolución 150-2020/SEL (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de agosto de 2020, Resolución 151-2020/SEL (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 30 de septiembre de 2022, Resolución 0353-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 24 de noviembre de 2023, Resolución 0725-2023/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 7 de enero de 2020, Resolución 0005-2020/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 22 de abril de 2022, Resolución 0154-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 21 de diciembre de 2022, Resolución 0451-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 11 de abril de 2022, Resolución 0125-2022/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 16 de noviembre de 2021, Resolución 0660-2021/SEL-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 20 de julio de 2016, Resolución 0388-2016/SDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 26 de julio de 2006, Resolución 1151-2006/TDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 18 de mayo de 2011, Resolución 1023-2011/SC1-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 9 de septiembre de 2013, Resolución 1505-2013/SDC-INDECOPI (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 27 de julio de 2021, Resolución 0505-2021/SEL-INDECOPI (Perú).

Ley 26971, Ley que autoriza al Ministerio de Justicia a culminar el concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 1998 (Perú).

Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2021 (Perú).

Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 6 de diciembre de 2018, Resolución del Consejo Directivo 266-2018-CD-OSIPTEL (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 10 de octubre de 2014, Resolución del Consejo Directivo 123-2014-CD-OSIPTEL (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 26 de septiembre de 2013, Resolución del Consejo Directivo 135-2013-CD-OSIPTEL (Perú).

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 15 de junio de 2022, Resolución del Consejo Directivo 00192-2021-GG/OSIPTEL (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 18 de octubre de 2011, Resolución del Consejo Directivo 191-2011-OS/CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 25 de abril de 2013, Resolución del Consejo Directivo 063-2013-OS/CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 15 de marzo de 2016, Resolución de Consejo Directivo 054-2016-OS-CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 24 de mayo de 2008, Resolución del Consejo Directivo 016-2008-EM-DGE (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 15 de junio de 2017, Resolución de Consejo Directivo 115-2017-OS-CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 30 de diciembre de

2015, Resolución de Consejo Directivo 306-2015- OS-CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [OSINERGMIN], 29 de abril de 2016, Resolución de Consejo Directivo 099-2016-OS-CD (Perú).

Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, 21 de marzo de 2022, Expediente 07950-2019-0-1801-SP-CA-05 (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de agosto de 2023, Casación 16514-2022-Lima (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 24932-2021-Lima (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 19506-2021-Lima (Perú).

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento [Sunass], 24 de noviembre de 2017, Resolución de Consejo Directivo 056-2017-SU-NASS-CD (Perú).

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento [Sunass], 24 de noviembre de 2017, Resolución de Consejo Directivo 057-2017-SU-NASS-CD (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de noviembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de agosto de 2010, sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de julio de 2023, sentencia recaída en el Expediente 01692-2018-PA/TC (Perú).

LA PROMOCIÓN DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO: LA VISIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ADMINISTRATIVO DE OSITRAN Y OEFA

ENFORCING COMPLIANCE: THE VISION OF THE ADMINISTRATIVE SANCTIONING REGIME OF OSITRAN AND OEFA

Juan Carlos Morón Urbina*

Echecopar

Carolina Annette Ortiz Lozada**

Echecopar

This article presents a comparative analysis of two models of state regulation: The traditional 'command and control' approach, focused on the imposition of sanctions, and the responsive approach, which advocates for a more flexible system based on cooperation, persuasion, and the use of incentives to promote regulatory compliance. Through this comparison, the authors reflect on which model may lead to a more effective and context-appropriate regulatory framework.

In this context, the article examines the incentive regimes implemented by the Peruvian regulatory agencies OSITRAN and OEFA, assessing whether they align with the principles of responsive regulation. It analyzes how these mechanisms have been designed, the extent to which they have been implemented in practice, and the key challenges they face in becoming effective tools within the Peru's regulatory system.

KEYWORDS: Regulation; regulatory compliance; incentives; sanctions; responsive approach.

El artículo desarrolla un análisis comparativo entre dos modelos de regulación estatal: el enfoque tradicional de 'mandato-control', centrado en la imposición de sanciones, y el enfoque responsivo, que plantea una regulación más flexible, basada en la cooperación, la persuasión y el uso de incentivos para promover el cumplimiento normativo. A partir de esta comparación, se plantea una reflexión sobre cuál de estos modelos permite alcanzar una regulación más eficiente y adaptada a las necesidades del contexto actual.

En esa línea, los autores examinan los regímenes de incentivos implementados por los organismos reguladores OSITRAN y OEFA, evaluando si realmente responden a los principios del enfoque responsivo. Se revisa cómo han sido diseñadas estas medidas, su nivel de aplicación práctica en los últimos años y los principales obstáculos que enfrentan para consolidarse como herramientas efectivas dentro del sistema regulatorio peruano.

PALABRAS CLAVE: Regulación; cumplimiento normativo; incentivos; sanciones; enfoque responsivo.

* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Administrativo en las Facultades de Derecho de la PUCP, Universidad ESAN y Universidad de Piura. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Socio de Echecopar, (Lima, Perú). Código ORCID: 0000-0002-5297-8639. Contacto: juancarlos.moron@echecopar.com

** Abogada con mención Notable por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Graduada con honores: Primer puesto de la carrera de Derecho y miembro del Grupo de Excelencia Académica. Especialista en Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Arbitraje. Expositora en congresos y cursos especializados de Derecho Administrativo. Asociada en Echecopar (Lima, Perú). Código ORCID: 0009-0001-0805-4850. Contacto: carolinaannette.ortiz@echecopar.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 21 de abril de 2025, y aceptado por el mismo el 6 de junio de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, la liberalización de la economía ha sido un proceso fundamental para fomentar el crecimiento económico y la competitividad del país, ya que fue a raíz de las reformas estructurales implementadas en la década de 1990 que se fomentó la apertura de los mercados, se atrajo inversiones y se privatizaron empresas estatales.

Estas medidas buscaban reducir la intervención del Estado en la economía, permitiendo que las fuerzas del mercado desempeñen un papel más determinante en la asignación de recursos. No obstante, este proceso también trajo consigo la necesidad de establecer un marco regulatorio sólido que garantizara la equidad y la protección de los consumidores, así como la promoción de un entorno competitivo y transparente.

En efecto, las liberalizaciones, privatizaciones y desregulaciones acontecidas a finales del siglo XX si bien disminuyeron la actuación del Estado como ente empresarial, dejaron a la vista la urgente necesidad de regulación pública, principalmente en los mercados en los que existen monopolios naturales (Del Guayo, 2017, p. 20).

Ante la necesidad de un marco regulatorio sólido, y dado que la liberación económica no implicó la desaparición total del Estado empresarial, uno de los principales retos en dicho momento fue lograr separar, por un lado, las funciones de regulación, y, por otro, las de actuación o participación del Estado. Ello debido a que, definitivamente, no se podía hablar de una verdadera libre concurrencia si una de las partes no solo participaba como actor, sino que además era él mismo quien establecía las reglas de actuación (Tornos, 2000, pp. 1329-1330).

Así, realizando una estricta separación entre el regulador y el regulado, y teniendo claro que ninguna parte puede ser ambos al mismo tiempo, es que se instauro la regulación como una actividad de la administración completamente distinta a otras formas tradicionales de actividades de la administración como la de la policía, la del fomento y la prestacional (Montero, 2020, p. 44).

Dicha actividad de la administración denominada 'regulación' implica pues el control continuo del mercado a través de la imposición de obligaciones jurídicas a sus agentes, las mismas que deberán ser proporcionales al interés público debida y objetivamente determinado luego de la valoración discrecional que la administración realice (Montero, 2020, p. 43). Asimismo, esta actividad se caracteriza por (i) la alteridad, que implica la necesaria existencia de un regulador y un regulado; (ii) el

control, que es el contenido de la regulación, pues es con la regulación que se imponen obligaciones jurídicas a los regulados y se controla su actividad; (iii) continuidad, que implica el dinamismo de la regulación, ya que los objetivos de la misma van cambiando con el tiempo; y, finalmente, (iv) la discrecionalidad, pues la administración es totalmente discrecional al momento de imponer las obligaciones jurídicas a los regulados (Montero, 2020, pp. 44-49).

Esta actividad de la administración a primera vista ha sido y es cuestionada por diversos sectores y actores, pues muchos de ellos asemejan la palabra regulación con restricción, control y limitación; por lo tanto, afirman que la regulación es la contraposición del mercado y de la libertad.

Sin embargo, una regulación bien diseñada e implementada lo que busca es, por el contrario, proteger la libertad económica de los agentes intervinientes en el mercado, protegiendo la competencia, evitando el abuso de poder y garantizando la transparencia. Como bien lo ha señalado Del Guayo, "la regulación es el instrumento para alcanzar esa libertad, porque incide sobre actividades que, si no estuviesen reguladas, acabarían siendo gestionadas descontroladamente por un monopolio o un oligopolio" (2017, p. 24).

Ahora bien, la regulación se ha ido implementando en el tiempo a través de diferentes sistemas de regulación, dentro de los cuales destacan el sistema de 'mandato-control', enfocado en castigar las infracciones y desalentar las prácticas perjudiciales; y, el sistema de 'regulación responsiva', el cual busca adaptarse a las circunstancias y necesidades cambiantes del mercado, y fomentar el cumplimiento de lo regulado a través de la persuasión y negociación.

El presente artículo tiene como principal finalidad desarrollar las implicancias de cada uno de los sistemas de regulación y analizar los regímenes implementados por dos importantes organismos reguladores del país: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) y Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRAN), quienes, siguiendo las recomendaciones y parámetros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), en la actualidad cuentan con determinadas disposiciones para el otorgamiento de incentivos no punitivos a los regulados, lo mismo que fomenta la regulación responsiva.

Finalmente, se explicará lo que los autores consideran que sería el eje central del problema de la

falta de efectividad del régimen de incentivos no punitivos instaurado por OEFA y OSITRAN en su presunta misión de adoptar un sistema de regulación más responsivo y menos sancionador. Asimismo, los autores propondrán algunos ajustes que consideran necesario implementar para lograr tener, no solo una adecuada regulación, sino también una regulación efectiva.

II. ENFOQUE MANDATO-CONTROL VS. ENFOQUE RESPONSIVO

Como se señaló previamente, a raíz de la liberación de los mercados en el Perú, se dejó de lado la concepción de un Estado tradicional empresarial y protagonista en la economía y se pasó a la concepción de un Estado con un rol esencialmente regulador.

Ello se vio plasmado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, en el cual se restringe la participación del Estado en la actividad empresarial, estableciendo que este solo puede realizar actividad empresarial de manera subsidiaria, esto es, cuando esté autorizado expresamente por ley debido al alto interés público o conveniencia nacional evidente.

Asimismo, en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, se le otorga al Estado la autoridad para combatir prácticas monopólicas que limiten la competencia y proporcionar garantías y seguridades a los agentes intervinientes. De esta manera, se tiene a un Estado que participa en el mercado estableciendo un marco normativo dentro del que los productores y consumidores se podrán desarrollar libremente y podrán tomar sus propias decisiones respecto a lo que quieren producir y consumir, teniendo como única limitación la obligación de que su actuación no sea lesiva a la seguridad pública (Parodi, 1997, p. 52).

Estamos de nuevo frente a la actividad de regulación del Estado, que es una forma de participación del Estado en el mercado y puede definirse como la intervención pública en sectores de interés general, destinada a garantizar la satisfacción de dicho interés mediante la definición de obligaciones jurídicas específicas para los actores privados y el control de su cumplimiento (Montero, 1996, p. 584).

Es pues a través de la regulación que el Estado, mediante la generación de normas, organiza y ordena a los actores privados con la finalidad de guiar su actuar hacia la satisfacción del interés general. Por medio de esta se busca crear un entorno donde las actividades económicas puedan desarrollarse de manera equilibrada y justa, evitando abusos y

promoviendo el bienestar colectivo. Esta forma de intervenir puede realizarse de diversas maneras y dependerá de las entidades y de los reguladores el sistema de regulación que decidan adoptar.

En ese sentido, los mecanismos que utilizan los reguladores para lograr el cumplimiento de su regulación son variables. Sin embargo, como lo ha señalado Falla, se hace una división especialmente entre dos sistemas regulatorios: por un lado, el llamado 'mandato-control', que se caracteriza por ser un sistema más inquisitivo, confrontacional o de 'garrote'; y, por el otro, un sistema orientado más a la persuasión, negociación o al uso de la 'zanahoria' (2009, p. 489).

Sobre estos, Baldwin y Black sostienen que se trata de una pugna entre aquellos que piensan que los regulados cumplirán la ley solo cuando se enfrenten a sanciones drásticas y los que piensan que la persuasión suave funciona para garantizar el cumplimiento de la ley por parte de los regulados (2008, p. 5).

A. El sistema regulatorio de 'mandato-control'

En este sistema regulatorio, se definen previamente las conductas permitidas y las restricciones que deben seguir los regulados para actuar legalmente. Como acertadamente lo señala Aguilar, en este modelo regulatorio, el principal instrumento es la instrucción u orden regulatoria, que es a través de la cual se materializa el mandato impuesto por la regulación. Con la implementación de la instrucción y orden regulatoria, se limita la libertad de accionar de los regulados (2020, p. 193).

De esta manera, es dicha instrucción la que determina cómo debe actuar cada regulado y, a su vez, establece las consecuencias de que su actuación no se ciña a ella, considerando que cada conducta que no se encuentra expresamente permitida en la normativa, debe entenderse que está prohibida.

Estamos frente a un régimen de 'mandato-sanción', en el que la finalidad de la imposición de una sanción es castigar al regulado que no cumplió con las disposiciones previstas por la entidad reguladora. Ello precisamente porque, en este enfoque de regulación, se parte de la premisa de que los agentes económicos solo cumplirán las normas si son confrontados con sanciones rigurosas.

La aplicación de sanciones depende de la evaluación de la gravedad de las infracciones cometidas y, en muchos casos, se centra más en castigar el incumplimiento pasado que en fomentar la eficacia futura de las regulaciones. Es decir, se enfoca más en evaluar la gravedad de las infracciones cometi-

das en el pasado que en fomentar la eficacia futura de las regulaciones (Aguilar, 2020, p. 193).

El modelo regulatorio de ‘mandato-control’ se caracteriza por ser un sistema estructurado y riguroso, en el que las autoridades reguladoras establecen normas y directrices específicas que los regulados deben seguir estrictamente. Este modelo se fundamenta en la premisa de que una conducta adecuada solo puede garantizarse mediante la imposición de normas claras y sanciones contundentes para quienes no las cumplan.

Moreno sostiene que el modelo o régimen de regulación de ‘mandato-control’ incluye técnicas tradicionales que buscan el cumplimiento de determinadas conductas previamente establecidas en la regulación, dentro de las cuales se encuentran las “obligaciones, prohibiciones, restricciones de derechos, autorizaciones, establecimiento de derecho, trámites o procedimientos, permisos y sanciones” (2019, p. 90).

Se trata pues de un planteamiento de ‘ojo por ojo’ en el que los reguladores imponen, en primera instancia, estrategias de cumplimiento, pero aplican respuestas disuasorias más punitivas cuando la empresa regulada no se comporta como se desea. De esta manera, el cumplimiento de la regulación es más probable cuando el regulador despliega una pirámide de aplicación explícita, en la que constituye una gama de sanciones de aplicación que se extienden desde la persuasión (en su base) y lo realiza a través de advertencias y sanciones civiles hasta sanciones penales, suspensiones de licencias y luego revocaciones de licencias (Baldwin & Black, 2008, p. 5).

Como toda actuación del Estado, este sistema ha estado y está expuesto a diversas críticas, siendo principalmente la falta de información por parte de los reguladores y la tendencia a fomentar una relación adversarial con los regulados en lugar de una cooperativa.

En efecto, uno de los principales problemas de la regulación y especialmente del sistema de regulación por ‘mandato-control’ es la asimetría de la información, situación que se presenta cuando una de las partes en una relación, en este caso, regulador-regulado, tiene más y mejor información que la otra.

La asimetría de la información se presenta como un desafío constante, ya que los reguladores a menudo carecen de la misma cantidad de información que los regulados, lo que en muchas ocasiones dificulta la implementación efectiva de las políticas y la supervisión adecuada.

Esta asimetría de información se manifiesta de diversas formas, dentro de las que se encuentra: (i) el hecho de que los reguladores pueden no tener acceso a todos los datos relevantes necesarios para tomar decisiones informadas, mientras que las empresas y los individuos regulados poseen información detallada sobre sus operaciones y estrategias; (ii) en sectores altamente técnicos o especializados, la falta de conocimiento por parte de los reguladores puede impedir la total comprensión de los riesgos y las prácticas de mercado; (iii) los recursos y la capacidad para monitorear y auditar continuamente a los regulados pueden ser insuficientes, lo que permite que algunas prácticas no deseadas pasen desapercibidas, entre otras.

Las situaciones mencionadas que han sido generadas por la asimetría de la información que se presenta en la relación entre los reguladores y regulados tiene diversas consecuencias negativas, dentro de las que resaltamos la ineficacia de las regulaciones, la falta de cumplimiento por parte de los regulados y la pérdida de confianza en la autoridad reguladora, por todo, la asimetría de la información es una barrera significativa para la regulación efectiva.

Sumado a ello, encontramos que el modelo de regulación de ‘mandato-control’ tiende a fomentar una cultura adversarial entre los reguladores y los regulados, en lugar de una cooperativa. Este enfoque, que se basa en la imposición de normas y sanciones estrictas, evidentemente, es propenso a generar desconfianza y resistencia por parte de los regulados, quienes empiezan a percibir a los reguladores como entes punitivos y con un ánimo puramente recaudatorio más que como aliados en el cumplimiento de las normativas.

La rigidez de este sistema, que persigue el cumplimiento de la normativa a toda costa sin analizar contexto o calidad de regulación, puede llevar a un ambiente de confrontación, donde las partes están en constante vigilancia y conflicto, en lugar de trabajar juntas hacia el objetivo común de mejorar las prácticas y cumplir con las regulaciones.

La falta de cooperación y negociación limita la capacidad de los reguladores para obtener información valiosa de los regulados y, a su vez, genera que los regulados se sientan menos incentivados a ser proactivos en el cumplimiento de la regulación a través de la implementación de prácticas éticas y transparencia en sus operaciones.

Como lo señala Aguilar, el sistema de regulación de ‘mandato-control’:

[Promueve] un comportamiento adversarial y de suma cero donde se estima que la pérdida (castigo) del regulado necesariamente constituye una ganancia para la sociedad y viceversa [...]. Este comportamiento impide la cooperación entre el regulador y el regulado, única forma de lograr el eficaz cumplimiento de las regulaciones en el largo plazo. (2020, p. 195)

Como punto final, pero no menos importante, debemos señalar que este sistema de regulación, además de generar una cultura adversarial, genera una fuerte demanda de recursos a las entidades. Estas deben contar con una gran cantidad de personal para llevar a cabo innumerables fiscalizaciones, generar diversa documentación y, además, se hace necesario contar con mayor presupuesto para atender posibles litigios, entre otros.

Por tanto, lo único positivo que se ha resaltado de este sistema es el sentido de justicia retributiva, el cual implica que la respuesta al incumplimiento de la normativa deba ser una sanción para que, de esta manera, logre equilibrar el daño causado y genere en el incumplidor el sentido de estar pagando por lo que su incumplimiento ha causado.

Este enfoque de regulación basado en la justicia retributiva, sin duda, ha quedado desterrado por las diversas críticas que ha obtenido y los pocos aspectos positivos que pueden rescatarse de este. Frente a ello, se pasó a un enfoque responsivo de la regulación.

B. El sistema regulatorio responsivo

En contraposición con el modelo regulatorio de 'mandato-control' y frente a las críticas a dicho modelo, Ayres y Braithwaite, mediante la publicación de su libro titulado *Regulación responsiva* (*Responsive regulation*) en 1992, propusieron un cambio en cuanto al modelo de regulación, específicamente sobre la relación entre regulación, cumplimiento y sanción.

La regulación responsiva que se propone se centra en la efectividad de la regulación pública, en el logro de los objetivos establecidos por esta y en garantizar el compromiso de cumplimiento normativo por parte de los sujetos regulados (Aguilar, 2020, p. 196). Este enfoque tiene como premisa que los agentes económicos solo cumplen las normas si están convencidos y persuadidos que es conveniente para su actividad económica.

Teniendo en consideración ello, un esquema responsivo va a requerir que la administración dis-

ponga de diversos mecanismos de intervención que estén organizados jerárquicamente como una pirámide, con sanciones drásticas en la cúspide y persuasión en la base (Soto, 2016, p. 198).

El esquema piramidal propuesto por Ayres y Braithwaite se basa en la idea de que la regulación debe ser flexible y adaptativa, utilizando una combinación de estrategias persuasivas y coercitivas para lograr el cumplimiento normativo. La pirámide de la regulación responsiva está diseñada para comenzar con las medidas menos intrusivas y va escalando hacia sanciones más severas solo cuando sea estrictamente necesario, ello ante la falta de efectividad de la persuasión.

La base de la pirámide está compuesta por estrategias persuasivas como la educación, el asesoramiento y las advertencias, las mismas que tienen como finalidad fomentar la cooperación y el cumplimiento voluntario por parte de los regulados, creando una cultura de confianza y colaboración. Estas estrategias resultan esenciales para construir una relación positiva y de apoyo mutuo entre los reguladores y los regulados, en la que se prioriza la prevención y la resolución de problemas de manera armoniosa antes que la sanción.

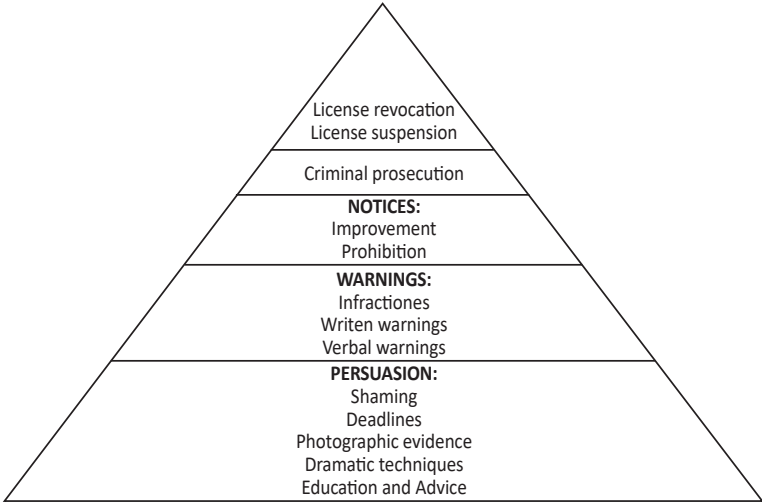
En el siguiente nivel de la pirámide, se establecen las medidas intermedias que incluyen la imposición de multas modestas o restricciones temporales, que vienen a ser sanciones suaves, y se aplican cuando las estrategias persuasivas no han logrado el cumplimiento deseado y es necesario un enfoque más firme para corregir las infracciones. Esto, sin llegar a imponer una sanción sumamente rígida.

En lo más alto de la pirámide (y en donde únicamente se escalará cuando la persuasión y la sanción leve no hayan logrado ser efectivas) se sitúan las sanciones más severas como, por ejemplo, multas significativas, retiro de licencias o, incluso, la clausura de las operaciones de los agentes económicos. Estas medidas se reservan únicamente para los casos más graves de incumplimiento y se aplican solo cuando las acciones menos severas no han sido efectivas.

La existencia de estas sanciones drásticas en la parte superior de la pirámide actúa como un elemento disuasivo que motivará a los regulados a cumplir con las normativas para evitar la implementación de las consecuencias más severas.

A continuación, la pirámide responsiva que han propuesto Ayres y Braithwaite:

Figura 1: Pirámide de regulación responsiva propuesta por Ayres y Braithwaite



Fuente: Elaboración propia a partir de Ayres y Braithwaite (1992); Hutter (1997).

El enfoque piramidal propuesto por Ayres y Braithwaite reconoce que no todos los regulados responderán de la misma manera a las estrategias reguladoras –a diferencia del enfoque ‘mandato-control’–, pues pone a la orden de la administración una variedad de herramientas para que esta pueda adaptarlas y aplicarlas de acuerdo con la conducta de cada regulado en cada caso en especial. El esquema piramidal en el que se basa la

regulación responsiva busca lograr un equilibrio entre incentivar el cumplimiento voluntario y asegurar que las infracciones graves sean tratadas con la severidad necesaria.

Aguilar trae esta idea de la pirámide regulatoria de Ayres y Braithwaite, y la adapta de la siguiente manera:

Figura 2: Pirámide regulatoria adaptada por Aguilar



Fuente: Elaboración propia a partir de Aguilar (2020, p. 197).

En la mitad inferior de esta pirámide encontramos la autorregulación bajo el control del Estado, la cual parte de la premisa que con ella se logrará la cooperación de los regulados y así se evitará regular aspectos que no se pueden controlar, mientras que en la mitad superior encontramos estrategias regulatorias más intrusivas como la de ‘mandato-control’, las que deberán ser implementadas solo cuando las primeras no hayan obtenido resultados positivos (Aguilar, 2020, p. 197).

Sumado a ello y con la finalidad de construir una relación de cooperación entre el regulador y el

regulado, este sistema de regulación responsiva propone que el regulador implemente incentivos para el cumplimiento de la normativa antes que órdenes mandatorias que serán garantizadas con sanciones punitivas (Aguilar, 2020, pp. 197-198).

La regulación responsiva obliga al regulador a evaluar el entorno y las motivaciones de los regulados en cada caso, ya que ello influirá en su decisión de apoyar o no al sistema regulatorio en el cumplimiento de sus objetivos. En consecuencia, se busca fomentar en el regulado una activa intervención en la regulación de su propio com-

portamiento y, de esta manera, forjar una relación de cooperación y acompañamiento continuo del regulador y el regulado.

En esa misma línea, Moreno señala que las nuevas alternativas tienen como finalidad cambiar determinadas conductas a través de la aplicación de incentivos y no de prohibiciones o sanciones (2019, p. 90). Dentro de estas alternativas encontramos a la “regulación por incentivos, regulación basada en la economía conductual, regulación por riesgos, regulación responsiva, autogeneración, coregulación, regulación por información o educación y regulación basada en desempeño” (Moreno, 2019, p. 90), las cuales podrían categorizarse dentro de la regulación por incentivos o la regulación responsiva (Moreno, 2019, p. 90).

Todo ello, para obtener mejoras regulatorias, lo cual necesariamente debe ir de la mano del *compliance* para el cumplimiento de la regulación (procedimientos internos, protocolos y códigos de conducta) y de la función de fiscalización de la administración para comprobar el cumplimiento normativo (Moreno, 2019, p. 87).

La **tríada regulatoria**, como le llama Moreno a la interrelación entre regulación-*compliance*-fiscalización, es crucial para mejorar la regulación, pues sin *compliance* y una fiscalización efectiva no se lograrían los objetivos regulatorios (2019, p. 88).

Esto tiene estrecha relación con lo que postula Soto, cuando señala que para lograr el cumplimiento de la ley no solo basta la regulación, sino que se deben desarrollar necesariamente las siguientes tareas:

Tabla 1: Tareas necesarias para hacer cumplir la regulación

	Tareas	Descripción
1	Detectar	La obtención de información acerca de conductas indeseables o incumplidoras.
2	Responder	El desarrollo de políticas, reglas y herramientas para tratar los problemas detectados.
3	Hacer cumplir	La aplicación concreta de las políticas, reglas y herramientas.
4	Evaluar	Medir el éxito o fracaso de las actividades de cumplimiento.
5	Modificar	Ajustar las herramientas y estrategias con el objeto de mejorar el cumplimiento y enderezar las conductas problemáticas.

Fuente: Elaboración propia a partir de Soto (2016, p. 195).

Ahora bien, la doctrina mayoritaria fomenta la regulación responsiva pues sugiere priorizar medidas menos severas (como correctivas o compro-

misos de mejora) antes que acciones más duras (como multas o inhabilitaciones), según el contexto del caso (Falla, 2009, como se citó en Huapaya & Alejos, 2020). Como señalamos previamente, este enfoque se fundamenta en la idea de que un sistema regulatorio debe ser flexible y adaptativo, utilizando una combinación de estrategias persuasivas y coercitivas para lograr el cumplimiento de la ley.

Dentro de las principales fortalezas del sistema de regulación responsiva está la formación de adhesiones y cooperación o lo que hoy en día se le llama *compliance*, lo cual genera en los regulados un compromiso sostenido en el tiempo con el cumplimiento de la normativa y trae consigo un cumplimiento más inmediato de la misma. Asimismo, ahorra en gran medida el gasto en recursos de las entidades y de las empresas.

Por el contrario, el mayor cuestionamiento que ha tenido este sistema es que, al buscar la flexibilidad y la adaptación de la regulación a las circunstancias de cada regulado en participar, los infractores complejos pueden aprovechar la ‘no rigidez’ y encontrar mecanismos para evadir la responsabilidad por sus acciones.

De acuerdo con Baldwin y Black, la primera crítica al enfoque piramidal es que en algunas circunstancias el escalonamiento de la pirámide puede no ser adecuado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se trata de controlar riesgos potencialmente catastróficos, ya que puede que no sea factible ni recomendable imponer el cumplimiento escalonando los niveles de la pirámide y que la reacción adecuada sea recurrir inmediatamente a los niveles superiores (2008, p. 6).

Sumado a ello, no siempre será sencillo ascender y descender en la pirámide a lo largo de la relación con un mismo regulado, pues inevitablemente el uso de sanciones netamente punitivas puede afectar las relaciones entre el regulador y los regulados (Baldwin & Black, 2008, p. 6).

La posición de la doctrina ha sido reconocida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, quienes han determinado que no todos los procesos de fiscalización deben necesariamente concluir con un procedimiento sancionador, sino que deben enfocarse en prevenir y corregir las acciones de los regulados.

En efecto, en la sentencia de Casación 4165-2017-Lima, la Corte Suprema indicó que no todos los procesos de fiscalización deben necesariamente concluir con el inicio de un procedimiento sancionador. Por el contrario, estos procesos pueden y deben enfocarse en prevenir determinadas

acciones de los regulados. A continuación, el extracto pertinente:

Coincidimos con la doctrina más actualizada en que **se debe enfatizar en la finalidad preventiva de la fiscalización, lo cual implica la labor activa de la administración pública en publicar, difundir, y actualizar las normas acorde a los cambios sociales, económicos, culturales en favor de la sociedad;** concientizando y haciendo partícipes activos a los mismos administrados fiscalizados de la responsabilidad de las actividades económicas que despliegan, en estricto cuidado del medio ambiente y recursos naturales; asumiéndose de esta manera un compromiso entre la sociedad y la administración. (2018, p. 8) [el énfasis es nuestro]

En la misma línea, el Tribunal Constitucional, en los expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC, en los que se solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 19 a 23 de la Ley 30230 por presuntamente debilitar la función sancionadora de la administración, favoreciendo la impunidad y los comportamientos contrarios a la normativa, al establecer la posibilidad de que determinadas infracciones no cuenten con consecuencias jurídicas relevantes; resolvió señalando que debe procurarse una noción responsiva de la potestad sancionadora. A continuación, el extremo correspondiente:

Si las medidas correctivas fuesen eventualmente desacatadas o si las razones por las que aquellas se impusieron fuesen ignoradas por aquellos sobre quienes se aplican, es totalmente legítimo que se proceda a una sanción, pero **ello no significa que el Estado tenga que promover como exclusiva y excluyente bandera el castigo inmediato.**

No debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica. Ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que sólo de ser desacatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva. (2020) [el énfasis es nuestro]

Estas sentencias lo que hacen es reconocer y acoger la teoría de pirámide regulatoria previamente desarrollada y, con ello, plantear un nuevo horizonte a los reguladores, pues se establece que la aplicación de una sanción —que es una actuación radical y definitiva— solo deben imponerse cuando no se ha logrado el fomento de comportamientos adecuados o cuando se han incumplido alguna

fórmula intermedia planteada por la administración. Es decir, la sanción debe ser vista como la última opción.

III. LA REGULACIÓN RESPONSIVA EN EL PERÚ

Como se observa, en el Perú, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han establecido su posición a favor de un sistema o enfoque de regulación basado en los incentivos para el cumplimiento de la regulación, así como la búsqueda de participación y cooperación entre el regulador y el regulado para obtener ello.

Así, hoy en día podemos encontrar en la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) diversos instrumentos de enfoque responsivo como la fiscalización orientativa (artículo 245), la certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado (artículo 245), recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado (artículo 245), advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas (artículo 245), medidas correctivas (artículo 246), subsanación voluntaria (artículo 257, literal f), entre otros.

Además, determinados organismos como OSITRAN y OEFA, en búsqueda de lograr una regulación con enfoque responsivo, tienen su propio régimen de incentivos.

A. Régimen de incentivos de OSITRAN

El OSITRAN, es una entidad pública encargada de la supervisión y regulación de las actividades y las inversiones en infraestructuras de transporte de uso público en el Perú. Tiene como finalidad garantizar que los servicios prestados en infraestructuras como puertos, aeropuertos, ferrocarriles y carreteras sean de calidad, seguros y accesibles para todos los usuarios.

OSITRAN tiene la responsabilidad de asegurar que las entidades prestadoras cumplan con sus obligaciones legales y contractuales, promoviendo el desarrollo y la mejora continua del sistema de transporte del país.

En cumplimiento de sus funciones, el 4 de abril de 2018, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución 009-2018-CD-OSITRAN, mediante la cual aprobó el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones (en adelante, RIIS). Este reglamento tiene como objetivo promover el cumplimiento voluntario de las obligaciones legales y contractuales de las Entidades Prestadoras, por medio de la

aplicación de incentivos no punitivos. Estos se encuentran desarrollados en el Título II del RIIS.

El artículo 5 del RIIS establece que los incentivos no punitivos son reconocimientos o beneficios destinados a fomentar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de las Entidades Prestadoras, y a promover acciones que impacten positivamente en el sistema regulatorio, los usuarios o la sociedad.

De acuerdo con el artículo 9 del RIIS, para la aplicación de incentivos no punitivos, se toma en cuenta, respecto de cada Entidad Prestadora, los beneficios alcanzados, la cantidad de beneficiarios, la disponibilidad de los beneficios y la sostenibilidad de ellos, y se aplicarán teniendo en consideración lo siguiente:

- El Concurso para aplicación de incentivos no punitivo se realiza cada año.
- OSITRAN publicará las bases del Concurso, estableciendo las categorías en las que participará cada Entidad Prestadora.
- La evaluación será durante todo un año.
- Habrá un ganador por categoría.
- Se otorgará un reconocimiento a las Entidades ganadoras.

Los tipos de incentivos previstos en el RIIS son **reconocimiento por desempeño y reconocimiento por sobrecumplimiento**. El artículo 6 del RIIS autoriza a OSITRAN a establecer otros incentivos no punitivos mediante una resolución del Consejo Directivo.

1. Reconocimiento por desempeño

Mediante este incentivo, OSITRAN busca destacar el correcto desempeño de las Entidades Prestadoras, considerando sus obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, la regulación de OSITRAN y la normativa aplicable.

Este reconocimiento no solo valora el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales, sino que también fomenta una cultura de excelencia y mejora continua en la prestación de los servicios. Las Entidades Prestadoras que demuestran un alto nivel de desempeño son recompensadas, lo cual sirve como un ejemplo positivo para otras entidades, incentivándolas a mejorar sus propios estándares de calidad y eficiencia.

2. Reconocimiento por sobrecumplimiento

Este incentivo busca destacar a las Entidades Prestadoras que obtienen valores superiores a los

parámetros establecidos en el Contrato de Concesión, la regulación de OSITRAN y la normativa aplicable. Se enfoca en la ejecución de obras, niveles de servicios y otros aspectos importantes de su desempeño.

El reconocimiento por sobrecumplimiento valora aquellas entidades que no solo cumplen con lo mínimo requerido, sino que van más allá, demostrando una dedicación excepcional a la excelencia. Estas entidades no solo cumplen, sino que superan sistemáticamente los estándares previstos, lo que resulta en beneficios tangibles tanto para la entidad como para los usuarios del servicio.

Además, estas prácticas destacadas sirven como un modelo a seguir para otras entidades, promoviendo un ambiente competitivo que eleva los estándares de calidad y eficiencia en todo el sector. Esto no solo mejora la reputación de las entidades que reciben el reconocimiento, sino que también fortalece la confianza del público en la calidad de los servicios prestados.

El objetivo es fomentar una cultura de mejora continua y motivar a todas las entidades a aspirar a los más altos niveles de desempeño y sobrecumplimiento.

El 5 de abril de 2019, mediante Resolución de Gerencia General 044-2019-GG-OSITRAN, OSITRAN aprobó las “Disposiciones para la aplicación del Régimen de Incentivos No Punitivos como mecanismo para fomentar el cumplimiento de las obligaciones contractuales o normativas por parte de las Entidades Prestadoras bajo el ámbito del Ositrán”.

En el artículo 9 inciso 3 de las referidas disposiciones, se establecen las siguientes categorías de evaluación:

Artículo 9.- Categorías de evaluación [...]

a) Gestión de riesgos y prevención de conflictos sociales

Esta categoría se enfoca en destacar las experiencias que han logrado prevenir, reducir, mitigar o eliminar los riesgos derivados de las actividades implementadas por las entidades prestadoras. Estos riesgos pueden surgir en la funcionalidad del propio servicio, en relación con los operarios, en las comunidades aledañas al ámbito de intervención del proyecto, entre otros.

b) Servicio de atención al ciudadano con interculturalidad

Esta categoría incluye iniciativas que basan su estrategia de atención al ciudadano en la diversidad cultural del país. Un servicio con enfoque intercultural adapta su gestión para facilitar el

uso por parte de las personas, considerando sus diferencias en costumbres, lenguas y concepciones de bienestar.

c) Transparencia e integridad

Esta categoría busca reconocer experiencias que hayan implementado mecanismos para garantizar una gestión honesta, evitando el incumplimiento de la ley en la obtención de beneficios individuales u organizacionales. Incluye casos de prevención y atención de hechos de corrupción en las relaciones tanto con el Estado como con otras empresas.

d) Mejora continua en la gestión de servicios de infraestructura de transporte de uso público

Categoría para prácticas innovadoras en temas diversos que merecen destacarse en esta plataforma [...]. (Resolución de Gerencia General 044-2019-GG-OSITRAN, 2019)

Asimismo, el artículo 12 de las disposiciones aprobadas por OSITRAN, desarrolla los criterios de evaluación previstos en el artículo 9 del RIIS, señalando respecto de cada criterio lo siguiente:

- a) **Resultados destacados:** Las buenas prácticas en el concurso deben mostrar mejoras significativas en los resultados obtenidos.
- b) **Amplitud de beneficiarios:** Las experiencias deben demostrar un impacto positivo en un gran porcentaje de los beneficiarios potenciales.
- c) **Disponibilidad de beneficios:** Las prácticas deben garantizar que los beneficios obtenidos sean accesibles para todos los grupos poblacionales.
- d) **Sostenibilidad de resultados alcanzados:** Las prácticas deben garantizar resultados sostenibles y beneficios accesibles para todos los grupos poblacionales.

Luego de la evaluación correspondiente, de acuerdo con el artículo 15 de las disposiciones aprobado por OSITRAN, este reconocerá en una ceremonia pública a los ganadores, los finalistas y a experiencias consideradas como buenas prácticas.

Los premios para los ganadores de cada categoría serán el reconocimiento público durante la ceremonia, un trofeo y un diploma, comunicación oficial de OSITRAN sobre la empresa ganadora, participación como expositor en evento de OSITRAN para comentar su experiencia, difusión en redes sociales, cobertura de medios.

Las entidades finalistas y las experiencias declaradas como buenas prácticas también recibirán reconocimientos. Las primeras, una mención en la

ceremonia, un diploma, una comunicación oficial de OSITRAN, cobertura de medios y participación como expositor en evento de OSITRAN para comentar su experiencia; mientras que las segundas, una invitación a la premiación, cobertura de medios y participación como expositor en evento de OSITRAN para comentar su experiencia.

B. Régimen de incentivos de OEFA

El OEFA es una entidad autónoma encargada de supervisar, fiscalizar y promover el cumplimiento de las normas ambientales en el Perú. Dentro de su potestad fiscalizadora se encuentran las funciones evaluadoras, supervisión directa y fiscalización, sanción y aplicación de incentivos.

OEFA tiene como misión pues asegurar que las actividades económicas se desarrollen en armonía con el medio ambiente, protegiendo y conservando los recursos naturales. Es a través de sus funciones que busca prevenir y remediar los impactos negativos en el medio ambiente, fomentando la adopción de prácticas sostenibles por parte de las empresas y otras entidades.

En cumplimiento de sus funciones, el 25 de noviembre de 2024, mediante Resolución 040-2014-OEFA-CD emitida por el Consejo Directivo aprobó el Reglamento del Régimen de Incentivos en el ámbito de la fiscalización ambiental a cargo de OEFA. Este documento tiene como propósito fomentar prácticas de prevención y remediación de impactos negativos en el medio ambiente, a través de la aplicación de incentivos.

Según el artículo 3 del Reglamento de Incentivos de OEFA, estos beneficios permiten a la autoridad ambiental fomentar una producción limpia o implementar medidas para prevenir o reducir impactos negativos en el ambiente. Así, los incentivos se crean con la finalidad de estimular, promover y reconocer a aquellos administrados que, por iniciativa propia, lleven a cabo actividades ambientales sostenibles que busquen prevenir o reducir la contaminación ambiental y la degradación de los recursos naturales, superando en gran medida las exigencias de la normativa y sus compromisos ambientales.

Para poder acceder a los incentivos, las unidades fiscalizables deberán presentar una solicitud a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, cumpliendo para ello, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento de Incentivos de OEFA, con (i) estar inscritas en el Registro de Buenas Prácticas Ambientales del OEFA; (ii) sustentar mínimo una práctica ambiental sostenible; y (iii) dicha práctica debe estar implementada y en operación.

Según el artículo 5 del Reglamento del Registro de Buenas Prácticas Ambientales del OEFA, para ser incluido en dicho registro, no deben existir hallazgos de presuntas infracciones administrativas.

Para otorgar los incentivos, OEFA deberá tener en consideración los siguientes criterios:

- Los perjuicios y daños ambientales evitados.
- La mejora de ambientes degradados.
- La innovación tecnológica.
- La sostenibilidad de las medidas implementadas.
- Los beneficios generados.

Los tipos de incentivos previstos en el Reglamento de Incentivos de OEFA son (i) honoríficos; y (ii) económicos:

1. Incentivos honoríficos

Los incentivos honoríficos que OEFA puede otorgar son:

a) Ranking de Excelencia Ambiental

Ranking de Excelencia Ambiental (en adelante, REAL) es una lista que identifica y clasifica las unidades fiscalizables que han implementado prácticas ambientales que superan las normativas vigentes. Este ranking se elabora en función del puntaje obtenido por cada unidad en su evaluación ambiental, destacándose aquellas que han demostrado un compromiso excepcional con la sostenibilidad y la innovación tecnológica en sus procesos.

El REAL no solo sirve como un reconocimiento a los esfuerzos de las unidades fiscalizables, sino que también actúa como un incentivo para que otras entidades mejoren sus prácticas ambientales. Además, este ranking se actualiza anualmente, lo que permite identificar de manera continua a los líderes en la gestión ambiental y promover una competencia sana y constructiva entre las unidades fiscalizables.

b) *Qumir Rapi* (hoja verde)

Es un reconocimiento anual para las unidades fiscalizables que superen los veinte (20) puntos en su evaluación ambiental. Este premio puede otorgarse de una a cinco hojas verdes, dependiendo del nivel de compromiso y excelencia demostrado por la unidad en cuestión.

Las unidades que reciben el distintivo *Qumir Rapi* no solo ganan reconocimiento por su esfuerzo, sino que también pueden acceder a diversos be-

neficios adicionales, como una mayor visibilidad en el REAL y posibles incentivos económicos. Este distintivo actúa como un poderoso incentivo para que otras unidades se esfuercen por alcanzar niveles similares de excelencia ambiental y sostenibilidad.

c) *Qumur Kawsay* (vida verde)

Es el distintivo anual que representa el más alto reconocimiento concedido por el OEFA a las unidades fiscalizables que obtienen puntajes de ochenta y cuatro (84) o superiores. Este premio se otorga a aquellas entidades que no solo cumplen, sino que superan de manera destacada las normativas ambientales vigentes, demostrando un compromiso excepcional con la sostenibilidad y la protección del medio ambiente.

Las unidades que logran este reconocimiento se distinguen por su capacidad para mantener y mejorar continuamente sus estándares ambientales, además de su liderazgo en la adopción de tecnologías sostenibles.

2. Incentivos económicos

OEFA puede otorgar un certificado de descuento sobre multas a las unidades que obtengan calificaciones ambientales de treinta y seis (36) puntos o más. Este incentivo reconoce la inversión en prácticas que exceden las normativas y compromisos ambientales.

El 13 de febrero de 2016, el Consejo Directivo emitió la Resolución 002-2016-OEFA-CD, mediante la cual aprobó las “Disposiciones para el Uso del Certificado de Descuento sobre Multas otorgado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA”.

Dichas disposiciones aprobadas por OEFA, establecen que el certificado de descuento sobre multas es un documento que contiene un valor económico expresado en Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), otorgado por el OEFA a favor de un administrado.

Según el artículo 5 de las disposiciones de OEFA, el certificado incluirá: (i) número del certificado de descuento sobre multas; (ii) identidad del administrado beneficiario; (iii) datos de la unidad fiscalizable; (iv) valor económico del certificado; (v) nombre de la práctica ambiental por la que se otorga; y (vi) fecha de otorgamiento y vencimiento.

El certificado solo tiene una vigencia de cuatro (4) años computados desde la fecha de otorgamiento y podrá ser utilizado para lo siguiente:

- Pagar multas impuestas por OEFA.
- Transferir a un administrado adquirente para el pago de sus multas impuestas por OEFA.

Se prohíbe el uso del certificado para (i) pagar multas impuestas por la comisión de hallazgos críticos; (ii) multas por incumplimiento de obligaciones tributarias (aporte por regulación); (iii) multas coercitivas; e (iv) intereses, costas y gastos de un procedimiento de cobranza coactiva.

De acuerdo con el artículo 9 de las disposiciones aprobadas por OEFA, el certificado es transferible únicamente por el administrado beneficiario que obtuvo el incentivo económico como reconocimiento a su buena práctica.

Para el uso del certificado, se deberá presentar una solicitud que cumpla con los siguientes requisitos exigidos:

- Datos del administrado beneficiario o administrado adquirente.
- Número de la resolución de sanción cuya multa es objeto de la solicitud de pago.
- Número del certificado de descuento sobre multas o del certificado de transferencia con cargo al cual se solicita el pago.
- Valor económico expresado en UIT destinado al pago.
- Vigencia de poder del representante legal del administrado beneficiario o administrado (personas jurídicas).
- Datos de contacto del administrado beneficiario o adquirente.

Una vez que se cumpla con presentar la solicitud con todos los requisitos, se emitirá un certificado de pago y un reporte de saldo. Este certificado tendrá un número correlativo e incluirá: (i) número del certificado de pago; (ii) número del certificado de descuento sobre multas o de transferencia; (iii) monto original del certificado de descuento sobre multas o transferencia; (iv) datos del administrado beneficiario o adquirente (nombre/apellidos o razón social y RUC); (v) fecha de otorgamiento y vencimiento del certificado de descuento sobre multas o transferencia; (vi) número de resolución de sanción; (vii) valor económico en UIT del pago; y (viii) fecha del pago.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO

Luego de observar y analizar el régimen de incentivos implementado por OSITRAN y OEFA, nacen

las siguientes interrogantes: **¿Estamos frente a un modelo de regulación responsiva en el caso de OSITRAN y OEFA? ¿Es efectivo dicho régimen?**

Al respecto, debemos señalar que la regulación de incentivos de OSITRAN y OEFA busca lograr los resultados de una regulación responsiva, puesto que su finalidad es lograr el cumplimiento normativo, ya no con sanciones o prohibiciones, sino a través de otros mecanismos persuasivos como los incentivos para que los regulados no solo quieran cumplir con la regulación, sino también participar activamente en ella junto con los reguladores.

Esta nueva visión de regulación que ha desarrollado OSITRAN y OEFA, sigue las recomendaciones y pautas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), quien ha señalado que resulta imprescindible que la legislación permita expresamente tener diferentes respuestas frente a los regulados cuando se quiera incentivar el cumplimiento de la regulación, desde sencillas advertencias hasta multas cuantiosas (OCDE, 2019, p. 26).

En efecto, la regulación de OSITRAN y OEFA plantea una separación entre el sistema de promoción del cumplimiento normativo y el sistema de lucha contra la criminalidad, teniendo claramente diferenciado el propósito de ambos: El primero busca promover el cumplimiento de las regulaciones por parte de los regulados, ya sea de manera voluntaria o alentados por incentivos, y el segundo, que no permite incentivos, tiene el objetivo de contar con los instrumentos adecuados al momento de algún incumplimiento para castigar la conducta con ellos.

Esta clara separación se observa entre el régimen de incentivos y el régimen de sanciones tanto de OSITRAN como de OEFA. Con ello se les otorga a los funcionarios encargados de la aplicación de sanciones o de incentivos, una amplia gama de opciones para poder actuar de distintas maneras ante diferentes situaciones que se presenten, siguiendo así lo sostenido por la OCDE:

Se requiere que el objetivo de las entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir las normas sea la maximización de los niveles de cumplimiento, y no una sistemática detección y castigo de cada incumplimiento. Por lo tanto, se requiere que la legislación les otorgue a dichas entidades una discrecionalidad adecuada para manejar distintas situaciones de distintas maneras, incluyendo no sancionar ciertos incumplimientos si se considera que estos plantean un riesgo muy bajo y pueden ser manejadas sin una promoción de cumplimiento formal. (OCDE, 2019, p. 27) [el énfasis es nuestro]

Así, se aprecia que nuestro país apuesta también por una regulación responsiva (por incentivos), en la cual la principal y única finalidad sea el cumplimiento de las regulaciones y no la imposición de sanciones que lo único que generan es un distanciamiento aún mayor entre el regulador y los regulados, siendo esto contraproducente, ya que para lograr el cumplimiento de la regulación resulta primordial que el regulador y los regulados tengan el mismo objetivo.

Ello debido a que existe evidencia concluyente de que la modalidad de regulación responsiva genera resultados superiores y mejores en comparación con un modelo de sanciones uniformes en el que más que buscar el cumplimiento de la regulación, lo que se busca es sancionar su incumplimiento (OCDE, 2019, p. 27).

Actualmente, el enfoque de regulación responsiva que ha implementado OEFA debe seguir desarrollándose, pues sigue dependiente de un esquema de regulación tradicional basado en la modalidad de ‘mandato-control’ que implica (i) autorización;

(ii) fiscalización; (iii) verificación de cumplimiento; (iv) imposición de sancionador para el cumplimiento (o la decisión de no imponerlas) (OCDE, 2020, p. 53).

Si bien nuestro país cuenta con un régimen de incentivos en el caso de OSITRAN y OEFA, el cual evidentemente con el tiempo irá fortaleciéndose y mejorando, es importante ver si está siendo efectivo de acuerdo a cómo está regulado actualmente, esto es, si OSITRAN y OEFA están aplicando incentivos para el cumplimiento normativo de conformidad con los reglamentos de incentivos de cada organismo.

En el caso de OEFA, el Primer Otorgamiento de Incentivos se dio el 17 de febrero de 2016, año en el cual se premiaron once (11) buenas prácticas ambientales correspondientes a nueve (9) empresas de los sectores de minería, energía, pesquería e industria. Asimismo, se presentó el REAL elaborado a partir de las calificaciones otorgadas a las prácticas premiadas:

Tabla 2: Ranking de Excelencia Ambiental Anual (REAL)

Real	Empresa	Práctica	Incentivo
1	Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	Plan de gestión del murciélago longirostro	QUMIR KAWSAY 5 Qumir Rapi
2	Pesquera Hayduk S.A.	Cambio de matriz energética y mejoras en el sistema de tratamiento de efluentes	4 Qumir Rapi
3	Acuicultura Técnica Integrada del Perú S.A.	Manejo de efluentes de probióticos en cultivo de langostinos	4 Qumir Rapi
4	Compañía Minera Antapaccay S.A.	Medidas de eficiencia energética para la reducción de carbono equivalente	4 Qumir Rapi
5	American Quality Aquaculture S.A.C.	No uso de insumos químicos peligrosos	3 Qumir Rapi
6	Productos Tissue del Perú S.A.	Ampliación de planta de efluentes – tratamiento secundario	3 Qumir Rapi
7	Compañía Minera Antapaccay S.A.	Forestación en pequeña escala para la captura de carbono equivalente	3 Qumir Rapi
8	Termoselva S.R.L.	Medición y compensación de huella hídrica en la Central Térmica Aguaytía: Metodología de la norma ISO 14046	3 Qumir Rapi
9	Cementos Pacasmayo S.A.A.	Control de emisión de partículas en chancadora secundaria de caliza a través de la implementación y utilización de chutes telescópicos	3 Qumir Rapi
10	Enersur S.A.	Cambio de luminarias convencionales por luminarias LED	2 Qumir Rapi
11	Enersur S.A.	Instalación de un caldero de vapor auxiliar para una mejora ambiental	2 Qumir Rapi

Fuente: Elaboración propia a partir de OEFA (2016).

Como se observa, en el año 2016, OEFA realizó el Primer Otorgamiento de Incentivos, otorgando únicamente los de tipo honoríficos; desde dicho

año, hasta la actualidad, no se han otorgado más. Esto ha sido confirmado por la misma OEFA, quien ante un requerimiento de información pública ab-

solvió nuestra solicitud señalando que, en los últimos tres (3) años –estos son, 2022, 2023 y 2024–, OEFA no ha aplicado incentivos¹.

Por el lado de OSITRAN, este también absolvió nuestra solicitud de acceso a la información pública señalando que a la fecha no se ha implementado el mecanismo de otorgamiento de incentivos no punitivos, por lo que, en los últimos tres años –estos son, 2022, 2023 y 2024– OSITRAN no ha aplicado ningún incentivo no punitivo².

Esta es pues la realidad de los incentivos en nuestro país, si bien OSITRAN y OEFA cuentan con regulación de incentivos, en la práctica esta no es aplicada, ya que no se otorgan incentivos. Ello implica que la regulación no está siendo efectiva.

Dicha situación pone en evidencia un problema subyacente en la implementación de los regímenes de incentivos. Ello se debe a que, en nuestra consideración, en gran medida, los funcionarios encargados de la aplicación de estos regímenes continúan privilegiando la imposición de sanciones como el método más efectivo para asegurar

el cumplimiento de la regulación. Esta perspectiva se basa en la creencia de que el castigo es una herramienta más poderosa para garantizar la obediencia. En efecto, los resultados de las sanciones impuestas por OSITRAN demuestran que se siguen utilizando estas como método para lograr el cumplimiento normativo. En los últimos tres años, del 2022 al 2024, OSITRAN ha impuesto la siguiente cantidad de sanciones que aumentan cada año (relegando los incentivos a un segundo plano), tal como se muestra a continuación:

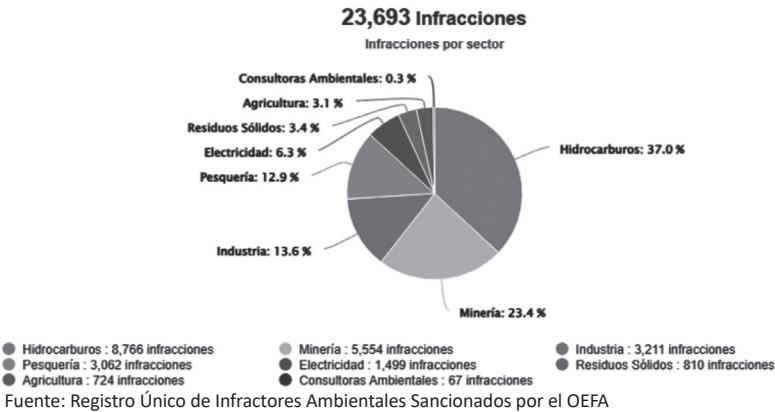
Tabla 3: Cantidad de sanciones y penalidades impuestas por OSITRAN del 2022 al 2024

Año	Sanciones y penalidades
2022	29 sanciones y 18 penalidades ³
2023	45 sanciones y 33 penalidades ⁴
2024	46 sanciones y 16 penalidades ⁵

Fuente: Elaboración propia a partir de OSITRAN (2025)

En la misma línea se encuentra OEFA, quien ha contabilizado más de 23 693 infracciones y ha impuesto más de 358 357 UIT en multas⁶:

Figura 3: Infracciones por subsector



¹ El 18 de febrero de 2025 se presentó una solicitud de acceso a la información pública y se abrió el Expediente No. 2025-E01-022969. La respuesta de OEFA a esta solicitud se notificó a través de la Carta 00793-2025-OEFA/RAI del 26 de febrero de 2025, en la que se señaló:

La Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos informó mediante correo electrónico institucional que, de la búsqueda de lo solicitado se advierte que, no se cuenta con resoluciones emitidas por la referida dirección de los años 2022, 2023 y 2024 en las que se hayan aplicado incentivos económicos. (OEFA, 2025)

² Se presentó una solicitud de acceso a la información pública ante OSITRAN y se abrió el Expediente 202500093-SAIP-OGD-GG-OSITRAN. La respuesta de OSITRAN a esta solicitud se notificó a través del Oficio 101-2025-OSITRAN de fecha 21 de febrero de 2025, en el que se señaló que “a la fecha no se ha implementado el mecanismo de otorgamiento de incentivos no punitivos, por lo que no se ha aplicado ninguno en el periodo solicitado”.

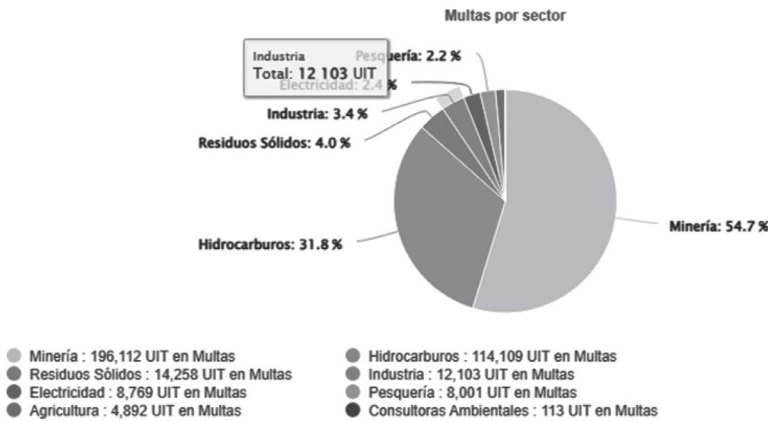
³ Véase a <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2022/08/sanciones-penalidades-aplicadas-i-trimestre-2022.pdf>, <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2022/08/sanciones-penalidades-aplicadas-ii-trimestre-2022.pdf>, <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2022/11/sanciones-penalidades-aplicadas-iii-trimestre-2022.pdf> y <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2023/02/sanciones-penalidades-aplicadas-iv-trimestre-2022.pdf>

⁴ Véase a <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2023/05/sanciones-penalidades-aplicadas-i-trimestre-2023.pdf>, <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2023/08/sanciones-penalidades-aplicadas-ii-trimestre-2023.pdf>, <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2023/11/sanciones-penalidades-aplicadas-iii-trimestre-2023.pdf> y <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2024/02/sanciones-penalidades-aplicadas-iv-trimestre-2023.pdf>

⁵ Véase a <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2024/05/sanciones-penalidades-aplicadas-i-trimestre-2024.pdf>, <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2024/08/sanciones-penalidades-aplicadas-ii-trimestre-2024.pdf>, <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2024/12/sanciones-penalidades-aplicadas-iii-trimestre-2024-1.pdf> y <https://www.ositran.gob.pe/antior/wp-content/uploads/2025/04/sanciones-penalidades-aplicadas-iv-trimestre-2024.pdf>

⁶ Véase a <https://publico.oefa.gob.pe/administrados-sancionados/#/>

Figura 4: Multas por subsector
358,357 UIT en Multas



Fuente: Registro Único de Infractores Ambientales Sancionados por el OEFA

Se advierte que, en el contexto peruano, se vuelve necesario cuestionar (ese es el objetivo del presente artículo) si se está logrando la finalidad de la intervención pública a través de estos regímenes. A pesar de la existencia teórica de ‘zanahorias’ –incentivos–, en la práctica predominan los ‘garrotes’ –sanciones– (Falla, 2009, p. 489).

La regulación responsiva, que busca fomentar la cooperación y el cumplimiento voluntario, parece no estar siendo efectivamente aplicada, siendo necesario que los que están encargados de su aplicación entiendan que es fundamental reconsiderar el enfoque del modelo de regulación ‘mandato-control’ y buscar un equilibrio adecuado entre sanciones e incentivos.

A pesar de que OSITRAN y OEFA tienen un régimen de incentivos, los resultados muestran que estos no se están aplicando y que, por otro lado, las sanciones impuestas a los regulados siguen aumentando, no observándose ninguna motivación de cumplimiento en las empresas infractoras.

No se trata de olvidar el régimen sancionador y únicamente privilegiar y aplicar el régimen de incentivos, sino que la clave radica en saber cuándo aplicar uno y cuándo aplicar el otro, en función de las circunstancias específicas y el comportamiento determinado de los regulados.

La regulación responsiva es un enfoque que no requiere elegir o hacer prevalecer el régimen sancionador sobre el régimen de incentivos o viceversa, sino que reconoce que los regulados adoptan diversos comportamientos de acuerdo a motivaciones que pueden generarse por un sinnúmero de factores, dentro de los que se encuentra el nivel de información que poseen, entre otros. Asimismo, depende de la respuesta de los regulados y del compromiso que demuestren que el regula-

dor tenga las herramientas que brinda la pirámide regulatoria para responder frente a ellos (Ayres & Braithwaite, 1992).

Resulta fundamental reconocer que ambos enfoques, sanciones e incentivos, tienen su lugar en la regulación y pueden coexistir para fomentar una cultura de cumplimiento y responsabilidad. De hecho, es importante ser conscientes de que el enfoque de la regulación se va a ver determinado por diversos motivos que, como bien lo ha señalado Falla, pueden ser el diseño institucional, la disponibilidad de recursos institucionales, las conductas supervisadas, el perfil de los regulados, el perfil de los afectados, el ambiente regulatorio y contexto político social, la formación profesional de los diversos funcionarios, el liderazgo institucional de la entidad, entre otras causas (2009).

Sobre el particular, Baldwin y Black acertadamente afirman que, para ser realmente responsivos, los reguladores tienen que responder no solo a las respuestas de cumplimiento de las empresas, sino también a sus actitudes; al entorno institucional más amplio del régimen regulador; a las diferentes lógicas de las herramientas y estrategias reguladoras; a la propia actuación del régimen; y, por último, a los cambios en cada uno de estos elementos (2008, p. 17).

En primer lugar, debemos entender que las sanciones son necesarias en situaciones donde hay una clara violación de las normativas, especialmente en casos de reincidencia o conductas que ponen en riesgo la seguridad pública y el medio ambiente. En ciertas ocasiones el incumplimiento del regulado ha generado un daño irreversible. Así, las sanciones actúan como un fuerte disuasivo y envían un mensaje claro de que el incumplimiento no será tolerado.

Por otro lado, los incentivos juegan un papel crucial en motivar a las empresas y otras entidades a adoptar prácticas sostenibles y responsables de manera proactiva. Estos incentivos no solo recompensan el cumplimiento y premian el sobrecumplimiento, sino que también pueden estimular la innovación y la mejora continua de los regulados.

La implementación efectiva de un equilibrio entre sanciones e incentivos puede ayudar a superar la desconfianza entre los reguladores y los regulados, razón por la cual es importante que los encargados de implementar estos regímenes estén capacitados y conscientes de la importancia de este balance, y que se establezcan mecanismos claros y transparentes para evaluar cuándo y cómo aplicar cada enfoque.

Como lo señala la doctrina especializada, la regulación responsiva no implica la eliminación por completo del modelo de ‘mandato-control’, sino que sugiere la búsqueda de un enfoque regulatorio en el que se pueda equilibrar el castigo y la persuasión, así como utilizar incentivos para lograr que los regulados tengan mayor autonomía y se motiven a cumplir con los objetivos regulatorios (Charlita de Freitas *et al.*, 2024, p. 5).

De esta manera, se podrá crear un entorno regulador más justo y eficiente, que fomente la cooperación y el cumplimiento normativo de manera sostenible. Así, el régimen de incentivos será efectivo y aplicado adecuadamente, evitando el tan conocido fracaso de la regulación.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que el análisis de la potestad sancionadora de la administración debe ser repensada desde la perspectiva de la promoción del cumplimiento. De este modo, es importante no separarla de la actividad de fiscalización y de los incentivos positivos de cumplimiento, la misma que es otra estrategia dirigida a fomentar la interiorización voluntaria de los deberes administrativos. Esa línea también se encuentra respaldada por la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y cuenta con elementos positivos regulados en el propio Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La regulación de los organismos administrativos analizados acoge tímidamente algunos aspectos de la promoción de cumplimiento desde la vertiente positiva o de fomento. Pese a que se acoge de manera tenue este enfoque, verificamos que en la práctica no son empleadas sostenidamente por las mismas entidades que las regulan, enfocándose en una visión mayoritaria –casi absolutamente–

punitiva para buscar el cumplimiento de los regulados. Dicha situación nos permite afirmar que en estas entidades existe una visión intensamente sancionadora mientras que el enfoque responsivo que sus normas anuncian cumple un rol más bien semántico en su práctica. ■

CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

Los autores declaran que no han recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

Los autores manifiestan que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Aguilar, O. (2020). Regulación y sanciones administrativas: con especial referencia a la materia ambiental. En López P. & Comitre P. (Eds.), *Innovación en la regulación de servicios, contratación pública, unidad de mercado e infracciones ambientales. Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación* (Tomo 2, pp. 191-208). Palestra.
- Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford University Press.
- Baldwin, R., & Black, J. (2008). Really Responsive Regulation. *Modern Law Review*, 71(1). <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>
- Charlita de Freitas, L., Iório Aranha, M., Coimbra de Oliveira, A., & Neves Moura Filho, R. (2024). La instrumentalización de la regulación responsiva y su eficiencia relativa: experiencias de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones de Brasil. *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, (4), 1-26. <https://revistalata-digital/article/issue-04-06/?pdf=4062>
- Del Guayo, Í. (2017). *Regulación*. Marcial Pons.
- Falla, A. (2009). ¿Zanahoria o garrote: ¿de qué depende? De los estilos de *enforcement* de la regulación. En Maraví, M. (Comp.) *Sobre La Ley del Procedimiento Administrativo General*.

Libro homenaje a José Bustamante Belaunde. Apuntes de Derecho y Economía (pp. 489-526). Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Huapaya, R., & Alejos, O. (2020, junio 17). Sobre la necesidad de usar menos garrotes y más zanahorias: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional. *Enfoque Derecho*. <https://enfoquederecho.com/sobre-la-necesidad-de-usar-menos-garrotes-y-mas-zanahorias-a-proposito-de-una-reciente-sentencia-del-tribunal-constitucional/>

Hutter, B. (1997). *Compliance: Regulation and environment*. Clarendon Press.

Montero, J. (2020). *Regulación económica: La actividad administrativa de regulación de los mercados* (4ta ed.). Tirant lo Blanch.

(1996). Titularidad privada de los servicios de interés general: Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, (92), 567-591.

Moreno, L. (2019). *La tríada regulatoria en América Latina*. Universidad Externado de Colombia.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2019). *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones*. <https://doi.org/10.1787/0fe43505-es>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2020). *Cumplimiento regulatorio y fiscalizaciones en el sector ambiental de Perú*. <https://doi.org/10.1787/5ea49c0b-es>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental [OEFA] (2016). *Otorgamiento de Incentivos del OEFA*. <https://sinia.minam.gob.pe/sites/default/files/sial-sialtrujillo/archivos/public/docs/oefa.pdf>

Parodi, C. (1997). El Estado regulador en el Perú. *Apuntes. Revista de Ciencias Sociales*, (40), 51-60. <https://doi.org/10.21678/apuntes.40.454>

Soto, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: Un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 189-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>

Tornos, J. (2000). La actividad de regulación. En Sosa, F. (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, (pp. 1329-1342). Tirant lo Blanch.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de junio de 2018, Casación 4165-2017-Lima (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de mayo de 2020, sentencia recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (Perú).

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), 25 de noviembre de 2024, Resolución 040-2014-OEFA-CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), 13 de febrero de 2016, Resolución 002-2016-OEFA-CD (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), 4 de abril de 2018, Resolución 009-2018-CD-OSITRAN (Perú).

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), 5 de abril de 2019, Resolución de Gerencia General 044-2019-GG-OSITRAN (Perú).

TUTELA ADMINISTRATIVA SIN EJECUCIÓN: LÍMITES Y DESAFÍOS EN LA REGULACIÓN DE LA SOLUCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS ANTE ORGANISMOS REGULADORES EN PERÚ

ADMINISTRATIVE PROTECTION WITHOUT ENFORCEMENT: LIMITS AND CHALLENGES IN THE REGULATION OF USER COMPLAINT RESOLUTION BY REGULATORY AGENCIES IN PERU

Leonardo Barco Hidalgo*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The article analyzes the user complaint procedure in regulated sectors, highlighting its importance in the economy and the protection of consumer rights. It examines the dispute resolution function recognized for regulatory agencies, as well as the general regulatory framework applicable to Osiptel, Osinergrmin, Sunass, and Sutran, in order to understand its legal-administrative nature.

Based on this, key issues are discussed, such as the trilateral configuration of the procedure, the debate on whether concessionary companies can be considered part of the Public Administration when resolving complaints, and the limitations in the enforceability of issued decisions. This analysis provides a basis for reflecting on the regulatory and procedural challenges in ensuring effective protection of users' rights in public services.

KEYWORDS: *User claims; regulatory agency; trilateral procedure; public services; administrative enforceability.*

El artículo analiza el procedimiento de reclamos de usuarios en los sectores regulados, abordando su importancia en la economía y en la protección de los derechos de los consumidores. Se desarrolla la función de solución de reclamos reconocida a los organismos reguladores, así como el marco normativo general aplicable en Osiptel, Osinergrmin, Sunass y Sutran, con el fin de comprender su naturaleza jurídico-administrativa.

A partir de ello, se examinan cuestiones clave como la configuración trilateral del procedimiento, la discusión sobre si las empresas concesionarias pueden considerarse parte de la administración pública al resolver reclamos y las limitaciones en la ejecutoriedad de las resoluciones emitidas. Este análisis permite reflexionar sobre los desafíos normativos y procedimentales en la tutela efectiva de los derechos de los usuarios de servicios públicos.

PALABRAS CLAVE: *Reclamos de usuarios; organismo regulador; procedimiento trilateral; servicios públicos; ejecutoriedad administrativa.*

* Abogado. Miembro asociado extraordinario de la Asociación Civil Ius Et Veritas. Egresado del XXI Programa de Extensión Universitaria de OSINERGMIN, especializado en Derecho de la Energía y Minería. Adjunto de docencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Se desempeña como asesor legal externo en EsSalud y PromPerú. Código ORCID: 0000-0002-2958-9416. Contacto: leonardobarco29@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 17 de marzo de 2025, y aceptado por el mismo el 28 de abril de 2025.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de un Estado Social de Derecho como el peruano, la protección de los derechos sociales constituye uno de sus pilares fundamentales. Entre estos derechos, la prestación de servicios públicos ocupa un lugar central, pues garantiza el acceso a bienes y servicios esenciales para el ejercicio de derechos fundamentales y una vida digna. Debido a su impacto en la sociedad, el Estado tiene la responsabilidad de regular su prestación, asegurando que se respeten principios como la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad. Para cumplir con este objetivo, se han creado organismos reguladores especializados, cuya función principal es supervisar el cumplimiento de estos principios y garantizar que los servicios públicos sean prestados con eficiencia, calidad y equidad. Dentro de las competencias de estos organismos, una de las funciones más relevantes es la solución de reclamos de los usuarios, la misma que permite canalizar y atender las controversias que surjan en la prestación de un servicio, asegurando la tutela efectiva de los derechos de los consumidores.

No obstante, a pesar de su importancia, la función de solución de reclamos ha sido históricamente subestimada en el ámbito doctrinario. La producción científica sobre la calidad del servicio en la atención de reclamos en instituciones públicas ha sido limitada, con picos en 2017 y 2020, años en los que se registraron diez publicaciones en Scopus, de las cuales solo cuatro corresponden al Perú (Culqui *et al.*, 2021, pp. 12 848-12 849). A menudo, se percibe a esta función como una labor administrativa de menor relevancia dentro del conjunto de competencias de los organismos reguladores, la cual, en realidad, presenta una complejidad jurídica equiparable a otras funciones como la regulación tarifaria o la supervisión.

En este sentido, resulta necesario profundizar en el análisis del procedimiento de reclamos de usuarios, identificando sus características distintivas y su impacto en el marco normativo vigente. Por ello, el presente artículo tiene como objetivo aportar al debate sobre la naturaleza jurídico-administrativa de este procedimiento, analizando su estructura y funcionamiento desde una perspectiva del derecho administrativo. Para ello, se examina el desarrollo normativo del procedimiento en los cuatro organismos reguladores nacionales: Osipel, Osinergmin, Ositran y Sunass. Con este marco, se abordan temas clave como la estructura trilateral del procedimiento, la naturaleza de las resoluciones emitidas en este contexto y el rol que desempeñan las empresas concesionarias. Asimismo, se discute un aspecto poco explorado

en la doctrina: la ejecutoriedad de las resoluciones de reclamos y las alternativas que los organismos reguladores han implementado para enfrentar las deficiencias normativas que afectan su potestad de autotutela como entidades de la administración pública. Finalmente, se recurre a la revisión y análisis de diversa doctrina, con el fin de establecer conceptos clave sobre el procedimiento de reclamos de usuarios.

II. LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL PERÚ

Para comprender el funcionamiento de los organismos reguladores, es imprescindible partir del derecho administrativo, rama que regula la organización y actuación de las entidades estatales dentro de un marco normativo y conceptual en constante evolución. En este contexto, resulta fundamental considerar el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, fenómeno que surge con la incorporación del principio de legalidad en una etapa en la que la ley era la principal fuente del derecho, mientras que la Constitución se percibía como una norma meramente declarativa y sin fuerza vinculante. Como señala Landa (2016, p. 202), la centralidad del principio de dignidad de la persona humana propició una nueva comprensión de los derechos fundamentales, consolidando a la Constitución como norma suprema, lo que transformó también los fundamentos del derecho administrativo.

Así, el análisis de los organismos reguladores en el Perú exige considerar su doble rol: promover el desarrollo económico y proteger los derechos ciudadanos. Desde esta perspectiva, la regulación de los servicios públicos se configura como una manifestación del poder de policía del Estado, mediante el cual, en ejercicio de su *ius imperium*, dicta normas y actos obligatorios orientados a garantizar el acceso a servicios esenciales y la tutela efectiva de los derechos fundamentales (Aróstegui, 2012, p. 188).

Otiniano sostiene que, desde una perspectiva económica, la regulación estatal contribuye a la estabilidad del mercado mediante normas, impuestos y subsidios que promueven el desarrollo sostenible sin intervenir directamente en la economía (2012, p. 135). En América Latina, y particularmente en el Perú, la regulación busca optimizar la gestión de los servicios públicos mediante políticas que fomentan la inversión, regulan la infraestructura y promueven la competencia (Otiniano, 2012, p. 136). Este enfoque resalta el papel de la regulación como un mecanismo de equilibrio entre la intervención estatal y la autonomía del mercado. No obstante, su efectividad depende de factores como la calidad institucional, la capacidad técnica

de los reguladores y la transparencia en la toma de decisiones. En contextos donde existen deficiencias en estos aspectos, la regulación puede volverse ineficaz o, en el peor de los casos, generar distorsiones que afecten la competencia y la prestación de servicios públicos.

En esta línea, los organismos reguladores establecen las condiciones para la prestación de servicios públicos, asegurando su accesibilidad y calidad en concordancia con el interés general. Cordero señala que los servicios públicos comprenden actividades desarrolladas de manera uniforme y continua para atender las necesidades esenciales de la comunidad (2011, p. 690). Su importancia radica en que constituyen un eje fundamental de la administración pública, debido a que su adecuada prestación no solo garantiza el bienestar social, sino que también refleja la eficiencia de la gestión estatal en respuesta a las demandas ciudadanas. No obstante, dado que muchas de estas actividades son gestionadas por operadores privados, el Estado, a través de los organismos reguladores, supervisa su adecuado funcionamiento para garantizar que se cumplan los principios de calidad, continuidad y equidad en la prestación de estos servicios.

El marco jurídico de los organismos reguladores en el Perú está establecido en la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (2000). Esta norma no solo reconoce su existencia, sino que también garantiza su autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, con el objetivo de fortalecer su independencia y capacidad de decisión. Asimismo, establece las principales funciones de estos organismos:

- (i) Supervisión
- (ii) Regulación
- (iii) Normativa
- (iv) Fiscalización y sanción
- (v) Solución de controversias
- (vi) Solución de reclamos de usuarios

La Ley 27332 define diversas funciones de los organismos reguladores, de las cuales se abordarán algunas a continuación. La función supervisora implica la facultad de verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como de cualquier mandato o resolución emitida por el regulador u otras obligaciones a su cargo. La función de regulación, por su parte, comprende la fijación de tarifas de los servicios bajo su ámbito.

Asimismo, la función normativa abarca la facultad de emitir reglamentos y normas dentro de sus

competencias, regular los procedimientos a su cargo, dictar disposiciones generales y particulares dirigidas a las entidades o actividades supervisadas y sus usuarios, así como tipificar infracciones. Sin embargo, en contraste con estas funciones, la función de solución de reclamos de los usuarios no recibe un desarrollo detallado en la Ley 27332, sino que se limita a ser reconocida como una atribución de los organismos reguladores.

De igual forma, la Ley 27332 delimita el ámbito de competencia de los cuatro organismos reguladores oficiales:

- (i) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel)
- (ii) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin)
- (iii) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran)
- (iv) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass)

Además de su función reguladora, estas entidades gestionan los reclamos de usuarios en sus respectivos sectores. Aunque se rigen por las disposiciones generales del procedimiento administrativo, la singularidad del procedimiento de reclamos ha generado un debate sobre su naturaleza jurídica, aún sin consenso.

En términos institucionales, los organismos reguladores cuentan con un régimen de autonomía diseñado para garantizar decisiones técnicas fundamentadas, independientes del poder político y de los intereses privados o de los usuarios (Morón, 2011, p. 245). Esta autonomía busca fortalecer la imparcialidad y eficacia de la regulación en beneficio del interés público.

En este contexto, los organismos reguladores operan dentro del marco normativo vigente para cada servicio público, el cual no solo comprende la legislación aplicable, sino también las disposiciones derivadas de los contratos de concesión suscritos entre el Estado peruano y los operadores, que regulan el acceso y prestación de servicios públicos, como el de telecomunicaciones (Zegarra, 2008, p. 133). Esta estructura normativa influye directamente en la función de solución de reclamos de los usuarios, dado que los organismos reguladores deben evaluar no solo el cumplimiento de la legislación general, sino también las obligaciones específicas establecidas en los contratos de concesión. En este sentido, el procedimiento de reclamos no solo protege los derechos de los usuarios frente a deficiencias en la prestación del servicio, sino

que también contribuye a la supervisión y fiscalización del cumplimiento contractual por parte de los operadores. No obstante, la efectividad de esta función depende de la claridad y coherencia de las normas aplicables, así como de la capacidad de los organismos reguladores para hacerlas cumplir de manera eficiente.

Dado su relevancia dentro del marco regulatorio, resulta fundamental analizar con mayor profundidad la función de solución de reclamos, su alcance e impacto en la protección de los derechos de los usuarios.

III. LA FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS

Los organismos reguladores desempeñan la función de solución de reclamos de los usuarios en relación con los servicios que supervisan, una actividad presente desde su creación. Además, ejercen la función de solución de controversias. No obstante, aunque ambas pueden implicar conflictos entre usuarios y empresas concesionarias, el legislador las ha regulado de manera diferenciada. Por ello, es fundamental distinguirlas para lograr una definición más precisa de la función de solución de reclamos de los usuarios.

La Ley 27332 establece que la solución de controversias tiene como finalidad conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas reguladas, entre estas y sus usuarios, o resolver conflictos reconociendo o desestimando derechos invocados. Su propósito es armonizar los intereses de los prestadores con los de los usuarios, en consonancia con el interés público en la prestación del servicio (Danós, 2010, p. 77). Cada organismo regulador delimita los asuntos a resolver en primera y segunda instancia dentro de un procedimiento trilateral.

En contraste, ni la Ley 27332 ni su reglamento definen con precisión la función de solución de reclamos de usuarios. No obstante, se distingue de la solución de controversias en que, por lo general, un reclamo se inicia cuando un usuario presenta el mismo ante la empresa prestadora, la cual resuelve en primera instancia. En segunda instancia, el organismo regulador interviene estableciendo las reglas del procedimiento y resolviendo el reclamo, lo que podría afectar los derechos de los usuarios, como también podría no hacerlo.

La solución de reclamos garantiza que los usuarios afectados por empresas prestadoras puedan

acudir a una instancia administrativa especializada dentro de un procedimiento con plazos e instancias definidas. Estos reclamos suelen referirse a disputas sobre importes facturados, calidad del servicio, suspensiones o cortes injustificados, entre otros (Danós, 2010, pp. 86-87). Este mecanismo no solo brinda a los usuarios un canal formal para hacer valer sus derechos, sino que también contribuye a la transparencia y eficiencia del mercado, al incentivar a las empresas prestadoras a mejorar la calidad de sus servicios y corregir deficiencias. Sin embargo, su efectividad depende de la accesibilidad del procedimiento, la capacidad resolutoria de los organismos reguladores y la confianza de los usuarios en el sistema.

Por su parte, la función sancionadora de los organismos reguladores, establecida en la Ley 27332, les otorga la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por incumplimiento de normas legales, técnicas o contractuales. A diferencia del procedimiento de reclamos, cuyo objetivo es resolver una controversia sin que ello implique necesariamente una consecuencia adversa, el procedimiento sancionador busca determinar la existencia de una infracción y, de ser el caso, imponer una sanción. Morón lo define como un conjunto de acciones secuenciales destinadas a aplicar una sanción administrativa (2023, p. 402). En esta línea, Soto señala que una situación que no derive de una infracción, aun cuando perjudique a un administrado, no constituye una sanción (2016, p. 192), lo que refuerza la distinción entre ambos procedimientos. Así, la función sancionadora se caracteriza por su facultad coercitiva, la cual debe ser suficientemente disuasiva para garantizar el cumplimiento de las disposiciones administrativas (Martín-Re tortillo, 1989, p. 18).

Cada organismo regulador ha desarrollado su propia normativa para el procedimiento de reclamos de usuarios, asegurando el respeto a los principios establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General¹ (en adelante, TUO de la LPAG), aspecto que se abordará más adelante. Si bien esta autonomía normativa permite adecuar los procedimientos a las particularidades de cada sector, también puede generar diferencias que afecten principios del procedimiento administrativo, como el debido procedimiento y la celeridad. Esto podría traducirse en variaciones en la eficacia de los procedimientos de reclamos entre distintos organismos reguladores, por ejemplo, en los plazos para resolver las controversias.

¹ Aprobado por Decreto Supremo 004-2010-JUS del 25 de enero de 2019.

En relación con los usuarios, Moscol sostiene que la doctrina los define como los destinatarios del servicio, quienes pagan un monto al operador por su prestación. En el marco normativo peruano, los usuarios de servicios públicos gozan de derechos subjetivos debido a la naturaleza de estos servicios (2011, pp. 374-375). Asimismo, el autor señala que el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido, en diversas sentencias, la relación entre los organismos reguladores y los usuarios, enfatizando el deber del Estado de garantizar la adecuada prestación del servicio y proteger los intereses de los consumidores, quienes constituyen el eje central de toda actividad económica (Moscol, 2011, p. 377). Este reconocimiento jurídico subraya la importancia de la función de solución de reclamos como un mecanismo esencial para materializar la protección de los usuarios.

En definitiva, la función de solución de reclamos de usuarios es fundamental para proteger sus derechos e intereses, especialmente considerando su posición de desventaja frente a las empresas concesionarias. A diferencia de la solución de controversias, que busca conciliar intereses contrapuestos en el procedimiento de reclamos el organismo regulador actúa en segunda instancia como ente resolutor. Asimismo, se diferencia de la función sancionadora, cuyo propósito es determinar la existencia de infracciones y aplicar sanciones cuando corresponda. Esta diferenciación resulta esencial para comprender el rol de los organismos reguladores en la supervisión y regulación de los servicios públicos.

IV. NATURALEZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMOS DE USUARIOS

A. Marco normativo general

Los organismos reguladores tienen la potestad de regular el procedimiento de reclamos de usuarios en ejercicio de su función de solución de reclamos, garantizando un marco normativo claro y predecible. Esta facultad se materializa a través de la emisión de resoluciones, directivas y otros documentos internos que establecen las reglas aplicables en cada etapa del procedimiento.

El Consejo Directivo como órgano de máxima jerarquía en los organismos reguladores, desempeña un papel clave en este proceso, ya que sus decisiones se formalizan mediante resoluciones. En el caso de Osinergmin, por ejemplo, las resoluciones del Consejo Directivo son los instrumentos a través de los cuales se regulan aspectos fundamentales del procedimiento de reclamos. Al igual que los jueces comunican sus decisiones median-

te autos, decretos o sentencias, los órganos administrativos lo hacen mediante resoluciones (Del Risco, 2023, p. 62).

En este sentido, los organismos reguladores determinan el desarrollo del procedimiento de reclamos en sus distintas instancias, regulando tanto la fase inicial a cargo de la empresa concesionaria como las reglas aplicables en la apelación, donde intervienen como entes resolutores dentro de un procedimiento trilateral. De esta manera, la función de solución de reclamos se ejerce de forma efectiva, asegurando la protección de los derechos de los usuarios dentro de un marco normativo estructurado.

En esa misma línea, el procedimiento de reclamos de usuarios también se encuentra regulado en el TUO de la LPAG, el cual no impone un marco rígido, sino que sirve como base para que cada organismo regulador desarrolle su propia normativa. En este sentido, si bien los reguladores tienen la potestad de establecer las reglas específicas del procedimiento, deben hacerlo respetando las garantías mínimas y los principios previstos en el TUO de la LPAG, asegurando así el debido procedimiento y la protección de los derechos de los usuarios.

Antes de abordar en profundidad la naturaleza jurídico-administrativa del procedimiento de reclamos de usuarios, es necesario analizar cómo cada organismo regulador ha desarrollado su normativa específica sobre este procedimiento.

1. Osiptel

Osiptel es el organismo regulador responsable de supervisar el comportamiento de las empresas operadoras, regular sus relaciones entre sí, garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado a los usuarios y velar por el equilibrio en la fijación de tarifas (Zegarra, 2018, p. 31).

El procedimiento de reclamos en el sector de telecomunicaciones se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado del Reglamento para la Atención de Gestiones y Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 099-2022-CD/OSIPTEL (en adelante, el TUO de Reclamos). Esta norma establece las disposiciones aplicables para la atención de reclamos de los usuarios frente a las empresas operadoras, asegurando un marco regulatorio que garantice la protección de sus derechos.

Según el TUO de Reclamos, el procedimiento inicia con la presentación de un reclamo ante la empresa operadora, que debe resolverlo en primera instan-

cia emitiendo una decisión que lo resuelva motivadamente. La norma detalla los requisitos para la presentación del reclamo y las materias sobre las cuales se puede reclamar como, por ejemplo, facturación, calidad del servicio, interrupciones y suspensión del servicio, entre otros.

En caso de que el usuario no esté conforme con la decisión de la empresa operadora, puede interponer un recurso de apelación, el cual será resuelto por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios del Osiptel. En esta segunda instancia administrativa, Osiptel actúa como un ente resolutor imparcial, diferenciándose de las partes en disputa.

2. Osinerghmin

Osinerghmin es un organismo regulador encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas aplicables a las actividades desarrolladas por las empresas en los sectores de electricidad, hidrocarburos y minería (Tejada, 2022, p. 46).

El procedimiento de reclamos en Osinerghmin se encuentra regulado por la Directiva Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural, aprobada mediante la Resolución de Consejo Directivo 269-2014-OS-CD (en adelante, la Directiva). Esta norma establece las reglas aplicables tanto para el sector eléctrico como para el de gas natural, garantizando un marco claro para la atención de reclamos de los usuarios.

De acuerdo con la Directiva, el procedimiento de reclamos se inicia con la presentación de una pretensión por parte del usuario ante la empresa concesionaria o directamente ante Osinerghmin. En primera instancia, la empresa concesionaria es responsable de evaluar y resolver el reclamo, emitiendo una resolución que puede declararlo fundado, fundado en parte o infundado. La norma también establece los requisitos para presentar reclamos y detalla las materias sobre las cuales se puede reclamar, como recuperación de consumo de energía, cobros indebidos, corte del servicio y reembolso de contribuciones o aportes, entre otros.

En caso de disconformidad con la decisión de la primera instancia, el usuario puede interponer un recurso de apelación, el cual será resuelto por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (en adelante, JARU) de Osinerghmin. En esta segunda instancia administrativa, Osinerghmin interviene como un ente resolutor imparcial, diferenciándose así de las partes en disputa.

3. Ositran

Ositran tiene la misión de regular los mercados en los que operan las entidades que explotan la infraestructura de transporte de uso público, supervisar el cumplimiento e interpretación de los contratos de concesión y velar, de manera imparcial y objetiva, por los intereses del Estado, los inversionistas y los usuarios (Tassano & Malca, 2011, p. 312).

El procedimiento de reclamos de los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público se encuentra regulado en el Reglamento para la Solución de Controversias y Atención de Reclamos del Ositran, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 019-2011-CD-OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos). Esta norma establece el marco para la tramitación de los reclamos presentados por los usuarios que hacen uso de aeropuertos, carreteras, puertos y ferrocarriles concesionados.

A diferencia de otros sectores regulados, el procedimiento de reclamos en Ositran presenta particularidades debido a la naturaleza de los servicios involucrados. En primera instancia, el usuario presenta su reclamo ante la entidad prestadora del servicio, como el concesionario de un aeropuerto o una carretera, quien debe emitir una respuesta dentro del plazo establecido en la normativa. Si el usuario no está conforme con la decisión, puede interponer un recurso de apelación, el cual será resuelto por Ositran a través del Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) que actúa como segunda y última instancia administrativa.

Una diferencia importante respecto a otros organismos reguladores es que en Ositran el procedimiento de reclamos no solo involucra a concesionarios de servicios públicos en el sentido tradicional, sino también a operadores de infraestructura que no necesariamente brindan un servicio de suministro continuo a los usuarios, como ocurre en el sector eléctrico o de telecomunicaciones. Además, el Reglamento de Reclamos establece disposiciones específicas sobre las materias reclamables, que incluyen cobros indebidos por el uso de infraestructura, deficiencias en la prestación del servicio y barreras en el acceso a la infraestructura concesionada.

Es importante señalar que, en el caso de Ositran, las entidades prestadoras contaban con la facultad de elaborar su propio Reglamento de Atención de Reclamos de Usuarios, sujeto a la aprobación del organismo regulador. Mientras dicho reglamento no fuera aprobado, se aplicaba el Reglamento de

Reclamos vigente. Sin embargo, el 30 de marzo de 2025 se publicó –y entró en vigencia al día siguiente– la Resolución de Presidencia 0040-2025-PD-OSITRAN, mediante la cual se dejaron sin efecto los reglamentos de atención de reclamos de las entidades prestadoras aprobados por Ositran, a fin de adecuar el procedimiento de reclamos a lo establecido en el TUO de la LPAG.

4. Sunass

Sunass es la entidad pública responsable de garantizar la calidad en la prestación de los servicios de saneamiento. A diferencia de otros servicios públicos domiciliarios, este sector no ha experimentado un proceso de incentivo a la inversión privada, lo que explica que su regulación esté a cargo de una superintendencia en lugar de un organismo supervisor de la inversión privada (Cairampoma & Villegas, 2019, pp. 21-22).

El procedimiento de reclamos de los usuarios de los servicios de saneamiento está regulado en el Texto Único Ordenado del Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 015-2023-SUNASS-CD (en adelante, el TUO de Servicios de Saneamiento). Este marco normativo establece las reglas para la presentación, tramitación y resolución de los reclamos de los usuarios frente a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (en adelante, EPS), que incluyen servicios de agua potable y alcantarillado.

El procedimiento inicia con la presentación del reclamo ante la EPS, la cual debe emitir una resolución en primera instancia dentro del plazo establecido. Si el usuario no está conforme con la decisión, puede interponer un recurso de apelación que será resuelto por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento (en adelante, TRASS) de Sunass, actuando como segunda y última instancia administrativa.

Una particularidad del procedimiento de reclamos en Sunass es que diferencia entre reclamos operacionales, reclamos comerciales relativos a la facturación y reclamos comerciales no relativos a la facturación, lo que permite una gestión más precisa de cada caso. Asimismo, distingue entre reclamos y problemas, reconociendo que no toda incidencia reportada por un usuario constituye un reclamo formal. Del mismo modo, el reglamento contempla mecanismos específicos para la solución de controversias relacionadas con la facturación del servicio, deficiencias en la calidad del agua, suspensión injustificada del suministro, entre otros aspectos vinculados a los derechos

de los usuarios. Además, se establece la obligatoriedad de que las EPS informen periódicamente sobre la gestión de los reclamos, lo que permite a Sunass ejercer un control más riguroso sobre la atención brindada.

B. Naturaleza trilateral del procedimiento

El procedimiento de reclamos se inscribe dentro del derecho administrativo, por lo que posee una naturaleza administrativa. Para determinar su tipología, es necesario acudir a la normativa nacional, en particular al TUO de la LPAG.

Según el artículo 20 de dicha norma, los procedimientos administrativos comprenden un conjunto de acciones y diligencias realizadas en las entidades con el fin de emitir un acto administrativo que genere efectos jurídicos individuales o individualizables sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados. En ese sentido, el procedimiento de reclamos busca precisamente la emisión de un acto administrativo con repercusiones jurídicas para el reclamante o el reclamado.

Igualmente, el TUO de la LPAG regula los procedimientos administrativos trilaterales, definidos en su artículo 229 como aquellos de naturaleza contenciosa seguidos entre dos o más administrados ante una entidad pública. La noción de ‘trilateralidad’ implica la intervención de tres partes: el reclamante, el reclamado y la entidad pública que adopta la decisión.

A diferencia de los procedimientos lineales, donde la autoridad administrativa persigue un interés público en relación con la situación del administrado, en los procedimientos trilaterales actúa como un ente equilibrado entre las partes en conflicto (Morón, 2023, p. 297). En este marco, la entidad responsable de la instrucción y resolución del procedimiento debe mantener una actitud imparcial, en consonancia con la naturaleza de los derechos sometidos a su decisión (Martin, 2001, p. 229).

No obstante, los organismos reguladores nacionales (Osiptel, Osinergmin, Ositran y Sunass) han estructurado el procedimiento de reclamos de usuarios en dos instancias. En la segunda instancia, se configura un procedimiento trilateral conforme al TUO de la LPAG, con la participación del reclamante, el reclamado y la entidad pública (el organismo regulador). Sin embargo, en la primera instancia, la dinámica es distinta: el usuario actúa como reclamante y la empresa concesionaria del servicio público como reclamado, pero esta última también funge como autoridad decisoria. Es decir, la empresa concesionaria asume simultáneamente

el rol de parte y ‘juez’, lo mismo que desvirtúa la estructura trilateral del procedimiento al reducirlo a dos partes en lugar de tres.

Entonces, la naturaleza del procedimiento de reclamos de usuarios plantea una cuestión central: ¿se trata de un procedimiento administrativo lineal en primera instancia que adquiere carácter trilateral en sede de apelación?

Si bien el TUO de la LPAG regula el procedimiento de reclamos como trilateral, es importante considerar que esta norma establece garantías mínimas en materia procedimental, más que imponer un esquema rígido. En este sentido, el artículo 230 del TUO de la LPAG permite que los procedimientos trilaterales sean desarrollados mediante normas especiales. Según Morón (2023, p. 303), la normativa especializada, promulgada a través de disposiciones con rango de ley, prevalece sobre la regulación general, siempre que respete los principios y garantías fundamentales. Por ello, cualquier regulación diferenciada debe contar con sustento legal que garantice la subordinación de los organismos administrativos al marco normativo general. Aunque los organismos reguladores emitan disposiciones específicas para regular un procedimiento trilateral, estas no pueden contradecir lo establecido en el TUO de la LPAG.

En esa línea, el procedimiento de reclamos de usuarios ha sido normado individualmente por cada organismo regulador, respetando las garantías mínimas del TUO de la LPAG. En la práctica, existe un consenso regulatorio en el que la primera instancia recae en la empresa prestadora del servicio público que resuelve el reclamo inicial; mientras que la segunda instancia, a cargo del organismo regulador, revisa y decide en caso de apelación.

Bajo este esquema, el procedimiento de reclamos de usuarios inicia en primera instancia con una configuración bilateral, dado que la empresa prestadora actúa simultáneamente como parte y entidad decisoria. Sin embargo, al interponerse una apelación, el procedimiento adquiere una estructura trilateral, incorporando al organismo regulador como ente imparcial. En este punto, resulta pertinente la noción de ‘procedimiento trilateral híbrido’ desarrollada por Guzmán, según la cual un procedimiento puede comenzar con una estructura bilateral o concurrencial y, ante determinadas circunstancias, incorporar una tercera posición procedimental que lo trilateraliza (2020, p. 382). Este fenómeno suele producirse como consecuencia de una apelación, en la que el número de partes se amplía y la autoridad decisoria se desplaza a un órgano distinto.

C. Las empresas concesionarias como entidades públicas

Un aspecto relevante en la discusión sobre la naturaleza trilateral del procedimiento de reclamos es la naturaleza jurídica de las empresas concesionarias de servicios públicos. Esta cuestión surge debido a que, en primera instancia, la empresa concesionaria actúa como entidad decisoria, emitiendo una resolución que constituye un acto administrativo. En este sentido, resulta pertinente preguntarse si las empresas concesionarias pueden ser consideradas entidades públicas con facultad para emitir actos administrativos.

Para responder a esta interrogante, es necesario remitirnos al artículo I, inciso 8, del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual define como ‘entidades’ de la administración pública a “las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia” (2010). De ello se desprende que las empresas concesionarias pueden ser consideradas entidades de la administración pública en la medida en que ejerzan función administrativa.

En este punto, resulta fundamental precisar qué se entiende por función administrativa. Según Salazar, esta representa una manifestación del poder orientada a materializar objetivos programáticos y valores mediante decisiones y acciones que contribuyen al interés público, principalmente a través de actos administrativos o, como él los denomina, ‘declaraciones con efectos individuales’ (2021, p. 92). En este sentido, dado que en el procedimiento de reclamos de usuarios las empresas concesionarias asumen un rol decisorio y resuelven controversias dentro de un servicio público regulado, emitiendo resoluciones que, al volverse definitivas, adquieren la condición de actos administrativos, puede afirmarse que ejercen función administrativa y, en consecuencia, asumen la naturaleza de entidades públicas durante el procedimiento.

No obstante, autores como Martín sostienen que las personas jurídicas de derecho privado no pueden ejercer función administrativa, debido a que esta es una potestad exclusiva del Estado (2012, p. 178). En consecuencia, argumenta que las empresas concesionarias no pueden emitir actos administrativos en la medida que no cumplen con requisitos esenciales de validez como la finalidad pública y el sometimiento a un procedimiento administrativo regular (Martín, 2012, p. 179). Desde esta perspectiva, la participación de las concesionarias en los procedimientos de reclamos respondería a una ‘ficción jurídica’, mediante la cual se

acepta de manera consensuada que estas entidades, pese a su naturaleza privada, asumen temporalmente un rol público con el fin de garantizar coherencia normativa y proteger los derechos de los usuarios.

En ese sentido, podría sostenerse que las empresas concesionarias adquieren carácter de entidad pública no solo por intervenir en el procedimiento de reclamos, sino porque dicho procedimiento se inserta en la prestación de un servicio público. Sin embargo, al tratarse de entidades privadas, su finalidad no es la protección del interés general, sino la obtención de lucro. Como señala Martín (2012, pp. 179-180), estas empresas, al operar en un mercado competitivo, persiguen un interés privado que prevalece sobre el interés público, el cual no forma parte ni debería formar parte de sus objetivos.

Si bien la tesis de la ficción jurídica es sólida desde un punto de vista teórico, su adopción implicaría desconocer lo dispuesto expresamente en el artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que reconoce la posibilidad de que una empresa concesionaria sea considerada entidad pública cuando ejerce función administrativa. En este sentido, aunque puedan cuestionarse ciertos aspectos relacionados con la validez de los actos administrativos emitidos por estas empresas, como la finalidad pública, debe precisarse que su rol como entidad pública se circunscribe exclusivamente al procedimiento de reclamos, dentro del cual sus decisiones deben perseguir una finalidad de interés general.

Por ello, la posición más consistente con el marco normativo es la expuesta por Cairampoma, quien sostiene que, solo en la primera instancia del procedimiento de reclamos, las empresas concesionarias bajo la supervisión de los organismos reguladores deben ser consideradas entidades públicas (2021, p. 147). Esta calificación, aunque excepcional, permite reconocer que las resoluciones que emiten en dicho contexto —y que quedan firmes por no haber sido apeladas— producen los mismos efectos que un acto administrativo común, es decir, son obligatorias y tienen fuerza jurídica. No obstante, cabe precisar que esta condición, de entidad pública, se limita estrictamente al procedimiento de reclamos, ya que en todas sus demás actuaciones rige el régimen jurídico propio de su naturaleza privada.

D. Ejecutoriedad de las resoluciones

Conforme al artículo 16 del TUO de la LPAG, una característica esencial de los actos administrativos es su ejecutoriedad, lo que implica su cumplimiento

to obligatorio. En caso de resistencia por parte de los administrados, la administración pública puede recurrir a mecanismos de ejecución forzosa.

Esta facultad se fundamenta en el principio de autotutela, reconocido tanto en el marco normativo como por el Tribunal Constitucional. En el fundamento 32 de la sentencia del Expediente 006-2006-PC/TC, se estableció que la potestad de hacer cumplir las leyes es una atribución constitucional asignada principalmente al Poder Ejecutivo, aunque sin excluir a otras instancias estatales (2007).

En este contexto, el TUO de la LPAG regula la ejecución forzosa en su artículo 205, inciso 1, señalando que solo procede respecto de obligaciones de dar, hacer o no hacer, siempre que beneficien directamente a la entidad. Asimismo, el artículo 207 identifica cuatro mecanismos de ejecución forzosa: ejecución coactiva, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

La multa coercitiva se presenta como un medio idóneo para exigir el cumplimiento de las resoluciones emitidas por los organismos reguladores a las empresas concesionarias. Sin embargo, Zegarra advierte que, en el caso de Osiptel, las decisiones que otorgan derechos a los usuarios carecen de mecanismos de ejecución forzosa en sede administrativa, aunque el regulador puede sancionar a las operadoras que incumplan tales resoluciones (2008, p. 148).

Es preciso diferenciar la multa coercitiva de una sanción administrativa. Como señala Zurita, la multa coercitiva no tiene un carácter punitivo, sino que busca hacer cumplir un mandato de la autoridad en ejercicio de la autotutela administrativa. Por ello, su imposición no excluye la aplicación de una sanción (2023, p. 11).

Ahora bien, en el marco del TUO de la LPAG, las resoluciones definitivas emitidas en los procedimientos de reclamo no benefician directamente a la entidad pública, sino al usuario. Por ejemplo, una resolución de la JARU de Osinermin que ordena la reconexión del servicio eléctrico o la corrección de montos facturados impacta directamente al usuario, sin generar un beneficio directo para el organismo regulador.

Podría argumentarse que cualquier beneficio para el usuario implica, de algún modo, una ventaja para el regulador. No obstante, esta interpretación resulta forzada y poco rigurosa. Desde una perspectiva más precisa, el regulador no obtiene un beneficio directo.

Morón (2023, p. 302) respalda esta afirmación al señalar que, en los procedimientos trilaterales, la ejecutoriedad administrativa no es aplicable para garantizar el cumplimiento del acto decisorio en contra del reclamado. En consecuencia, cuando una empresa concesionaria incumple una resolución emitida en un procedimiento de reclamos, esta no puede ser ejecutada forzosamente.

Un caso relevante es el contenido en el Expediente Judicial 18478-2008-0-1801-JR-CA-05, en el que Osinergmin impuso dos multas coercitivas a la empresa concesionaria Electronoroeste S.A. por incumplir lo dispuesto en la resolución final de un procedimiento de reclamos. La empresa interpuso una demanda contencioso-administrativa solicitando la nulidad de dichas multas, alegando que Osinergmin carecía de competencia para imponerlas, dado que la resolución cuya ejecución se exigía beneficiaba directamente al usuario y no a la entidad reguladora. El Quinto Juzgado Especializado en lo contencioso administrativo declaró fundada en parte la demanda, pero, pese a lo sostenido en diversos sectores doctrinarios, reconoció que Osinergmin sí tiene facultades para imponer multas coercitivas. El caso llegó hasta la instancia de casación, donde se debatió ampliamente si el organismo regulador podía ejercer dicha potestad en el marco de un procedimiento de reclamos. Aunque la Corte Suprema confirmó la competencia de Osinergmin, la sentencia ha sido objeto de críticas por la debilidad y falta de claridad en su argumentación, así como por la ausencia de un adecuado sustento legal, doctrinario y jurisprudencial.

Los organismos reguladores han reconocido esta limitación y han optado por incluir el incumplimiento de sus resoluciones como una infracción sancionable. Osiptel, por ejemplo, tipifica como infracción la inobservancia de los mandatos del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, mientras que Osinergmin sanciona con multas de una a diez UIT a las concesionarias que no acaten las resoluciones de la JARU.

Ante la falta de ejecutoriedad de las resoluciones de reclamos, los organismos reguladores han recurrido a su potestad sancionadora como mecanismo alternativo. Como explica Carreras, la Administración cuenta con la autotutela ejecutiva para hacer cumplir sus decisiones, pero también con la facultad sancionadora para garantizar el cumplimiento normativo (2011, p. 499).

Danós coincide en que los reguladores pueden imponer sanciones a las concesionarias cuando su incumplimiento constituye una infracción de sus deberes (2010, p. 93). Schmerler agrega que esta alternativa es válida, pues permite a los usuarios

solicitar que el organismo regulador sancione a la empresa, aunque su impacto en el cumplimiento efectivo de las resoluciones es indirecto y eventual (2010, p.182).

V. CONCLUSIONES

El procedimiento de reclamos en los servicios públicos regulados es un reflejo de la compleja interacción entre los usuarios, las empresas concesionarias y los organismos reguladores, en un esfuerzo por garantizar un equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la eficiencia regulatoria. Desde su concepción, este procedimiento ha sido diseñado con el propósito de brindar a los usuarios una vía efectiva para impugnar decisiones o deficiencias en la prestación de los servicios públicos, asegurando que las concesionarias cumplan con los estándares de calidad exigidos. No obstante, a lo largo de su desarrollo normativo y doctrinario, se han identificado múltiples desafíos que cuestionan su efectividad y la correcta delimitación de las competencias de cada actor involucrado en el procedimiento.

Uno de los principales puntos de debate gira en torno a la dualidad estructural del procedimiento, que en primera instancia es resuelto por la empresa concesionaria, pero en segunda instancia es el organismo regulador el que asume el rol de autoridad decisoria. Este aspecto ha llevado a considerar la naturaleza jurídica del procedimiento que si bien en un primer momento aparenta ser bilateral –limitado a la interacción entre el usuario y la concesionaria–, se trilateraliza cuando el organismo regulador interviene como instancia final de resolución. Esta característica singular del procedimiento ha generado discusiones en torno al papel que desempeñan las concesionarias dentro del marco de la administración pública, puesto que, si bien son entidades de régimen privado, en la primera instancia del procedimiento ejercen una función administrativa al emitir actos administrativos que afectan los derechos de los usuarios. La controversia doctrinaria sobre si deben ser consideradas entidades de la administración pública en este contexto sigue abierta, pero el análisis desarrollado en este artículo respalda la postura de que, dentro del procedimiento de reclamos, las concesionarias asumen funciones administrativas al actuar como la primera instancia resolutoria.

Otro de los principales retos que enfrenta este procedimiento es la ejecución de las resoluciones emitidas en segunda instancia por los organismos reguladores. A diferencia de otros procedimientos administrativos (en los cuales la administración pública goza de la potestad de autotutela para hacer cumplir sus decisiones sin necesidad de recu-

rrir al Poder Judicial), en el caso de los reclamos de usuarios, esta facultad se encuentra limitada debido a la naturaleza trilateral del procedimiento. Las resoluciones de reclamos no imponen obligaciones en favor del organismo regulador, sino directamente a favor de los usuarios, lo que impide su ejecución forzosa por parte de la entidad pública. Ante esta limitación, los organismos reguladores han optado por recurrir a su potestad sancionadora, estableciendo como infracción el incumplimiento de sus resoluciones. Sin embargo, esta solución no deja de ser una respuesta indirecta a un problema estructural que aún requiere ser abordado mediante ajustes normativos que otorguen mayor eficacia a la protección de los derechos de los usuarios.

En este sentido, el procedimiento de reclamos, si bien ha permitido atender las quejas de los usuarios y establecer criterios claros en la regulación de los servicios públicos, sigue presentando desafíos que afectan su efectividad y su capacidad de garantizar un acceso real y oportuno a la tutela administrativa. La falta de consenso doctrinario sobre su naturaleza, la necesidad de una mayor claridad en el rol de las concesionarias y las dificultades en la ejecución de las resoluciones regulatorias evidencian la necesidad de revisar y fortalecer los mecanismos normativos vigentes. La mejora de este procedimiento no solo implica garantizar la resolución eficiente de disputas individuales, sino también reforzar la confianza de los ciudadanos en el sistema regulatorio, asegurando que los organismos supervisores cumplan eficazmente con su función de velar por la calidad de los servicios públicos y la protección de los derechos de los usuarios. 

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

Aróstegui, J. A. (2012). La regulación jurídica de los servicios públicos: caso del agua y saneamien-

to en el Perú. *Athina*, (010), 187-200. <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1171>

Cairampoma, A. & Villegas, P. (2019). Los desafíos de la regulación en los servicios de saneamiento en el Perú. En *Anuario de Investigación Cicaj 2018 - 2019* (pp. 11-34). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica - CICAJ. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169963>

Cairampoma, A. (2021). Régimen jurídico de los privados (concesionarios de servicios públicos) que se encuentran bajo el ámbito de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En E. Espinoza-Saldaña (Ed.), *Estudios sobre derecho administrativo (vol. 1) a 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (pp. 133-155). Asociación Civil Derecho & Sociedad.

Carreras, N. (2011). Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú. *Derecho PUCP*, (67), 487-508. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.022>

Cordero, J. M. (2011). Los servicios públicos como derecho de los individuos. *Ciencia y Sociedad*, XXXVI(4), 682-701. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87022786005>

Culqui, M. M., Cieza, M. A., Puican, M. V. H., & Callao, D. M. (2021). La calidad de servicio en atención de reclamos a usuarios de las instituciones públicas del Perú. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5(6), 12842-12858. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i6.1287

Danós, J. (2010). Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 59-94. <https://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

Del Risco, J. (2023). Aspectos jurídicos de las Resoluciones de Consejo Directivo del OSINERGMIN. *Revista peruana de energía*, (10), 53-74. <https://santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2024/08/4.-Resoluciones-del-Consejo-Directivo-de-Osinergmin.pdf>

Guzmán, C. (2020). *Procedimiento administrativo general*. (Tomo 2). Instituto Pacífico S.A.C.

- Landa, C. (2016). La constitucionalización del derecho administrativo. THEMIS Revista De Derecho, (69), 199-217. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16725>
- Martín-Retortillo, S. (1989). Reflexiones sobre la ley de disciplina e intervención bancaria. *Revista de Administración Pública*, (118), 7-34. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/236141989118007.pdf>
- Martin, R. J. (2001). El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*, (17), 221-234. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16886>
- Martin, R. J. (2012). Los actos administrativos en el régimen de las personas jurídicas del régimen privado. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 171-185. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13501>
- Morón, J. (2011). Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano. *Ius et Veritas*, 21(43), 230-258. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12063>
- Morón, J. (2023). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*. (Tomo 2). Gaceta Jurídica S.A.
- Moscol, A. M. (2011). Los organismos reguladores en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. En *Libro Homenaje de Allan Brewer-Carías. Comentarios a la jurisprudencia de derecho administrativo del Tribunal Constitucional Peruano*. (pp. 361 - 378). *Ius et Veritas*.
- Otiniano, M. (2012). La regulación de los Servicios Públicos: La experiencia de OSINERGMIN. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 135-142. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13497>
- Salazar, R. (2021). El concepto de Administración Pública en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y algunos conceptos vinculados, necesarios para su comprensión. En E. Espinoza-Saldaña (Ed.), *Estudios sobre derecho administrativo (vol. 1) a 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General* (pp. 61-132). Asociación Civil Derecho & Sociedad.
- Schmerler, D. (2010). Una mirada a la situación de los reclamos frente a prestadores de servicios públicos energéticos en el Perú. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 6(10), 145-182. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/80>
- Soto, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, 22(2), 189-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007>
- Tassano, H., & Malca, C. (2011). Los retos del OSITRAN en el desarrollo de la ITUP. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 309-315. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13698>
- Tejada, A. (2022). El posible exceso en la regulación de OSINERGMIN. *Revista peruana de energía*, (8), 36-47. <https://santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2024/08/2.-El-posible-exceso-en-la-regulacion-de-OSINERGMIN.pdf>
- Zegarra, D. (2008). El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL. *Revista De Derecho Administrativo*, (5), 132-149. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14494>
- Zegarra, D. (2018). *Introducción al derecho de las telecomunicaciones*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Zurita, V. (2023). *La determinación de la multa coercitiva: Una perspectiva desde el análisis económico del derecho* (trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de [licenciado en Economía]). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/26502>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).
- Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 015-2023-SU-NASS-CD, Resolución que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2023 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 019-2011-CD-OSITRAN, Resolución que aprueba el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de junio de 2011 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 099-2022-CD/OSIPTEL, Resolución que aprueba el Texto Úni-

co Ordenado del Reglamento para la atención de gestiones y reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de junio de 2022 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 269-2014-OS-CD, Resolución que aprueba la Directiva “Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural”, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de enero de 2015 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de febrero de 2007, sentencia recaída en el Expediente 006-2006-PC/TC (Perú).

MESA REDONDA

MESA REDONDA: ¿DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO, REGULACIÓN O DERECHO REGULATORIO?

ROUND TABLE: ECONOMIC ADMINISTRATIVE LAW, REGULATION OR REGULATORY LAW?

Alejandro Falla Jara*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Jorge Elías Danós Ordóñez**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Ramón Huapaya Tapia***

Pontificia Universidad Católica del Perú

This roundtable examines one of the central debates in contemporary public law: the relationship between economic administrative law, regulation, and the possible existence of a “regulatory law” as an autonomous branch.

One position maintains that no such conceptual distinction exists, as regulation is a multidisciplinary phenomenon whose legal application is carried out through the proper techniques to administrative law. In contrast, another view offers a more nuanced interpretation. It distinguishes between economic administrative law as a legal discipline, and regulation as a specific technique of intervention applied to strategic sectors or those with structural failures.

Based on this distinction, it is argued that although regulation is rooted in public law, it exhibits certain modulations that warrant independent consideration. The debate, without doubt, offers the reader a rich confrontation of ideas.

KEYWORDS: *Economic administrative law; regulation; regulatory law; state intervention; self-regulation; intervention techniques.*

En esta mesa redonda se examina una de las discusiones centrales del derecho público contemporáneo: la relación entre el derecho administrativo económico, la regulación y la eventual existencia de un “derecho regulatorio” como rama autónoma.

Una de las posiciones sostiene que no existe tal distinción conceptual, pues la regulación es un fenómeno multidisciplinario cuya aplicación jurídica se realiza mediante las técnicas propias del derecho administrativo. Frente a ello, otra visión propone una lectura más matizada. Distingue entre el derecho administrativo económico como disciplina jurídica, y la regulación como una técnica de intervención específica, aplicada sobre sectores estratégicos o con fallas estructurales.

A partir de esta diferenciación, se destaca que, aunque anclada en el derecho público, la regulación presenta ciertas modulaciones que merecen atención propia. El debate, sin duda, ofrece al lector una rica confrontación de ideas.

PALABRAS CLAVE: *Derecho administrativo económico; regulación; derecho regulatorio; intervención estatal; autorregulación; técnicas de intervención.*

* Abogado. Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences (Reino Unido). Ex director de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de la Libre Competencia en la misma casa de estudios. Socio del Bullard, Falla, Ezcurra + (Lima, Perú). Contacto: afalla@bullardfallaezcurra.com

** Abogado. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Miembro de la Academia Peruana de Derecho. Profesor en la categoría principal del curso de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Echecopar (Lima, Perú). Contacto: jdanos@pucp.edu.pe

*** Abogado. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER), del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE). Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad del Pacífico en cursos de Derecho Administrativo. Socio del Estudio CMS Grau (Lima, Perú). Contacto: ramon.huapaya@cms-grau.com

Agradecemos de manera especial al Dr. Eduardo Quintana, por haber facilitado el contacto con los autores y por su valioso apoyo en la formulación de las preguntas que dieron forma a esta mesa redonda.

1. **¿Existe una dicotomía entre derecho administrativo económico y regulación? ¿Cuáles considera que son los elementos diferenciadores entre ambas disciplinas? ¿La postura frente a la intervención estatal es distinta para cada disciplina?**

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Antes que nada, agradezco a THĒMIS y a Eduardo Quintana por la invitación a esta mesa redonda, que trata sobre un tema tan interesante como las relaciones entre el derecho administrativo y la regulación como fenómeno multidisciplinario.

A modo de responder las preguntas, es importante tener en cuenta que, como ya hemos sostenido en trabajos anteriores, no existe tal dicotomía. La regulación, ciencia de la regulación, sin adjetivar, es una institución no solo jurídica, sino multidisciplinaria, que tiene que ver con la intervención del Estado en la economía y la vida social, mediante una agencia estatal que ejerce control y supervisión sobre un asunto o materia relevante para la sociedad, en la definición de Phillip Selznick, que es repetida por Anthony Ogus y Santiago Muñoz Machado.

La regulación como concepto, tiene un problema, es que es una suerte de *'slang word'* o palabra de uso común, que tiene aproximaciones desde la economía, el derecho, la sociología, la ingeniería e incluso la psicología. De hecho, la traducción literal de *'regulation'* del inglés al castellano, significa *'reglamento'*. Ante tantas aproximaciones, creo que es importante aclarar que: (i) la regulación tiene un componente jurídico, que implica el uso de poderes, técnicas e instituciones propias del derecho público, fundamentalmente administrativo, (ii) no existe un *'derecho regulatorio'*, sino que la regulación como institución jurídica encuentra su aplicación mediante técnicas jurídicas del derecho administrativo, (iii) no es necesario diferenciar: la gran mayoría de técnicas jurídicas que usa el Estado al regular mercados provienen del derecho administrativo general y económico; y (iv) no existe una postura diferente respecto de la intervención estatal, si entendemos la regulación, en sentido amplísimo, como intervención estatal en la economía, ésta se va a instrumentar mediante el derecho administrativo. Dependerá del marco constitucional si tenemos una economía más o menos intervenida y respetuosa de las libertades económicas, siendo el derecho administrativo meramente instrumental, dependiendo del grado de respeto que tenga el Estado respecto de las libertades económicas. Un Estado más intervencionista, tendrá más regulación, por ende, más derecho administrativo. Un Estado equilibrado, balanceará la intervención regulatoria con más espacios para las libertades

privadas, procurando un equilibrio entre regulación (derecho administrativo) y libertad.

ALEJANDRO FALLA JARA: Desde mi punto de vista, no existe una dicotomía entre derecho administrativo económico y regulación; no veo que estemos ante disciplinas diferentes. Estamos hablando de lo mismo en ambos casos: es el Estado poniendo restricciones o limitaciones a conductas o actividades desarrolladas por agentes privados (personas o empresas). De pronto, una pone más foco en el instrumento y sus procesos (derecho), y la otra más en el objetivo (limitación de una conducta), más allá del instrumento que se use para lograrlo, que a veces podría ser más una *'zanahoria'* que un *'garrote'*.

JORGE DANÓS ORDOÑEZ: No existe dicotomía entre derecho administrativo económico y regulación, pues se trata de dos conceptos diferentes.

El derecho administrativo económico es la parte del derecho administrativo que estudia lo que podríamos denominar la disciplina legal de las actividades económicas, que condiciona el comportamiento de los agentes económicos para que su actividad sea compatible o no afecte los intereses públicos o generales de la colectividad (como el medio ambiente, la seguridad, la salud de las personas, la libre competencia, la protección de los consumidores, etc.), y las potestades de las entidades de la administración pública a las que se asigna competencia para facilitar, promover, normar y verificar que las actividades económicas se realicen en consonancia o correspondencia con los referidos intereses públicos o generales, actuando dentro de los principios y parámetros del régimen económico que la Constitución consagra.

Comparada con el derecho administrativo económico, la regulación, en sentido tradicional o general, no tiene el carácter de una rama del derecho o disciplina con caracteres o perfiles propios, porque constituye más bien una de las funciones o potestades que ejercen los poderes o entidades administrativas a los que el ordenamiento legal les otorga competencia para normar o establecer los marcos legales de cada una de las diferentes actividades económicas. Por ello, es que se habla de regulación de la industria farmacéutica, del mercado de valores, de la actividad bancaria, de la agricultura, de la pesca, de la minería, de la construcción, etc., pero desde una perspectiva de ordenación de las actividades económicas de carácter esencialmente sectorial o específico.

Si, en cambio, queremos hacer alusión a lo que tiendo a denominar *'regulación en sentido estricto'*, y ya no como sinónimo de la potestad de nor-

mar o de establecer marcos legales para las actividades económicas, me parece que nos estamos refiriendo simultáneamente a dos conceptos. En primer lugar, a una teoría o rama de la economía; y en segundo lugar, a una técnica de intervención administrativa, destinada a ser aplicada en aquellas actividades de naturaleza económica que se orientan a cubrir necesidades básicas o de carácter esencial (indispensables) para la población, que, en los países de América Latina, cuyos ordenamientos jurídicos se identifican con la vertiente de derecho administrativo europeo, se tiende a asignarles un régimen jurídico especial que denominan ‘servicios públicos’; y que, en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, se denominan actividades de utilidad general (*public utilities*), en las que la existencia de monopolios naturales que inhiben o restringen la competencia, la presencia de fallas de mercado y la asimetría de la información entre las empresas prestadoras y los usuarios, justifican las intensas potestades de intervención que inciden sobre las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla, para impedir que el excesivo poder económico (privado) de los prestadores que operan en las situaciones de monopolio natural o de fallas de mercado mencionadas genere distorsiones que afecten negativamente a las personas o a la eficiencia de la actividad económica en general, tutelando el bienestar general.

2. ¿Considera que lo que hoy se denomina ‘derecho regulatorio’ es un punto de encuentro entre las dos disciplinas antes indicadas? ¿El derecho regulatorio tiene elementos característicos propios?

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Jurídicamente, no encuentro sustento ni legal, ni normativo, ni tampoco en la literatura para un ‘derecho regulatorio’. Es un oxímoron, creado por los despachos de abogados para señalar que no solo ven derecho administrativo (en el entendido que el derecho administrativo es solo procedimientos y trámites administrativos, lo cual, ciertamente, es un craso error), sino también regulación sectorial de mercados (minería, energía, pesca, etc).

En la literatura se habla solo de ‘*regulation*’ a secas como sinónimo de intervención administrativa en la vida social mediante el derecho administrativo, por ejemplo, el sentido en el que lo hace un famoso manual de derecho administrativo inglés¹, el cual señala que “*regulation is of the essence of administrative law, constituting much of the interface between the state and the individual or legal persons*” (2022, p. 31). Lo cual también se puede encontrar en textos clásicos sobre la materia² así como en resúmenes actuales³. Asimismo, tenemos textos que nos hablan de ‘*regulatory policy*’⁴, de ‘*economic regulation*’⁵ y hasta de ‘*responsive regulation*’⁶. No obstante, en ningún momento se habla de ‘*regulatory law*’, ni de ‘*law of regulation*’⁷. Incluso, uno de los más recientes manuales-tratados de texto sobre la materia⁸ nos habla de ‘*law and regulation*’, entendiendo que la regulación no tiene una perspectiva exclusivamente jurídica, sino multidisciplinaria, entendiendo que el derecho solo cubre una porción o una aproximación al fenómeno regulatorio.

En ese sentido, (i) uno de los componentes más importantes de la regulación es el derecho administrativo, y sería mucho más preciso decir que los sistemas jurídicos de regulación se desarrollan a través de instituciones y técnicas del derecho administrativo; (ii) la regulación no es sinónimo del derecho administrativo, ni tampoco puede entenderse que existe un ‘derecho regulatorio’ que sustituye al derecho administrativo, en general, y tampoco al económico. Por tanto, desde nuestra perspectiva, tampoco existen principios o elementos diferenciadores de un ‘derecho regulatorio’, sino que existe la intervención regulatoria del Estado en los sistemas sociales y económicos de un país, que puede tener una visión general, aunque también sectorial, donde puede hablarse de sectores regulados o intervenidos administrativamente, pero nunca de ‘derecho regulatorio’.

ALEJANDRO FALLA JARA: Es un juego de palabras para juntar algo que algunos ven como separado. No es mi caso.

JORGE DANÓS ORDOÑEZ: En mi opinión, el denominado ‘derecho regulatorio’ que tiene a la regu-

¹ Véase a Harlow y Rawlings (2022, p. 301).

² Véase a Ogus (1994); Baldwin *et al.* (2012).

³ Véase a Baldwin *et al.* (2010).

⁴ Véase a Breyer *et al.* (2022).

⁵ Véase, por todos, a la muy completa obra de Decker (2023).

⁶ Véase a Ayres y Braithwaite (1992).

⁷ A lo sumo, hemos encontrado un texto norteamericano, muy interesante, que habla de ‘The Regulatory State’, que podría ser traducido como ‘El Estado Regulador’ que contiene un desarrollo importante de las instituciones del derecho administrativo norteamericano vinculados al fenómeno regulatorio). Bressman *et al.* (2023).

⁸ Véase a Yeung y Ranchordás (2024).

lación en sentido estricto como objeto central de su estudio no llega a configurar una rama del derecho diferente o disciplina autónoma en relación al derecho administrativo, que cuenta con técnicas jurídicas, herramientas, instrumentos, metodología o un contenido sustantivo enteramente propio, porque encuentra sus bases fundamentales en las categorías y conceptos del derecho público y, en especial, del derecho administrativo económico o derecho público de la economía, lo que no niega que, como sostiene el profesor José Esteve Pardo destacado profesor de Derecho Administrativo⁹, pueda tener modulaciones, énfasis y matices distintivos, e interrelaciones con la economía y temas técnicos, pero que, indudablemente, encuentran su anclaje indispensable en el derecho público.

3. ¿Considera que deben existir ámbitos de la actividad económica o del individuo en general en que no corresponde intervención del Estado a través del derecho regulatorio? ¿Por qué?

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Como ya he dejado escrito en otro lugar¹⁰, considero que hay ámbitos propios de la libertad del ciudadano que son propios del primer círculo de intervención jurídica, como lo sería el derecho constitucional y el derecho civil, por ejemplo, para los actos jurídicos, los contratos, las sucesiones, las relaciones familiares, la responsabilidad, entre otros. Por lo tanto, en ese ámbito, entra una intervención jurídica del Estado que no se corresponde con una intervención administrativa, sino con una regulación propia de los intereses privados vinculados a las libertades contractuales, a la propiedad e incluso a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Sin embargo, cuando tales actividades trascienden a lo individual y afectan bienes jurídicos comunes o colectivos, entonces entra el segundo círculo de la intervención administrativa o regulatoria del Estado. Por ejemplo, para comprar un terreno, no se necesita la regulación pública, basta con la normativa civil. No obstante, luego, si quiero realizar una habilitación urbana con fines de edificación, sí que importa la regulación administrativa, al menos urbanística y municipal. Entonces, los ámbitos nucleares de la individualidad de los sujetos privados no están sujetos al derecho administrativo o a la regulación administrativa, pero cuando tal individualidad se extiende sobre lo colectivo, entonces corresponde la intervención del derecho administrativo, pero insisto: no existe tal derecho regulatorio.

ALEJANDRO FALLA JARA: Creo que la pregunta parte de una premisa equivocada. Se asume que la intervención del Estado en las actividades económicas o del individuo, es la regla; se pregunta por la excepción (la no intervención en determinados ámbitos).

La premisa debiera ser la inversa. La intervención del Estado siempre debe ser una excepción; las restricciones a las conductas de los individuos o empresas solo deben existir en caso se presente una razón que lo justifique. Y, las razones para regular o limitar la actividad de los individuos o de las empresas, debieran estar limitadas a variables objetivas, tales como la existencia de externalidades, problemas de información, existencia de monopolios, etc. Solo en estos casos se justificaría la intervención del Estado y la restricción de las libertades de las empresas o individuos. En ausencia de esas circunstancias objetivas, la actividad económica de la empresa o del individuo no debería estar sujeta a restricción alguna por parte del Estado.

Lamentablemente, se suele pensar que los ámbitos libres de regulación debieran ser la excepción. Así suelen pensar los que tienen el poder para regular. La falta de regulación y la existencia de ámbitos libres de regulación es vista por ellos con sospecha: la falta de regulación suele generar 'estrés' en los reguladores. Estos sienten 'horror al vacío'; y reaccionan pintando todos los espacios vacíos con regulación como si fuera una cerámica de la cultura Nazca. Eso es un error. Lo que se tiene que justificar no es la ausencia de regulación en determinados ámbitos de la actividad de los individuos o empresas, sino la existencia de regulación en algunos de esos espacios. Si no hay una buena razón, simplemente no debiera existir regulación.

JORGE DANÓS ORDOÑEZ: Las potestades de intervención del poder público en la economía a través de las diferentes técnicas que se estudian en el derecho administrativo económico (policía, fomento, regulación, etc.) tiene como soporte y límite los preceptos constitucionales sobre el régimen económico contenidos en la Constitución (conforme a la interpretación que ha establecido sobre la materia el Tribunal Constitucional), que, como sabemos, consagra como uno de los principios rectores el principio de subsidiariedad del Estado en la economía. En ese sentido, el Estado solo puede tener intervención en las actividades económicas cuando existan necesidades públicas (fines o intereses generales) que requieren atención y que el mercado no puede satisfacer o garantizar, situación en

⁹ Véase a Esteve Pardo (2021).

¹⁰ Véase a Huapaya (2010, pp. 302-344).

la cual el Estado puede utilizar a la regulación (en sentido amplio o estricto) que constituye una de sus técnicas de intervención, pero respetando los principios constitucionales del régimen económico en un contexto de economía de mercado, como la libertad de empresa, la libre competencia, entre otros, adoptando medidas razonables, coherentes y proporcionadas.

4. ¿Qué rol tienen los regímenes de autorregulación o correulación, son parte del derecho regulatorio o funcionan en paralelo? ¿En el Perú existe espacio para esas fuentes autónomas de regulación, nos puede indicar ejemplos?

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Estimo que tanto los fenómenos de la autorregulación (entendida como la capacidad de los sujetos privados de dictarse a sí mismos normas de conducta, con prescindencia de la actividad heterónoma del Estado, y sin mecanismos de coerción externos para su cumplimiento), así como la correulación (entendida como el fenómeno de normas expedidas por el Estado a petición expresa de los *stakeholders* o sujetos regulados, aprovechando la experiencia en la actividad o industria económica de los sujetos regulados, que se sujetan a mecanismos de control y cumplimiento por parte del Estado¹¹), son fenómenos distintos que tienen vinculación con la *straight regulation* o la intervención administrativa del Estado en la economía, mediante las normas del '*hard law*' o del derecho del Estado. De esta manera, aunque haya autorregulación, por lo común, esta va a ser sujeta a un control del Estado, como pasa en el mercado de valores¹², la publicidad, o, como pasa en el sector eléctrico, donde pese a lo que sostenga la doctrina nacional, yo creo que en el sistema del Comité de Operación Económica del Sistema (COES), estamos frente a un caso de correulación de la actividad de los agentes eléctricos, sea generadores, transmisores, distribuidores o clientes libres.

En todo caso, en la autorregulación, podría pensarse que, en teoría, pueden existir sistemas puros (sin intervención alguna del Estado), pero, en la medida que afecten bienes jurídicos colectivos, entonces se hará presente la 'mano visible' del Estado, mediante lo que se conoce como 'autorregulación regulada'¹³. Creo que el Estado moderno, así como la cultura Nazca, tiene un 'horror al vacío regulatorio', y, por ende, basta que existan nuevas

tecnologías para que surja la necesidad de regular. Sin embargo, esto debe ser hecho con cuidado, y sin desorden o precipitación, sino la regulación se vuelve anecdótica o puede ser eliminada.

Finalmente, a este punto creo que tenemos más casos de correulación en la práctica, lo que implica una simbiosis entre las industrias reguladas y los sujetos reguladores. En definitiva, hay una interacción, un diálogo regulatorio, lo cual podemos apreciar en las telecomunicaciones, la electricidad, la actividad bursátil, la actividad bancaria, de seguros, entre otras. Sin embargo, aunque la correulación sea plausible (y hasta deseable), hay que evitar que se convierta en una 'captura del regulador' en la sombra, mediante la influencia o persuasión de los regulados sobre el regulador. Que haya diálogo regulatorio, que haya *sandboxes*, 'marchas blancas' o ajustes siempre es bueno, pero todo con la debida transparencia y respeto al interés público.

ALEJANDRO FALLA JARA: La autorregulación es una forma de regulación de los comportamientos o actividades de los individuos o empresas. Ofrece varias ventajas en comparación con otras formas externas de regulación. Reduce los problemas de información, adaptabilidad y legitimidad que suelen afectar a la regulación diseñada y aplicada 'desde fuera'. Nadie mejor que los que están en el negocio o la industria para identificar las mejores medidas para atender al problema y para identificar dónde se suelen esconder los 'trapos sucios'. Además, es un mecanismo que puede liberar a los contribuyentes de asumir los costos de regular determinadas actividades, dejando que estos recaigan directamente en quienes realizan dichas actividades o se benefician de ellas. Algunos se han generado con el objetivo de resolver problemas que el Estado no puede resolver; otros, se han desarrollado como forma de defensa frente a un riesgo de intervención del Estado. Bajo ciertas condiciones, puede ser un buen complemento a otros mecanismos de regulación o incluso convertirse en sustitutos de ellos.

Existen varios ejemplos exitosos de autorregulación en el país. Podemos mencionar, por ejemplo, el sistema de autorregulación publicitaria que administra el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CAONAR), un sistema de adhesión voluntaria por parte de las empresas a códigos de conducta para asegurar prácticas publicitarias éticas y responsables. Un sistema similar existe al

¹¹ Véase a Álvarez (2019, p. 16).

¹² Véase el artículo 131 del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores. La referida normativa establece la autorregulación de las Bolsas de Valores.

¹³ Véase a Darnaculleta (2005).

interior de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión, para velar por el cumplimiento de ciertos parámetros en el desarrollo de dichas actividades. En otro rubro, existen sistemas que administran la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC) y la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG) que aplican lineamientos y protocolos de adhesión voluntaria, para la atención y solución de reclamos de clientes. Existen otros espacios que podrían ser cubiertos por esquemas de autorregulación (reciclaje de equipos eléctricos o plásticos) incluso algunos actualmente cubiertos por otros tipos de regulación (seguridad en el trabajo, por ejemplo).

JORGE DANÓS ORDOÑEZ: La autorregulación normativa es muy extendida en determinados sectores de la actividad económica. Sobre todo en lo relativo a la normalización industrial para la cual existe un organismo público que se encarga de su promoción como el Instituto Nacional de Calidad (INACAL). En el ámbito de los servicios públicos e infraestructura y de algunas otras actividades económicas, como la aeronáutica, la autorregulación de estándares de calidad generalmente es tomada de la producida por organismos privados de otros países o de carácter internacional, la cual luego es asumida por las entidades públicas para ser incorporadas en las normas que se expiden o para ser impuestas como obligaciones en los contratos o títulos habilitantes que otorgan a los agentes económicos para desarrollar una actividad económica.

En los últimos años, en el Perú, la autorregulación ha tenido un especial desarrollo en temas como gobierno corporativo de las empresas y en la adopción de modelos de prevención de determinados delitos imputables a las personas jurídicas.

5. ¿Considera que el nivel de intervención a través del derecho regulatorio depende de la coyuntura y de la tendencia política? Por ejemplo, ¿cuán válida u objetiva es la aplicación de aranceles a importaciones de ciertos países como amenaza o como medida de protección económica?

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Considero que esto es algo que no debería pasar. Quiero explicarme: los temas del derecho público son influidos siempre por la política, que es el elemento que ronda siempre cerca del poder y sobre todo, del poder público. Sin embargo, existen siempre principios y piezas fundamentales del derecho administrativo y de la regulación que permanecen, que no están sujetos a negociación o a vaivenes políticos. Esto se ha explicado mucho en reciente y buena doctri-

na¹⁴, la regulación es una actividad propia del Estado, que requiere de estabilidad, y sobre todo, de independencia frente al poder político del organismo regulador (sea constitucionalmente autónomo o sea parte de la administración del Estado). En ese sentido, las bases, los pilotes, los principios de la regulación no son negociables y no pueden estar sujetos a vaivenes políticos.

Ahora bien, refiriéndome al tema de políticas arancelarias como parte de la 'guerra comercial' iniciada por el *trumpismo* en 2025, considero que ello no es parte de la regulación como actividad administrativa, sino, por el contrario, parte de la política tributaria de los Estados, en los cuales estos son soberanos, pero también teniendo en cuenta que este tipo de políticas están sujetas a medidas de reciprocidad por parte de los Estados afectados, lo cual es contraproducente. Definitivamente, aun cuando los estados son soberanos en fijar aranceles o cargas a las importaciones, lo cierto es que este tipo de políticas parece tener dudosa utilidad para las poblaciones.

ALEJANDRO FALLA JARA: No debiera ser así. La intervención regulatoria no debería responder a la coyuntura o a las circunstancias políticas. La regulación debiera responder a razones objetivas (existencia de externalidades, problemas de información o monopolio naturales, etc.). Lamentablemente, muchas veces esta responde a los deseos e intereses de los políticos de turno, a modas o simplemente a la coyuntura noticiosa. Hechos anecdóticos y aislados (como la mordedura de un perro a un niño reportada en las noticias) suelen gatillar una intervención regulatoria muchas veces desproporcionada o injustificada (como la regulación de la tenencia de ciertas razas de perros). La geopolítica es la nueva moda. La regulación empieza a ser usada para ponerle freno a inversiones que no son del agrado de quienes controlan al Estado.

JORGE DANÓS ORDOÑEZ: No hay duda de que los niveles de intervención del Estado en la economía pueden estar sujetos a coyunturas políticas, porque es normal en un régimen democrático que los gobernantes elegidos pretendan responder a las demandas de los ciudadanos que los eligieron, pero teniendo como marco el régimen económico consagrado por la Constitución que establece el alcance y límites de las potestades del Estado en la economía, así como los principios y derechos que debe garantizar.

Normalmente, la política arancelaria de un país responde a una serie de criterios como garantizar

¹⁴ Véase a Esteve Pardo (2023); Del Guayo y Muñoz Machado (2015); Parejo (2016).

el libre comercio, en aplicación de tratados globales o bilaterales, también la promoción de determinadas actividades económicas e incluso para promover la competencia en los mercados nacionales, pero lo que viene sucediendo, a partir de la nueva administración en Estados Unidos, es una demostración de los aranceles como herramientas con objetivos meramente políticos signados por intereses coyunturales.

6. ¿Cuáles son las tendencias más recientes en el ámbito del derecho regulatorio, en el Perú y el mundo? Podría comentarnos, por ejemplo, sobre los regímenes de control de inversiones extranjeras, las regulaciones promotoras de energías limpias, o las tendencias a adoptar herramientas de evaluación del impacto regulatorio

RAMÓN HUAPAYA TAPIA: Para terminar mi intervención, quisiera señalar que las tendencias más recientes pueden apreciarse en las modalidades, instrumentos y técnicas de regulación (sea por comando/control, competencia, consenso, comunicación o por vía de diseño de código) así como en los denominados ‘instrumentos híbridos de regulación’ y en las llamadas ‘reglamentaciones experimentales’: como lo son, por ejemplo, los *sandbox* regulatorios o normas que se testean sin consecuencias jurídicas, antes de convertirse en ‘*hard law*’¹⁵. Especialmente, llamo la atención a temas tales como la denominada ‘*meta-regulation*’, las formas híbridas de autorregulación, o incluso ya la entrada de una ‘regulación algorítmica’ o mediante algoritmos¹⁶ e incluso sistemas de ratings para regular a las empresas¹⁷. En la medida en que hay desarrollos tecnológicos y nuevas formas para que la regulación sea cumplida, con nuevos mecanismos de ‘*enforcement*’ del cumplimiento normativo, entonces tendremos tendencias novedosas. Hay que prestarle especial atención a la transparencia, a la publicidad y a que las autoridades regulatorias estén a la altura de las novedades y cambios en la materia.

De otro lado, en cuanto a los mecanismos que ustedes señalan, creo que ha existido un cambio importante desde la pandemia y los recientes fenómenos del cambio climático. Por ende, hay una preocupación renovada por las tareas propias del Estado en cuanto a la regulación y mantenimiento

del orden, pero también por temas ambientales, dentro de los cuales tenemos el tema de las energías limpias o renovables (eólica, solar, mareomotriz, hidrógeno, entre otras), pero siempre con cuidado, pues, en realidad, los mercados también son sensibles a los cambios que carecen de sustento científico o apoyo en la realidad, entonces tampoco se puede sustituir (con costos elevados) un sistema eléctrico fiable por uno de renovables puro, es un oxímoron.

Por otro lado, respecto al tema del análisis de impacto regulatorio y de calidad regulatoria, creo que es una normativa muy bien intencionada, pero que, lamentablemente, no tiene el valor o utilidad que se esperaba respecto de la misma en nuestros mercados: hace falta una difusión de los mecanismos de calidad regulatoria, pero sobre todo su implantación efectiva, respecto sobre todo de normas legales (cada día el Congreso regula peor), así como respecto de normas regionales y locales. Se necesita una transformación estructural del Estado para que los mecanismos de control regulatorio sean efectivamente aplicados. De lo contrario, el control de calidad regulatoria será únicamente un deseo, pero nunca una realidad.

ALEJANDRO FALLA JARA: Desregular o disminuir la carga regulatoria que soportan los agentes económicos y frenar el crecimiento económico, se ha puesto de moda en algunos lugares¹⁸. Se habla de esto en países tan distintos como Nueva Zelanda, India o Argentina. Se están desarrollando distintos instrumentos para reducir la carga regulatoria que soportan los negocios o personas. En algunos casos se han creado canales para que los ciudadanos identifiquen y denuncien sobre cargas regulatorias (Nueva Zelanda o Comunidad de Madrid). En otros, se han creado agencias o ministerios cuya única función es eliminar regulaciones absurdas (Argentina).

Nosotros no solo no nos hemos subido en esa ola; sino que vamos en sentido contrario. Localmente la tendencia no es hacia la desregulación sino más bien hacia un ‘populismo regulatorio’. Sobran ejemplos, como la prohibición del cobro por la elección de los asientos en el transporte aéreo, el establecimiento de topes a las tasas de interés de los bancos, o la colegiatura obligatoria para el desempeño de ciertas profesiones (politólogos), entre otros.

¹⁵ Sobre todo esto, véase especialmente a Yeung y Ranchordás (2024, pp. 168-231).

¹⁶ Véase a Yeung y Lodge (2019).

¹⁷ Esto último, puede apreciarse, por ejemplo, en los ‘perfiles de cumplimiento tributario’ recientemente regulados por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), para tratar de manera diferenciada a los contribuyentes en función a dicho perfil.

¹⁸ Véase a ‘The Economist’ (2025).

Si bien se ha venido hablando de un ‘*shock* desregulador’ para fomentar la inversión y la competitividad, no pasa de ser una iniciativa de determinados ministros (José Salardi) que duran lo que dura el ministro. No existe una política de Estado, ni siquiera de gobierno, para desregular.

La adopción de herramientas de evaluación de impacto regulatorio (avance de agenda regulatoria, prepublicación de proyectos, recepción de comentarios, etc.) ha tenido un efecto limitado dentro del Poder Ejecutivo. Las municipalidades han quedado fuera de estos esfuerzos. El Congreso de la República sigue regulando, asumiendo que sus iniciativas ‘no irrogan gasto’.

Si bien Indecopi ha sido un mecanismo exitoso en la eliminación de barreras burocráticas a cierto nivel, tiene un efecto limitado: sirve para cortar de vez en cuando la mala yerba, pero no evita que esta vuelva a crecer. Nada puede hacer respecto de las iniciativas que salen del Congreso de la República.

La otra tendencia es hacia el establecimiento de regímenes de control de inversiones extranjeras. La regulación empieza a ser usada para ponerle freno a ciertos inversionistas en sectores supuestamente estratégicos. En Europa se están estrenando regímenes de este tipo; Estados Unidos siempre los ha tenido. Pronto le llegará la hora al Perú.

JORGE DANÓS ORDOÑEZ: A nivel mundial, la transformación digital, incluidos los recientes desarrollo de la inteligencia artificial, constituye uno de los principales retos que van a tener que afrontar nuestros ordenamientos legales, por el fuerte impacto en materia de los derechos de las personas, en la actividad financiera, en los derechos de propiedad intelectual y en el desarrollo de nuevas modalidades o facetas de las actividades económicas (comercio electrónico, economía colaborativa, etc.). Asimismo, globalmente, las regulaciones promotoras de energías limpias y, en general, lo relativo a la protección al ambiente y la sostenibilidad, van a tener impacto en la regulación de las actividades económicas.

En el Perú me parece que, además de las tendencias de carácter mundial anteriormente reseñadas, es posible llamar la atención sobre los siguientes desafíos en materia de regulación:

- La necesidad de mejorar la regulación de los riesgos vinculados a los desastres naturales y a las epidemias o pandemias que puedan afectar la salud de las personas.
- La preocupación por hacer efectivo el acceso universal a los servicios públicos a las pobla-

ciones que carecen de esas actividades esenciales y de que los servicios públicos sociales (salud y educación) se brinden en mejores condiciones de calidad.

- Simplificar el régimen de licencias, permisos y otros títulos habilitantes indispensables para el desarrollo de las actividades económicas, de modo que pueda armonizarse la protección de los intereses públicos o generales que están en juego con la necesidad de potenciar el desarrollo económico. 

REFERENCIAS

- Álvarez Rubio, J. (2019). La corregulación como sistema de control de las comunicaciones comerciales: ejemplos y límites. *Revista Lex*, 17(23), 13-32.
- Ayres, I. y Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford University Press.
- Baldwin, R., Cave, M. y Lodge, M. (2010). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford University Press.
- (2012). *Understanding regulation: Theory, strategy and practice* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Bressman, L., Rubin, E. y Stack, K. (2023). *The regulatory state* (4th ed.). Aspen Publishing.
- Breyer, S., Stewart, R., Sunstein, C., Vermeule, A. y Herz, M. (2022). *Administrative law and regulatory policy: Problems, text, and cases* (9th ed.). Aspen Publishing.
- Darnaculleta, M. (2005). *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Marcial Pons.
- Decker, C. (2023). *Modern economic regulation: An introduction to theory and practice* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Del Guayo, I. (2012). *Regulación. Tomo I, Fundamentos*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2021). Principios de Derecho regulatorio: Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos. Marcial Pons.
- (2023). *Principios de derecho regulatorio* (2da. ed.). Marcial Pons.
- Harlow, C. y Rawlings, R. (2022). *Law and administration* (4th ed.). Cambridge University Press.

Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. *IUS ET VERITAS*, (40), 302-344.

Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general: T. XIV. La actividad regulatoria de la administración* (4ta. ed.). Boletín Oficial del Estado.

Ogus, A. (1994). *Regulation: Legal form and economic theory*. Hart Publishing.

Parejo Alfonso, L. (2016). *Estado y derecho en proceso de cambios: Las nuevas funciones de regulación y garantía del estado social de soberanía limitada*. Tirant lo Blanch.

The Economist (1 de febrero de 2025). The revolt against regulation.

Yeung, K. y Lodge, M. (2019). *Algorithmic regulation*. Oxford University Press.

Yeung, K. y Ranchordás, S. (2024). *An introduction to law and regulation* (2nd ed.). Cambridge University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores. Decreto Supremo 093-2002-EF, 12 de junio de 2002 (Perú).

ENTREVISTAS

ENTREVISTA: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *BIG TECH* Y REGULACIÓN: ENTRE LA INNOVACIÓN Y EL CONTROL DEL GOBIERNO

INTERVIEW: ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *BIG TECH*, AND REGULATION: BETWEEN INNOVATION AND GOVERNMENTAL CONTROL

Randal C. Picker*

University of Chicago Law School

This article explores the tensions between innovation and democratic control in the regulation of artificial intelligence and Big Tech. While Europe adopts proactive regulatory frameworks like the Digital Markets Act, leveraging its tradition of legal sophistication, the United States maintains a reactive stance, relying on general principles and antitrust litigation. China, in turn, represents a distinct model of centralized governance. The discussion analyzes the limits of current legal tools –such as copyright, antitrust, and agency authority– while questioning whether traditional regulatory justifications remain valid in the digital era. The text also reflects on the ideological and political drivers behind current regulatory trends and raises the challenge of measuring Big Tech power beyond market metrics.

KEYWORDS: Artificial intelligence; Big Tech; regulation; democratic control; comparative law.

Este artículo explora las tensiones entre la innovación y el poder de los gobiernos en la regulación de la inteligencia artificial y las Big Tech. Mientras Europa adopta marcos regulatorios proactivos como la Ley de Mercados Digitales, aprovechando su tradición jurídica sofisticada, Estados Unidos mantiene un enfoque reactivo, basado en principios generales y litigios antimonopolio. China, por su parte, representa un modelo distinto de gobernanza centralizada. El texto analiza los límites de herramientas jurídicas tradicionales –como el derecho de autor, el derecho de la competencia y la actuación de las agencias– y cuestiona si sus justificaciones siguen siendo válidas en la era digital. Asimismo, examina los factores ideológicos y políticos detrás de las tendencias regulatorias actuales y plantea el reto de medir el poder de las Big Tech más allá de las métricas de mercado.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; Big Tech; regulación; democracia; derecho comparado.

* Doctor en Leyes y Economista por la Universidad de Chicago (Estados Unidos). Exdecano asociado de su Facultad de Derecho. Profesor de Derecho de la Competencia, Propiedad Intelectual y Regulación de Industrias de Red. Investigador principal en el Instituto de Computación de dicha universidad y en el Laboratorio Nacional Argonne. Contacto: rpicker@uchicago.edu

Agradecemos de manera especial al Dr. Sebastian Gamarra, asociado de Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados, por la elaboración de las preguntas, así como por contactar al Dr. Randal C. Picker y hacer posible esta entrevista.

La presente entrevista fue originalmente realizada en inglés. La traducción al castellano fue realizada por el Consejo Editorial de THÉMIS – Revista de Derecho.

- I. Siempre ha existido un debate respecto a la necesidad de diseñar y aprobar nuevas regulaciones conforme se desarrolla una nueva tecnología o uso ¿Aprobar nuevas leyes, como en el caso de Europa, debería ser el camino cuando hablemos de inteligencia artificial o mercados digitales? ¿Es quizá esta la mejor alternativa para reducir externalidades, aunque se pueda afectar la innovación o la libertad de empresa?**

Considero que Europa constituye un caso particular. Existe una percepción en el continente de contar con una ventaja distintiva al ser un conjunto de economías democráticas, grandes y sofisticadas, que se consideran competentes en materia de regulación.

Y dado que en sectores tecnológicos clave Europa ha tenido un desempeño comparativamente menor —en relación con Estados Unidos o China— en cuanto al surgimiento de empresas líderes (con algunas excepciones, como ASML, la empresa que fabrica las máquinas esenciales para la producción de microchips), ello les ha otorgado mayor comodidad para asumir un rol regulador. Es más difícil regular cuando se reconoce que el impacto regulatorio no solo afecta a los usuarios de tecnología, sino también a sus creadores.

Por esta razón, se aprobó el Reglamento de Mercados Digitales (en adelante, DMA, por sus siglas en inglés)¹ y se han dictado resoluciones en su aplicación, como las recientes decisiones contra Apple y Meta.

En cuanto a la inteligencia artificial (en adelante, IA), más allá de la nueva legislación europea, ha resultado interesante observar una posible expectativa de que Europa asumiera una posición distinta, particularmente con Mistral², una empresa emergente considerada como campeona local en el desarrollo de IA. No obstante, no está claro que dicha expectativa se haya materializado plenamente. Aun así, ese solo indicio parece haber ralentizado ligeramente el impulso regulatorio.

Fuera de Europa, las otras dos economías líderes en esta materia son Estados Unidos y China. Esta última, evidentemente, opera bajo un modelo económico y regulatorio completamente distinto.

En el caso de Estados Unidos —donde se han desarrollado muchas de las empresas más exitosas

en estos sectores— la intención de regular ha sido, hasta ahora, más lenta y cautelosa. La cuestión que resta por responder en los próximos años es si esta falta de intervención regulatoria tendrá un efecto significativo.

- II. Aunque esto depende de la jurisdicción específica, ¿hasta qué punto podemos confiar en las normas actuales, desde las normas de protección al consumidor hasta las normas de *copyright*, para atajar los desafíos de la inteligencia artificial generativa? ¿Podemos manejar la creciente asimetría informativa en las redes y entornos digitales con las reglas actuales?**

La historia del derecho de autor en los Estados Unidos se ha caracterizado por la existencia de normas generales que luego se adaptan a las nuevas tecnologías. En muchos casos, esto se ha logrado mediante enmiendas al estatuto vigente, sin promulgar una legislación completamente nueva.

Ayer, por ejemplo, dicté una clase sobre la historia de la televisión por cable. Este fue un caso paradigmático en el que el sistema jurídico —en particular, el derecho de autor— se vio en la necesidad de responder a un nuevo desarrollo tecnológico, lo cual llevó a reformas sustanciales en la legislación sobre *copyright*. Dichos cambios fueron eficaces, y su origen radicó precisamente en la aparición de esa nueva tecnología.

Algo similar ocurrió con la radio y, más adelante, con el caso Betamax, en el que nuevamente se recurrió a principios generales ya existentes para ajustar la normativa de manera coherente con los avances técnicos.

En cuanto a la inteligencia artificial, específicamente, Estados Unidos se encuentra en una etapa sumamente temprana. La Oficina de Derecho de Autor y sus especialistas consideran que no es necesario promulgar nuevas leyes de *copyright* exclusivamente para abordar los desafíos que plantea la IA.

Es posible que, en el futuro, se evalúe la suficiencia del marco jurídico general actual. Mientras tanto, hasta el momento existe solo una decisión relevante emitida por una Corte de Apelaciones en este ámbito, lo que demuestra que el desarrollo jurisprudencial en torno a esta materia recién está comenzando.

¹ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

² Mistral AI es una start-up francesa de inteligencia artificial fundada en 2023 por exmiembros de Meta y DeepMind.

III. Las agencias de competencia y telecomunicaciones, por ejemplo, la FTC o la FCC, ¿están preparadas o en todo caso son ideales para supervisar y conducir casos vinculados a datos personales, delitos informáticos o usos indebidos de tecnologías en la red?

Considero que tanto el actual presidente de la *Federal Trade Commission* (en adelante, FTC), Andrew Ferguson, como el presidente de la *Federal Communications Commission* (en adelante, FCC), Brendan Carr, tienen una actitud decididamente proactiva respecto a la regulación de las grandes empresas tecnológicas. Sin embargo, es evidente que no cuentan con todas las herramientas legales que desearían tener para implementar una regulación acorde con sus objetivos.

En el caso de la FTC, se espera que continúe actuando a través de casos relacionados con prácticas desleales o engañosas en el mercado, intentando aplicar el marco legal existente para hacer frente a las grandes firmas tecnológicas. Por su parte, Brendan Carr, desde la FCC, podría intentar apoyarse en el estándar del interés público, ampliamente interpretado, que guía muchas de las actuaciones de dicha agencia, y buscar una lectura expansiva de la Sección 230 del *Communications Decency Act*³, que actualmente limita la responsabilidad legal de las plataformas en línea por los contenidos que alojan.

No obstante, particularmente en el caso de la FCC, estas agencias se enfrentan a un marco jurisprudencial más restrictivo a raíz de recientes decisiones de la Corte Suprema. Entre ellas, destaca el caso *Loper Bright*⁴, que ha implicado la derogación de la doctrina *Chevron*, además de la doctrina de las cuestiones de gran importancia (*major questions doctrine*), las cuales han limitado el margen de actuación de las agencias reguladoras.

Estas restricciones representan barreras importantes para que órganos como la FCC puedan ejercer una regulación tan ambiciosa como la que sus autoridades desearían implementar frente a los desafíos del ecosistema digital contemporáneo.

IV. Hace más de 100 años, el caso *United States v. Terminal Railroad Association* y el desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales marcó el inicio de un proceso de

ordenamiento del mercado desde el derecho de la competencia, que incluso marcó a las posteriores regulaciones. En un escenario en el que tanto Estados Unidos como la Unión Europea mantienen una cruzada contra los gigantes tecnológicos, ¿cabría confiar en el derecho de la competencia como una herramienta de intervención más apropiada que la propia regulación?

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha manifestado cierto aprecio por la noción de *essential facilities* (instalaciones esenciales), pero lo cierto es que nunca ha empleado dicha doctrina de manera sistemática o contundente. Si bien podría señalarse el caso *Terminal Railroad*⁵ como un posible punto de partida, lo cierto es que la doctrina de las instalaciones esenciales en el derecho estadounidense permanece escasamente desarrollada.

Sin embargo, existe un espacio significativo en el cual las demandas por conductas anticompetitivas contra grandes empresas tecnológicas pueden prosperar, como en el caso *Google* (2023) y, más recientemente en el caso *Google Ad Tech* (2025).

Esto demuestra que no es indispensable recurrir a nuevas regulaciones para enfrentar el poder de mercado de las grandes firmas tecnológicas. A diferencia de Europa, donde se han adoptado normas como el Reglamento de Servicios Digitales (en adelante, DSA)⁶ o el Reglamento de Mercados Digitales, en Estados Unidos no se ha implementado legislación equivalente, salvo algunas propuestas legislativas aún no materializadas. Aun así, el sistema jurídico estadounidense ha mostrado que puede litigar con éxito contra las denominadas *Big Tech* mediante las herramientas que ya proporciona la legislación antimonopolio vigente.

No tengo certeza sobre cuál será la posición de la actual Cámara de Representantes respecto a estos temas, pero no considero que la ausencia de regulación —en los términos del DSA, por ejemplo— limite las posibilidades del Gobierno Federal para iniciar demandas y obtener resultados favorables contra las *Big Tech*.

V. ¿La típica regulación económica, que abarca desde la imposición de obligaciones de acceso hasta la fijación tarifaria o límites

³ Communications Decency Act, 47 U.S. (1996).

⁴ *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. 369 (2024)..

⁵ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

⁶ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022.

a la producción, puede ser de algún modo recreable en el mundo de las nuevas tecnologías donde no existen propiamente industrias de redes o monopolios naturales? ¿Es momento de encontrar nuevas justificaciones a la regulación distintas a las que por ejemplo mencionaba Breyer hace casi 50 años?

Actualmente, estamos presenciando una tendencia creciente hacia la regulación de los precios y otras decisiones internas de las *Big Tech*. Los ejemplos más claros provienen de la Unión Europea, donde se han iniciado procesos tanto en materia de derecho de la competencia como al amparo del DMA, especialmente contra Apple. En dichos casos, la Comisión Europea ha sancionado, entre otros aspectos, lo que consideró tarifas excesivas impuestas en sus tiendas de aplicaciones.

No existe evidencia concluyente que permita calificar a estas empresas como industrias de red o monopolios naturales, pero ello no ha impedido que se formulen otras justificaciones para una intervención regulatoria.

VI. ¿Hasta qué punto podemos confiar en la libertad económica que siempre se propugnanó desde la escuela de Chicago? ¿Es aún compatible la eficiencia con el bienestar del consumidor? ¿Es manejable rehuir a la regulación en un mundo tan polarizado y políticamente sensible?

Aun en tiempos de irrupción de nuevas tecnologías, como los que actualmente atravesamos, es posible continuar con la idea de que no es estrictamente necesario intervenir en todos los casos, pues eventualmente la regulación podría afectar la innovación y el bienestar de los consumidores.

El núcleo de la Escuela de Chicago radica en una preferencia por el mercado frente a la regulación gubernamental, la cual se refleja tanto en una preocupación por el poder del Gobierno como por sus capacidades institucionales. En efecto, el Gobierno posee una enorme capacidad de intervención, y en tiempos recientes se ha puesto en evidencia ese poder, por ejemplo, en los intentos de la nueva Administración por reformular el funcionamiento de las universidades o los despachos de abogados.

Por ello, cuando se decide ejercer dicho poder regulador, sus consecuencias pueden ser significativas. Se requiere, entonces, un alto grado de confianza en la capacidad e institucionalidad del Gobierno para implementar una regulación que funcione conforme a los fines deseados.

VII. ¿Cree en general que en el mundo actual circunstancias menos técnicas como el populismo o el paternalismo están condicionando las tendencias regulatorias? ¿Es posible dejar a un lado la ideología al momento de regular?

Considero que efectivamente lo están haciendo. En el caso de los Estados Unidos, esto ha sido evidente tanto durante la Administración de Biden como en la nueva Administración de Trump. En ambos casos, sus discursos reflejan una cierta retórica de populismo económico que influye en la regulación y otras formas de intervención estatal.

La ideología termina marcando muchas de las tendencias en materia de regulación y políticas públicas. De hecho, las regulaciones tecnológicas en algunos países podrían interpretarse como motivadas por un paternalismo político, más que por razones estrictamente técnicas o jurídicas.

VIII. ¿Debemos medir el poder de las *Big Tech* (y sus directivos) bajo el ordinario análisis económico de poder de mercado?, o ¿debemos ir más allá y considerar otros factores como su influencia política y su capacidad informativa?

No considero que existan actualmente formas objetivas suficientes para medir la influencia política. Se trata, quizás, de un concepto demasiado abstracto como para ser evaluado de manera adecuada bajo los parámetros que personalmente estimaría pertinentes. Con esto no quiero decir que otros no puedan abordar este problema; quizá, con el tiempo, se diseñe un nuevo esquema que permita medir la influencia de las *Big Tech* considerando no solo su poder de mercado, sino también otros factores relevantes. Sin embargo, hasta el momento, no considero que exista una herramienta realmente idónea para ello.

IX. En los siguientes meses se publicará su nuevo libro *'The Quest For Next: A Competitive History of the Computer History'*, que incorpora un análisis de múltiples tecnologías en las redes e incluso analiza el futuro de la regulación para las *Big Tech*, ¿puede comentarnos más acerca del contenido y los objetivos de este nuevo trabajo?

Este es un libro en el que vengo trabajando desde hace un tiempo. Es un libro extenso, centrado en la regulación de las industrias informáticas y afines desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad.

Se trata de una historia sobre cómo el derecho *antitrust*, la propiedad intelectual, las políticas de compras públicas y el derecho industrial han moldeado sectores industriales que hoy resultan fundamentales para nuestras vidas. Me parece interesante observar cómo, a lo largo del tiempo, pueden identificarse distintos momentos en los que el *antitrust* ha tenido un rol determinante, así como otros en los que la propiedad intelectual ha sido clave, sin dejar de lado el papel que ha desempeñado el Gobierno, en sus diversas formas y en distintos contextos nacionales.

Hace un momento hablábamos sobre el poder del Gobierno. Uno de sus tantos rostros es la capacidad de decir: “Quiero obtener algo y estoy dispuesto a invertir fuertemente en ello”. Esa es una herramienta sumamente poderosa para orientar los mercados y transformar la sociedad. Lo vimos

con claridad durante la carrera espacial en el contexto de la Guerra Fría.

Incluso podría decirse que uno de los hechos más beneficiosos para los Estados Unidos fue el lanzamiento del *Sputnik* por parte de la Unión Soviética. Este evento llevó al Gobierno y a la sociedad estadounidense a exclamar: “Tenemos que alcanzarlos”, lo que motivó una masiva inyección de recursos, tanto en inversión directa como en compras públicas, en lo que más tarde se conocería como *Silicon Valley*, cuyas repercusiones llegan hasta nuestros días.

En ese sentido, el desarrollo de estas industrias estuvo fuertemente vinculado al impulso estatal, y considero que esta presencia del poder público atraviesa toda esta historia de manera constante. ■

ENTREVISTA: LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL Y SUS DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS

INTERVIEW: THE EVOLUTION OF REGULATION FROM A GLOBAL PERSPECTIVE AND ITS CONTEMPORARY CHALLENGES

Robert Baldwin*

London School of Economics and Political Science

In the context of the evolution of regulation as a discipline, its characteristics that distinguish it from administrative law and the state's police powers are explored. The main theoretical approaches to the regulatory process are addressed, such as public interest, interest groups, and institutional models. These models provide various explanations for the development of regulatory policies, which may vary depending on the context and circumstances.

Additionally, in light of contemporary challenges, the responses of regulatory authorities to situations arising from the COVID-19 pandemic, digitalization, artificial intelligence (AI), and cryptocurrencies are analyzed. The most effective regulatory models for addressing these challenges are evaluated, highlighting the importance of flexible and adaptive regulation in response to global risks. Finally, the need for future legal professionals to develop interdisciplinary skills is emphasized, as this will enable them to address regulatory complexities in an ever-changing world.

KEYWORDS: Regulation; globalization; artificial intelligence; regulatory models.

En el marco de la evolución de la regulación como disciplina, se exploran las características que la distinguen del derecho administrativo y los poderes policiales del Estado. Se abordan los principales enfoques teóricos sobre el proceso regulatorio, como los modelos de interés público, grupos de interés e institucionales. Estos modelos ofrecen diversas explicaciones para el desarrollo de las políticas regulatorias, las cuales pueden variar dependiendo del contexto y las circunstancias.

Además, en el contexto de los desafíos contemporáneos, se analizan las respuestas de las autoridades regulatorias ante situaciones derivadas de la pandemia de COVID-19, la digitalización, la inteligencia artificial (IA) y las criptomonedas. Se evalúan los modelos regulatorios más efectivos para enfrentar estos retos, destacando la importancia de una regulación flexible y adaptativa frente a los riesgos globales. Finalmente, se subraya la necesidad de que los futuros profesionales del derecho desarrollen habilidades interdisciplinarias, ya que esto les permitirá abordar las complejidades regulatorias en un mundo en constante cambio.

PALABRAS CLAVE: Regulación; globalización; inteligencia artificial; modelos regulatorios.

* Abogado. Doctor en Derecho por la London School of Economics and Political Science (Reino Unido). Profesor Emérito de Derecho de la Regulación en la LSE, con amplia trayectoria en consultorías y asesorías a gobiernos y organismos internacionales sobre enforcement, evaluación de impacto normativo y regulación basada en riesgo. Miembro del Panel de Expertos en Regulación de la National Audit Office (Reino Unido) y Comisionado de Apelaciones del Regulatory Appeal Tribunal de Guernsey. Contacto: r.baldwin@lse.ac.uk

Agradecemos de manera especial al Dr. Eduardo Quintana, coordinador de la edición, por contactar al profesor Robert Baldwin y hacer posible esta entrevista.

La presente entrevista fue originalmente realizada en inglés. La traducción al castellano fue realizada por el Consejo Editorial de THÉMIS – Revista de Derecho.

I. ¿Cuándo identificó que la regulación es una disciplina con características que se distinguen del derecho administrativo, de los poderes de policía del Estado?

Un indicio clave del surgimiento de la regulación como una subdisciplina autónoma ha sido el crecimiento de programas universitarios especializados en regulación. Estos programas se expandieron de manera constante en todo el mundo durante la década de 1990, y tanto los estudios como las teorías regulatorias han avanzado significativamente desde entonces. Otro signo ha sido la creación de revistas académicas dedicadas exclusivamente a la regulación. Estas se publican desde hace más de cuarenta años (la *Yale Journal on Regulation* se fundó en 1983), y posteriormente se han sumado otras publicaciones especializadas en temas regulatorios, como *Regulation and Governance*, que inició en marzo de 2007.

Un tercer indicio de que la regulación puede considerarse una subdisciplina en sí misma es que la mayoría de las universidades de prestigio cuentan actualmente con un número considerable de académicos que la reconocen como un área principal de investigación y enseñanza. Como resultado, se han incorporado una diversidad de nuevas perspectivas al estudio de la regulación, lo que ha enriquecido su comprensión. Hoy en día, los artículos y libros dedicados a esta materia constituyen un cuerpo significativo y autónomo de literatura, que ocupa un espacio propio entre –y se nutre de– los campos del derecho, la política, la economía, la psicología y la sociología.

II. Existen diversas teorías sobre el proceso regulatorio (interés público, grupos de interés, explicaciones institucionales), ¿considera que alguno de estos enfoques ha resultado más influyente en la toma de decisiones regulatorias? ¿Cree que ciertos modelos funcionan mejor en economías avanzadas que en economías en vías de desarrollo?

Al examinar las distintas explicaciones sobre la evolución de la regulación, parece claro que cada una de ellas tiene mayor o menor peso dependiendo del contexto particular. Con frecuencia, un análisis convincente de las actividades regulatorias se basa en una combinación de los principales enfoques explicativos, especialmente aquellos conocidos como de ‘interés público’, ‘interés privado/económico’ y ‘poder de las ideas’. No obstante, en ciertos casos, una explicación específica puede resultar más persuasiva respecto de un tema determinado –por ejemplo, cuando existe evidencia sólida de que los intereses privados están impul-

sando las decisiones regulatorias, como sucede cuando la presión de determinados grupos genera fenómenos de captura regulatoria.

En términos más generales, una cuestión interesante es si ciertos enfoques resultan más convincentes y ofrecen mayor capacidad explicativa en determinados momentos históricos. Así, podría sostenerse que, en la actualidad, algunos países –como Estados Unidos– están experimentando un giro cultural, o al menos gubernamental, hacia la promoción del interés individual. Si se adopta generalizadamente un enfoque de ‘la fuerza da la razón’, ello podría favorecer la preeminencia de la explicación basada en los grupos de interés.

En cuanto a la pertinencia de una u otra explicación según el nivel de desarrollo económico de un país, no resulta evidente por qué el grado de desarrollo tendría más peso que otros factores, como el diseño institucional del Estado, la existencia de un sistema jurídico sólido o el respeto por el Estado de derecho.

III. En *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, menciona que la crisis financiera de 2007-2009 generó críticas a la desregulación y promovió un enfoque más estricto. Tras la crisis ocasionada por la pandemia del COVID-19, ¿ha identificado cambios similares en el debate regulatorio? ¿Han surgido nuevas estrategias regulatorias, como los estímulos masivos de la UE y EE.UU., que podrían redefinir el rol del Estado en el mercado?

En el mundo posterior al COVID-19, muchos gobiernos están realizando esfuerzos por reactivar sus economías. En ese contexto, es posible que el factor que más influya en la regulación en el año 2025 sea la alta prioridad que numerosos países otorgan actualmente al crecimiento económico. Si bien los gobiernos han proclamado históricamente su intención de eliminar la burocracia y las regulaciones innecesarias, hoy se perciben señales de una nueva hostilidad hacia la regulación. Esto puede observarse, por ejemplo, en el Reino Unido, donde un gobierno de centroizquierda ha adoptado una postura firme al prometer una reducción del 25 % en los costos de cumplimiento.

A nivel global, el auge del populismo ha dificultado aún más las tareas regulatorias, generando un cambio en las reglas del juego: incluso gobiernos moderados se ven obligados a presentar sus regímenes regulatorios como ágiles, de bajo costo y orientados al fomento del crecimiento económico, en lugar de restrictivos.

IV. En un contexto de globalización, digitalización y creciente interconexión de mercados, los reguladores enfrentan desafíos cada vez más complejos, desde la regulación de criptomonedas hasta la Inteligencia Artificial y los monopolios digitales. ¿Cómo han respondido las autoridades regulatorias a estos cambios? ¿Existen modelos regulatorios específicos que hayan resultado más eficaces para adaptarse a entornos de constante transformación?

La globalización de los mercados ha ido acompañada del crecimiento de riesgos que afectan simultáneamente a múltiples sistemas a través de distintas jurisdicciones (como el cambio climático o la inteligencia artificial). Esto ha dado lugar al surgimiento de una regulación transnacional que, a su vez, exige repensar diversos aspectos, en particular las estrategias regulatorias y la legitimación de dichas formas de regulación.

Desde una perspectiva estratégica, es necesario alejarse de los enfoques tradicionales basados en órdenes y reglas formales, principalmente porque no puede asumirse la existencia de una infraestructura de cumplimiento uniforme en el amplio espectro de jurisdicciones y regímenes regulatorios, que involucran a una gran variedad de entidades gubernamentales y no gubernamentales, así como mecanismos formales e informales de influencia. Frente a riesgos intersistémicos complejos, puede ser necesario adoptar enfoques radicalmente distintos. Las reglas formales pueden verse sustituidas por combinaciones de disposiciones formales e informales, donde cobren mayor relevancia las prescripciones de carácter consultivo, voluntario o aspiracional. Asimismo, ante este tipo de riesgos, debe reconocerse que la regulación tiene una capacidad limitada para controlar los riesgos una vez que estos se han materializado, por lo que podría ser necesario adoptar enfoques *ex ante*, centrados en la prevención. Esto implica un cambio de paradigma en la forma de pensar la regulación.

La legitimación de la regulación transnacional constituye un desafío de enormes proporciones. Es común encontrar regímenes sumamente complejos que buscan controlar asuntos como la contaminación atmosférica y marina. En ellos operan organismos públicos y privados bajo conjuntos de reglas tanto formales como informales, algunas vinculantes y otras no, coexistiendo además múltiples niveles de gobierno. Cada una de las entidades involucradas puede adoptar enfoques distintos de control y tener interpretaciones particulares sobre los objetivos y normas aplicables. En estos escenarios, resulta sumamente difícil identificar objetivos claros del régimen, evaluar su cumplimiento o establecer

con precisión quién rinde cuentas a quién y por qué. La transparencia, por lo demás, es difícil de alcanzar. Todos estos factores se combinan para crear obstáculos significativos a quienes intentan generar apoyo para este tipo de regímenes regulatorios.

V. Desde su perspectiva, ¿qué lecciones podríamos extraer de la experiencia británica en términos de enfoques regulatorios efectivos y fallidos?

La experiencia británica ofrece ciertas lecciones importantes sobre la regulación. Dos de ellas merecen ser especialmente destacadas. En primer lugar, es necesario que los entes reguladores mantengan, de forma constante, los beneficios de la regulación en la atención pública y política. El mensaje debe reiterarse: la regulación no obstaculiza la actividad empresarial, sino que sienta sus bases; una buena regulación fortalece la confianza de consumidores e inversores.

La segunda lección está relacionada con la anterior: deben adoptarse todas las medidas posibles para evitar regulaciones innecesariamente gravosas. Para ello, se requiere que los reguladores sean conscientes, inteligentes y dinámicos. Así, por ejemplo, deben conocer todas las opciones estratégicas disponibles al abordar un problema, en lugar de recurrir automáticamente a soluciones habituales; deben contar con sistemas de información que les permitan identificar qué está funcionando y qué no; y deben ser capaces de reaccionar dinámicamente frente a dicha información, modificando y perfeccionando sus sistemas para obtener mejores resultados y adaptarse a un entorno en constante transformación.

VI. En las conclusiones de Understanding Regulation, destaca el reto de los reguladores para equilibrar intereses divergentes, como los de proveedores y consumidores. Más allá de los principios tradicionales de eficiencia y equidad, ¿qué criterios considera esenciales para que los reguladores logren conciliar estos intereses y minimizar los costos asociados a sus decisiones en la actualidad?

En lo que respecta al papel de los consumidores en la limitación de los costos regulatorios y en la garantía de que sus intereses se equilibren adecuadamente con los de los productores, una cuestión clave es si los regímenes regulatorios permiten a los consumidores un acceso, una voz y una influencia adecuados. Existen limitaciones, en la medida en que los consumidores suelen contar con escasa experiencia técnica en determinadas materias y pueden recibir información limitada tanto en alcance como en oportunidad.

En ese sentido, una función esencial del ente regulador consiste en empoderar a los consumidores, facilitando que accedan a la información y puedan procesarla adecuadamente.

Asimismo, los reguladores deben velar por que las voces de los consumidores y ciudadanos no sean desestimadas por los proveedores, sino que se les otorgue la debida consideración. Este rol del regulador se vuelve especialmente relevante a medida que los riesgos y los problemas regulatorios adquieren una mayor complejidad.

VII. ¿Ha cambiado su perspectiva sobre el rol de la regulación en la última década?

Al mirar en retrospectiva la última década, lo más llamativo no es que el papel de la regulación haya cambiado, sino que el entorno en el cual actúan los entes reguladores se ha vuelto más desafiante que nunca. Por un lado, el contexto político —como ya se ha señalado— se muestra más hostil hacia la regulación que en décadas anteriores. Por otro lado, sin embargo, la necesidad de una regulación eficaz se ha intensificado, en tanto se requiere brindar protección frente a una cantidad aparentemente explosiva de riesgos cada vez más complejos e intersistémicos que enfrenta el mundo.

No es momento para que los reguladores se replieguen. Ha llegado el momento de asumir con firmeza una postura positiva frente a la regulación.

VIII. ¿Cuáles considera que serán las principales líneas de la futura investigación académica en el área de regulación?

Resulta difícil imaginar que la regulación de los nuevos riesgos —como los relacionados con la inteligencia artificial— no se convierta en uno de los temas clave en los próximos años, al igual que el papel y la justificación de la regulación transnacional.

IX. Finalmente, para las nuevas generaciones de juristas interesados en la regulación, ¿qué habilidades considera fundamentales para influir en el diseño normativo del futuro? ¿Cómo pueden prepararse para regular mercados y tecnologías que evolucionan más rápido que el derecho mismo?

Más que nunca, la capacidad de trabajar de manera interdisciplinaria será fundamental en un mundo en constante transformación. Han quedado atrás los tiempos en que abogados o economistas podían mantenerse dentro de sus respectivos márgenes de especialidad; hoy, la disposición a extraer lecciones de diversas disciplinas irá cobrando cada vez mayor relevancia en los estudios y en la práctica de la regulación. Un buen ejemplo de esta apertura interdisciplinaria puede observarse en el impacto que ha tenido la ciencia del comportamiento en el ámbito regulatorio. 🏛️

MEMORIA INSTITUCIONAL

2024-2

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

Durante el ciclo 2024-2, Enfoque Derecho consolidó su posición como plataforma universitaria de difusión jurídica, combinando la continuidad de sus líneas editoriales con una estrategia comunicacional renovada, orientada a la calidad, la accesibilidad y la adaptación a los nuevos formatos digitales. A través del trabajo coordinado de la Comisión de Actualidad Jurídica, se logró mantener una producción sostenida de contenidos, diversificar los enfoques temáticos y fortalecer los vínculos con otras comisiones de THĒMIS.

Uno de los principales objetivos del ciclo fue preservar la presencia digital alcanzada en periodos anteriores. El portal mantuvo más de 30 mil seguidores en Instagram y 58 mil en Facebook, cifras que reflejan una comunidad activa y en constante interacción. Sobre esa base, los esfuerzos se orientaron al fortalecimiento de los formatos de difusión, priorizando la generación de contenido de valor y la optimización de los tiempos de publicación, sin apartarse de la rigurosidad que caracteriza al proyecto.

En esa línea, se desarrollaron semanas temáticas que permitieron establecer un diálogo entre el Derecho y diversas disciplinas. Iniciativas como “Derecho y Moda”, el especial conmemorativo “25 años después. Yo soy Betty, la Fea” y “Halloween entre leyes” constituyeron espacios alternativos de reflexión jurídica, a través de los cuales se abordaron problemáticas contemporáneas desde un enfoque accesible, sin renunciar a la profundidad del análisis. Estas propuestas, además de ampliar el espectro de públicos, evidencian el compromiso del portal con una divulgación jurídica crítica, interdisciplinaria e innovadora.

La cobertura de la coyuntura jurídica, tanto nacional como internacional, se mantuvo como una línea de trabajo constante. A través de publicaciones informativas y análisis breves, se dio seguimiento a los principales acontecimientos del periodo.

Asimismo, se brindó soporte a otras comisiones de THĒMIS en la producción de material audiovisual orientado a la promoción de sus actividades académicas. En ese marco, se realizaron entrevistas a Luis Vinatea, en el contexto del Congreso de Derecho Laboral, y a Valeria Reyes y Henry Zevallos, con motivo del Congreso de Derecho Internacional. Estas entrevistas sirvieron como herramienta de difusión institucional, permitiendo adelantar al público los temas que se abordarían en dichos eventos y reforzando su visibilidad.

En cuanto al componente académico, se continuó con la publicación de artículos jurídicos sometidos a un proceso riguroso de revisión editorial interna, lo que garantizó el mantenimiento de los estándares de calidad propios de la línea editorial de Enfoque Derecho.

Durante el ciclo, se introdujeron mejoras relevantes en productos ya existentes. En particular, los blogs “Bitácora Arbitral” (con la participación del abogado Roger Vidal) y “Apuntes sobre Tributación Sectorial” (en colaboración con el Estudio Santivañez) ampliaron sus formatos mediante la incorporación de entrevistas en video, que complementaron su tradicional contenido escrito. Esta transición respondió a la necesidad de adaptar los espacios especializados del portal a formatos más dinámicos y versátiles, en concordancia con las nuevas formas de consumo jurídico en entornos digitales.

En paralelo, se llevó a cabo una evaluación integral de los productos editoriales del portal, lo que derivó en la culminación de dos espacios emblemáticos: el boletín informativo “Enfoque Semanal” y “Nota”. Esta decisión se fundamentó en la necesidad de reorganizar la estructura de publicaciones y redirigir los esfuerzos hacia contenidos que respondan de manera más efectiva a las preferencias del público actual. En su reemplazo, se priorizó la producción de cápsulas audiovisuales y entrevistas temáticas breves, incorporadas de forma regular a las semanas temáticas programadas.

El desarrollo y sostenimiento de estas iniciativas fue posible gracias al compromiso, la creatividad y el esfuerzo colectivo de todo el equipo de la comisión, cuyo trabajo hizo posible cada uno de los logros alcanzados durante el ciclo. En especial, merece reconocerse la labor de Melissa Gonzales, quien asumiría la dirección de Enfoque Derecho en el ciclo 2025-1, con la convicción y el compromiso necesarios para dar continuidad a los objetivos trazados y seguir fortaleciendo las líneas de desarrollo impulsadas a lo largo de este ciclo.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La Comisión de Contenido se encarga de la planificación, edición, publicación y presentación de *THĒMIS – Revista de Derecho*. En el ciclo 2024-2, la Comisión continuó y consolidó las líneas de trabajo desarrolladas en semestres previos, particularmente en el fortalecimiento del proceso editorial y la mejora del posicionamiento institucional de la revista.

En lo que respecta a las indexaciones, la subcomisión correspondiente actualizó los contenidos del repositorio institucional, las estadísticas académicas, las redes sociales vinculadas y las normas para autores. Asimismo, se contó con la asesoría de un grupo de expertos en la materia, quienes evaluaron el proceso de arbitraje y edición, y propusieron cambios sustantivos que apuntan a elevar la calidad académica y la transparencia editorial de *THĒMIS*.

En cuanto al proceso editorial, la Comisión culminó el trabajo correspondiente a la edición 85, dedicada al 40 aniversario del Código Civil (1984–2024). Esta edición fue impresa, subida al repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú y presentada en un evento académico que llevó el mismo nombre.

El evento de presentación se realizó en el Anfiteatro José Dammert Bellido y se estructuró en dos mesas temáticas. La primera mesa trató el tema de las Nuevas estructuras en el Derecho de Familia, en la que se abordaron cuestiones actuales en torno a las sucesiones, el régimen del concubinato y la evolución del concepto de familia. Esta mesa contó con la participación de Marcela Huaita, Lorena Fernández, Violeta Bermúdez, Alex Plácido y Aldo Santome.

Asimismo, la segunda mesa titulada Nulidades manifiestas en el acto jurídico: identificación y tratamiento judicial, donde se discutieron los criterios doctrinarios y jurisprudenciales sobre nulidades absolutas y relativas, así como su tratamiento judicial en la práctica. Participaron Leysser León, Fort Ninamancco, José Gabriel Rivera, y Olga Vásquez, todos reconocidos especialistas en Derecho Civil.

Ambas mesas reunieron a destacadas figuras del ámbito jurídico nacional, quienes brindaron sus percepciones y análisis sobre los temas propuestos y promovieron un espacio de diálogo intergeneracional y académico; el evento fue moderado por el Dr. Mario Castillo Freyre.

Las labores descritas se realizaron de forma paralela al desarrollo editorial de la edición 86, dedicada al Derecho Penal. Durante este ciclo, la Comisión se encargó de la convocatoria, arbitraje, edición y diagramación de los artículos que conforman la revista. Misma edición que abordó temas fundamentales de la teoría penal y del sistema procesal, e incluye importantes contribuciones de reconocidos académicos y profesionales como Josefina Miro Quesada Gayoso, Percy García Cavero, Erick Guimaray Mori, entre otros ponentes, con quienes quedamos enormemente agradecidos. De igual manera, agradecemos a nuestro coordinador y autor, el Dr. José Reaño Peschiera.

Finalmente, la Comisión eligió como eje temático de la siguiente edición el Derecho Regulatorio, la cual estamos muy ansiosos de leer.

COMISIÓN DE CURSOS Y CAPACITACIONES

El objetivo de la Comisión de Cursos y Capacitaciones de THĒMIS se corresponde con la difusión de la cultura jurídica mediante la planificación y ejecución de eventos académicos. En atención al creciente impacto de la virtualidad, la Comisión advirtió que esta tendencia ha relegado significativamente el valor de la presencialidad, afectando aspectos fundamentales como la inmersión activa de los estudios jurídicos, jueces, profesores, estudiantes y especialistas en los espacios académicos universitarios. En orden de aminorar dichas falencias, la Comisión de Cursos y Capacitaciones se postuló como objetivo ineludible retornar a la presencialidad; en respuesta, durante el período 2024-2, emprendimos la planificación y ejecución de, principalmente, dos eventos de notable trascendencia.

En primer término, organizamos el “Congreso de Derecho Laboral: Procesal, Colectivo e Individual”, llevado a cabo los días 16, 18 y 20 de septiembre en el Auditorio Jorge Avendaño Valdez, el más extenso de la PUCP, el cual congregó de manera simultánea a más de 325 asistentes. Este Congreso tuvo como objetivo abordar, desde la discusión especializada, tres de los ejes más importantes del Derecho Laboral, con la participación, valga la redundancia, de tres coordinadores, todos ellos rankeados “Banda 1” en Chambers & Partners:

- Luis Vinatea (Vinatea & Toyama), quien estuvo a cargo del *Eje Procesal* el primer día del Congreso, en el que destacaron las mesas redondas de discusión “Implicaciones y problemáticas de las modificaciones al recurso de Casación en materia laboral”, moderada por su persona, e “Implicancias del Proyecto de Ley del Código Procesal del Trabajo”, moderada por Magaly Alarcón.
- Mario Pasco (Rodrigo, Elías & Medrano), quien lideró el *Eje Colectivo* el segundo día del Congreso, en el que destacaron las mesas redondas de discusión “Ampliación de beneficios del Convenio Colectivo: ¿igualdad o práctica antisindical”, moderada por su persona, y “Huelga en torno a labores indispensables: examen de necesidad”, moderada por Mariana González-Prada. Asimismo, destacó la mesa temática “Inteligencia Artificial y conflictos sindicales: impactos y perspectivas”, a cargo de Jorge Toyama.
- María Haydée Zegarra (Rebaza, Alcázar & De las Casas), quien dirigió el *Eje Individual* el tercer día del Congreso, con mesas redondas como “Relación laboral a plazo indeterminado: ¿norma o excepción?”, moderada por su persona, y “Trabajadores de confianza: ¿privilegio o indefensión?”, moderada por Helga Irazola.

El Congreso, por su parte, contó con la participación de figuras judiciales y autoridades administrativas, entre estos, los jueces supremos Víctor Castillo y Gino Yangali, el juez superior Juan Carlos Chávez, y Désirée Orsini, presidente del Tribunal de Fiscalización Laboral. Asimismo, congregó a connotados especialistas en cada materia —en total, 32—, como César Abanto, Paul Paredes, Álvaro Vidal, Mónica Pizarro, César Puntriano, Armando Gutiérrez, Carlos Quispe Montesinos, César Gonzales Hunt, Orlando De las Casas, entre otros.

Por lo demás, con motivo de conmemoración de la vuelta a la presencialidad de magnos eventos organizados por THĒMIS, en colaboración con la Sastrería Firenze, el 12 de septiembre se llevó a cabo el “Cóctel THĒMIS”, un espacio de confraternización destinado a los ponentes del Congreso. La ocasión se vio honrada con la presencia de nuestro fundador, el Dr. Domingo García Belaunde, quien ofreció unas breves palabras evocando los orígenes de THĒMIS, tanto en su faceta de Revista como de Asociación.

En segundo término, organizamos y ejecutamos el “Simposio de Derecho Civil: Acto Jurídico, Reales y Obligaciones”, llevado a cabo el día 6 de noviembre en el Anfiteatro Armando Zolezzi, mismo que consiguió acaparar de manera simultánea a más de 80 asistentes, alcanzando así la totalidad del aforo disponible. En esta primera edición, cabe destacarse la mesa denominada “La noción de causa en el acto jurídico: ¿elemento imprescindible o carga innecesaria?”, que contó con la participación de Leysser León y Rómulo Morales como ponentes, así como con Piero Cortina en calidad de moderador.

COMISIÓN DE CURSOS Y CAPACITACIONES (continuación)

El Simposio, en tanto que formato, se constituyó a partir de caracteres definidos. Así, se concibió bajo la aspiración de dotar a la Comisión de Cursos y Capacitaciones de una suerte de emblema o distintivo; en definitiva, se espera que, con el decurso de los años, el mismo pueda enmarcarse como un producto dotado de periodicidad, así como guiado por el anhelo de perpetuar un espacio de discusión con rasgos inalterables: (i) ingreso estrictamente gratuito; (ii) naturaleza eminentemente dialógica y de discusión, antes que teórica; (iii) ausencia absoluta de fines económicos, razón por la cual no podrá, en ningún supuesto futuro, verse vinculado con alianzas que condicionen la selección de ponentes en función de intereses ajenos a su espíritu académico; (iv) predominio de la perspectiva académica sobre la mera práctica profesional del Derecho, priorizando el intercambio intelectual entre académicos.

Asimismo, en colaboración con la comisión de Seminarios, la Comisión de Cursos y Capacitaciones ofreció su apoyo en la organización y ejecución del “I Congreso de Derecho Bancario y Financiero”, mismo que se realizó en modalidad virtual los días 27, 28 y 29 de noviembre. Este evento reunió a más de 90 asistentes en simultáneo, y tuvo como coordinador a Daniel Gonzales (Rebaza, Alcázar & De las Casas). Entre las mesas temáticas abordadas, destacaron “*Acquisition Finance*”, “Reestructuración financiera: a la luz del caso PetroPerú” y “*Project Finance*”. Por su parte, contó con la participación de diversos especialistas de renombre, como Luis Miguel Elias, Jose Villafuerte, Jose Jiménez, Diego Haarman, entre otros.

Por último, durante la presente gestión, la Comisión pudo acaparar un repertorio, tanto extenso como inédito, de alianzas institucionales con diversas entidades, estudios e, inclusive, empresas: Vinatea & Toyama; Rebaza, Alcázar & De las Casas; Gaceta Jurídica; Sastrería Firenze; Editorial Economía y Finanzas; SUNAFIL; LP Derecho y Navarrete Maldonado Abogados.

“El agradecimiento que solo consiste en el deseo es cosa muerta, como es muerta la fe sin obras”.

Miguel de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

En el ciclo 2024-2, Khuska, el Programa de Desarrollo Social de THĒMIS, ha seguido fortaleciendo su misión de acercar la cultura jurídica a la comunidad desde una perspectiva accesible y colaborativa.

Al inicio del ciclo, la comisión llevó a cabo un voluntariado en el Centro de Atención Residencial del Inabif Ermelinda Carrera”, denominado Derecho y Ciudadanía”. Este programa estuvo dirigido a adolescentes de 15 a 17 años y se estructuró en tres sesiones temáticas. En la primera sesión, se abordó el Derecho Laboral con la participación de Karla Zuta, asociada senior del estudio Benites, Vargas & Ugaz, gracias a una alianza institucional. La segunda sesión estuvo enfocada en Derechos Humanos, contando con la intervención de Andrea Luque, abogada del IDEH PUCP. Finalmente, en la tercera sesión sobre Ciudadanía, nos acompañó Paz Rodríguez, consultora en temas de trabajo y empleo para la Organización de Estados Americanos. Para reforzar los aprendizajes, se diseñaron y entregaron folletos didácticos a cada una de las participantes.

Además, la comisión participó en diversos eventos organizados por otras instituciones, fortaleciendo redes de colaboración. Entre ellos, se destaca la asistencia al evento de Alianza *Pro Bono* en el Estudio Echecopar, donde se tuvo la oportunidad de entrevistar a Ángela Vigil, directora ejecutiva de *Pro Bono* Global. Asimismo, se participó en el evento del Inabif “Testimonios que Inspiran”, donde se realizó una entrevista a Matilde Cobeña, viceministra del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Estas experiencias permitieron visibilizar el trabajo de la comisión y generar espacios de intercambio con actores clave en el ámbito jurídico y social.

En el ámbito de la educación legal, se organizó un evento virtual en colaboración con la Asociación Grupo de Trabajo Redes y el Estudio Benites, Vargas & Ugaz, centrado en los derechos laborales de las trabajadoras del hogar. La conferencia fue desarrollada por Karla Zuta y María Eugenia Tamariz, quienes brindaron un análisis exhaustivo del tema. Además, se entregó la grabación del evento a la Asociación Grupo de Trabajo Redes para su difusión y aprovechamiento futuro.

Otro hito significativo fue la alianza estratégica con la Casa Ronald McDonald, que permitió llevar a cabo el voluntariado “Derecho y Salud: Apoyo Jurídico a los Padres de Niños Internados”; en su sede de Jesús María. En la primera sesión, Andrea Luque, abogada del IDEH PUCP, abordó el derecho a la salud y la protección frente a la discriminación. La segunda sesión, sobre Derecho Laboral y permisos frente a enfermedad de los menores, fue dictada por Enrique Arias, asociado del estudio Miranda & Amado. Finalmente, la tercera sesión trató el procedimiento de denuncia frente a una negligencia médica, a cargo de Carlos Almonacid, ex Jefe del Programa de Derecho a la Salud de la Defensoría del Pueblo. Para este voluntariado, se elaboraron folletos informativos para cada sesión, además de un manual en tapa dura que fue dejado en la central de la Casa Ronald McDonald para su uso continuo. La actividad contó con la participación de miembros de diversas comisiones de THĒMIS, fortaleciendo el sentido de comunidad y compromiso.

En el marco de los eventos académicos, se llevó a cabo el evento central del ciclo en alianza con la Facultad de Derecho de la PUCP, en el anfiteatro Dammert. Este evento, titulado “Hacia una Justicia Accesible: Entre la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Arbitraje”, reunió a ponentes de gran prestigio, como Arianna Bassino, Silvia Herencia, Giovanni Priori y Uber López. El objetivo fue analizar la importancia del debido proceso y sus carencias, así como evaluar si el arbitraje puede ser una alternativa viable. Como parte de la estrategia de difusión, se entregaron pines conmemorativos y se colocó un banner en la Facultad para aumentar la visibilidad del evento.

Se colaboró con el Grupo de Investigación sobre Teorías de la Justicia y Derecho de la PUCP en la organización del seminario “Justicia en Salud, Bioética y Derecho: Reflexiones desde

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL (continuación)

el Perú”, un evento de dos días que reunió a especialistas en un tema poco explorado en el país. La relevancia de este seminario radicó en su carácter innovador y en su contribución a la discusión sobre el acceso a la salud desde una perspectiva jurídica y ética.

La relevancia de cada uno de estos proyectos radica en su impacto directo en la comunidad y en la creación de espacios de aprendizaje accesibles y colaborativos. En términos de difusión, todos estos eventos y voluntariados han sido acompañados por diversos videos en la plataforma de Instagram, lo que ha permitido ampliar significativamente su alcance. Esta estrategia digital ha resultado clave para visibilizar la labor de la comisión y generar un impacto mayor en la comunidad.

Asimismo, la comisión participó en la Feria de Responsabilidad Social Universitaria, organizada por el Centro Federado de la Facultad. Este espacio resultó clave para dar a conocer el trabajo de Khuska a la comunidad estudiantil. Como parte de la estrategia de sensibilización, se distribuyeron stickers con frases alusivas a los valores promovidos por la comisión.

Durante el ciclo, se realizaron entrevistas de alto impacto, como la conversación con Ángela Gómez sobre las modificaciones a la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y con Rafael Chanjan, quien analizó la criminalidad en el Perú. Estas entrevistas permiten abordar temas complejos de manera accesible y pedagógica, facilitando la comprensión del público.

Además, se promovieron los seis ejes de trabajo de la comisión (ciudadanía, género, medio ambiente, educación legal, inclusión e interculturalidad) a través del análisis jurídico de canciones, obras, pinturas y películas. Esta estrategia permite presentar el derecho desde una óptica didáctica y atractiva, logrando una mayor conexión con el público.

En términos de posicionamiento digital, la comisión incrementó su presencia en LinkedIn, utilizando esta plataforma para difundir el apoyo recibido de diversos abogados, instituciones y estudios jurídicos. Esta estrategia contribuyó a consolidar una imagen más formal y profesional dentro del ámbito jurídico.

Finalmente, Khuska continuó generando contenido jurídico en sus redes sociales mediante infografías y análisis de actualidad. Se abordaron temas como la situación migratoria en el Perú, la democratización de la justicia arbitral, la inseguridad ciudadana, las elecciones presidenciales en Estados Unidos, la pena de muerte en el Perú y la inseguridad alimentaria. Asimismo, se destacaron noticias relevantes, como la situación de los ecosistemas peruanos en peligro y el caso de Gisele Pelicot. Se conmemoraron fechas clave, como el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y el Día de la Despenalización del Aborto, reafirmando el compromiso de la comisión con la promoción de los derechos humanos y el desarrollo social.

COMISIÓN DE SEMINARIOS

La Comisión de Seminarios tiene como finalidad la planificación y ejecución de eventos académicos que fomenten un análisis crítico y un enfoque interdisciplinario en torno a temas jurídicos de interés coyuntural. En el segundo semestre del 2024, la comisión reafirmó su compromiso con la difusión de la cultura jurídica mediante la organización de dos eventos de gran relevancia, ambos desarrollados en modalidad virtual a través de la plataforma *Zoom Webinar*.

En primer lugar, se llevó a cabo el I Congreso de Derecho Internacional Público y Privado, coordinado por Henry Zevallos y Valeria Reyes. Este evento congregó a ponentes tanto nacionales como internacionales, permitiendo el abordaje de temáticas vinculadas a las relaciones jurídicas entre Estados, la solución de controversias internacionales, así como aspectos prácticos del arbitraje internacional. El congreso contó con más de 250 entradas vendidas, lo cual demuestra el creciente interés por el Derecho Internacional dentro de la comunidad jurídica y la importancia de este tipo de eventos.

En segundo lugar, se organizó el Congreso de Derecho Bancario y Financiero, en conjunto con la Comisión de Cursos y Capacitaciones y bajo la coordinación de Daniel Gonzales. Este evento se desarrolló en tres jornadas que abordaron, mediante mesas temáticas y redondas, una amplia gama de temas actuales. Se discutieron los retos de la banca en Latinoamérica, la regulación de criptomonedas, las fuentes de financiamiento local e internacional, las reformas al sistema financiero peruano, la responsabilidad de entidades estructuradas, el project finance, la tributación financiera y figuras contractuales como la cláusula de aceleración, concluyendo con un caso práctico sobre compras apalancadas.

La Comisión de Seminarios continúa trabajando con el firme propósito de consolidar espacios académicos que promuevan el intercambio de ideas y el desarrollo del pensamiento jurídico en el país.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

En su continuo compromiso por la elaboración y difusión de libros de vanguardia, con alto rigor académico y un enfoque innovador y transversal, la Comisión de Publicaciones de la Editorial Jurídica THĒMIS ha publicado la obra “Contrataciones con el Estado: una mirada crítica al futuro de su regulación”, bajo la coordinación del Dr. Juan Carlos Morón Urbina. La presentación de este libro se llevó a cabo en un evento de gran éxito, que contó con la participación de ponentes de reconocida trayectoria y una asistencia destacada.

Asimismo, con el objetivo de fortalecer y optimizar el proceso editorial, se llevó a cabo una actualización del manual de edición, incorporando nuevos supuestos para una mayor precisión y coherencia en las publicaciones. En este marco, entró en vigor la nueva “Guía de Edición”, la cual establece criterios revisados y mejorados para garantizar la excelencia en cada obra publicada.

Además, en línea con su visión estratégica, la Editorial Jurídica THĒMIS ha suscrito una alianza institucional con la imprenta Tarea Gráfica, asegurando la estabilidad de los costos de impresión para todas las publicaciones del año 2025. Este acuerdo permite congelar los precios, evitando el incremento proyectado del 35% anual, lo que representa un beneficio significativo para la sostenibilidad de futuras ediciones.

Finalmente, como parte de su labor de difusión del conocimiento jurídico, se ha realizado la impresión de un segundo tiraje de 150 copias del libro “Conceptos: Derecho Procesal”, en colaboración con el Estudio Jurídico Ames, reafirmando el compromiso de la Editorial con la promoción y accesibilidad de contenidos de alta calidad en el ámbito jurídico.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

El ciclo 2024-2 representó un período altamente productivo para la Comisión de Recursos Humanos, en el cual logramos ejecutar con éxito las actividades de integración planificadas, generando un impacto positivo y dejando una huella memorable en todos los comisionados. La Comisión de Recursos Humanos tiene por objetivo velar por el bienestar general de THĒMIS y sus miembros. Para ello, desempeña dos funciones fundamentales: la función fiscalizadora y la función integradora.

En el marco de la función fiscalizadora, se realizaron entrevistas de inicio y fin de ciclo con todos los miembros de la asamblea, con el objetivo de conocer su experiencia en la asociación e identificar posibles puntos de mejora. A la par, durante el ciclo, se tuvo reuniones con directores y comisionados, donde se trataron temas relacionados con el ambiente dentro de sus respectivas comisiones. Asimismo, se llevó a cabo un cronograma semanal para organizar la limpieza de la oficina de THĒMIS.

Además, se iniciaron gestiones para la reforma del estatuto fiscalizador de la asociación, con el objetivo de optimizar los procesos y garantizar una gestión más eficiente. Estas modificaciones no solo contribuirán a procesos más equitativos, sino que también permitirán una mejor distribución de los recursos humanos dentro de la asociación, potenciando su impacto en otras áreas clave. Asimismo, durante este ciclo, se fortaleció la Comisión de Género, integrada por representantes de diversas comisiones.

En el marco de la función integradora, se realizaron distintas actividades, como la Fiesta de Bienvenida (de nuevos miembros) y Despedida (de los antiguos), a la que denominamos “*Masquerade*”; la Semana THĒMIS, con temática de Intensamente 2; e Intercomisiones, con temática de políticos peruanos.

Por otro lado, un logro significativo fue la reactivación de la cuenta interna de Instagram de la asociación, *Backstage*, que se convirtió en un espacio de interacción y comunidad. A través de publicaciones diarias con fotos, mensajes, canciones y videos, se fomentó un sentido de identidad y cercanía entre los comisionados, creando un canal para compartir y desconectarse momentáneamente de las responsabilidades diarias.

Finalmente, logramos llevar a cabo el tan esperado Campathēmis, un evento que reunió a la Asamblea, incluidos miembros extraordinarios, en un fin de semana de integración, diversión y creación de recuerdos inolvidables. Más allá de ser una actividad recreativa, Campathēmis representa una tradición que permite a los comisionados más antiguos dejar un legado para las nuevas generaciones, fortaleciendo así el sentido de comunidad y pertenencia dentro de THĒMIS.

Tras alcanzar con éxito varios objetivos de este ciclo, en la Comisión de Recursos Humanos reafirmamos nuestra convicción de que la mejora y el aprendizaje son procesos constantes. Los logros mencionados no marcan un punto de descanso, sino un impulso para seguir avanzando con mayor determinación. Con esta visión, afrontamos con entusiasmo la próxima gestión, que traerá nuevos retos y oportunidades de crecimiento. Nos ilusiona, en particular, la realización de eventos clave, como la fiesta de aniversario, junto con la puesta en marcha de proyectos innovadores destinados a fortalecer la asociación y enriquecer la experiencia de nuestro equipo.

COMISIÓN DE FINANCIAMIENTO

La Comisión de Financiamiento se ha posicionado, dentro de la estructura organizacional de THĒMIS, como el puente que conecta cada uno de nuestros proyectos con el resto del mundo. Mediante la correcta división de sus funciones internas, Financiamiento ha logrado expandir el alcance de la Asociación, colaborando con grandes estudios de abogados y empresas, así como reconocidos juristas y exponentes del derecho peruano para poder ampliar el alcance de la Asociación de estudiantes más prestigiosa del Perú. De esta manera, la comisión abre puertas para cumplir con su principal función: ser la principal fuente de recaudación de THĒMIS. Este objetivo se ha consolidado por medio de tres principales ejes.

Primero, la Comisión de Financiamiento es la encargada de gestionar El Buffet: una plataforma multimedia encargada de difundir la cultura jurídica y conectar a THĒMIS con renombrados abogados, dentro y fuera del país. Si bien el formato de El Buffet ha variado a lo largo de los últimos ciclos –en la actualidad– se ha consolidado como una plataforma de contenido multimedia (principalmente por medio de Podcasts) que da una “probada” distinta de diversas ramas y experiencias en el ejercicio del derecho.

En este semestre, se contó con la participación de 7 renombrados abogados que decidieron compartir un poco de su experiencia profesional con la audiencia de El Buffet. Adicionalmente, se estrenó un nuevo segmento de entrevistas bajo el nombre de “Ingrediente Secreto”, por medio del cual se busca acercar, a la comunidad, a las diversas ramas del derecho de la mano con reconocidos exponentes. Solo algunos de los temas abordados en El Buffet fueron: (i) “La presencia femenina en el mundo del derecho”, con la participación de las Dras. Mayra Bryce y Lucia Rodrigo; (ii) “El desarrollo profesional de un abogado destacado en Derecho Civil”, con la participación del Dr. Gastón Fernández Cruz; y, (iii) “El desarrollo profesional de una abogada destacada en Derecho Constitucional”, con la participación de la Dra. Elena Alvites.

Segundo, la Comisión ha logrado gestionar diversos auspicios, alianzas estratégicas y alianzas institucionales por medio del grupo de trabajo encargado de “Relaciones Comerciales”. Reconociendo el potencial de Financiamiento para poder gestionar alianzas con importantes colaboradores del medio, la Comisión logró colaborar con más de 12 instituciones, dentro de las cuales se encuentran estudios, empresas, departamentos académicos, centros de arbitraje, entre muchos otros. De esta forma, se concretizaron auspicios y alianzas que fomentan la expansión y posicionamiento de THĒMIS, así como la conexión con otras asociaciones del país para la ejecución de próximos proyectos conjuntos.

Tercero, la Comisión concretizó relaciones comerciales con 7 librerías para poder expandir la venta de los productos de la Asociación dentro y fuera del Perú. Adicionalmente, se elaboraron novedosas propuestas de productos que serán vendidos próximamente por THĒMIS, expandiendo la versatilidad de la marca y alcance de esta de la mano con la visión de la comisión. Finalmente, se consolidó el manejo de la nueva página web de la Asociación, la cual es actualizada constantemente para poder ofrecer beneficios a nuestros colaboradores y expandir las ventas de THĒMIS.

Así, en el segundo periodo del año 2024, la Comisión de Financiamiento logró solidificar su misión y visión dentro de THĒMIS, destacando su capacidad para ser el puente que conecta los proyectos y productos de la Asociación de estudiantes más prestigiosa del Perú con el resto del mundo.

HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

PRIMERA ÉPOCA

THĒMIS 1	Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 4	Domingo García Belaunde
		THĒMIS 5	Domingo García Belaunde
THĒMIS 2	Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
		THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva
THĒMIS 3	Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz		

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
		THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
		THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
		THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
		THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
		THĒMIS 18	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 19	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 5	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 20	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 6	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 21	Eduardo Sotelo Castañeda
THĒMIS 7	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 22	Eduardo Sotelo Castañeda
THĒMIS 8	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 23	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria	THĒMIS 24	José Ignacio Castro Otero
		THĒMIS 25	Enrique Felices Saavedra
		THĒMIS 26	Enrique Felices Saavedra

THĒMIS 27	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 28	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 63	Carlos Fernando de Tra- zegnies Valdez
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas	THĒMIS 64	Carlos Fernando de Tra- zegnies Valdez
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas	THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizar- zaburu
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo	THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizar- zaburu
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulano- vich	THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulano- vich	THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulano- vich	THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba	THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba	THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Me- jía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez- Carpi	THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez- Carpi	THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez- Carpi	THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca	THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado	THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado	THĒMIS 77	Lucía Beatríz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea	THĒMIS 78	Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez	THĒMIS 79	Chiara Lucía Jacob Camaiora
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique	THĒMIS 80	Franco Arce Saldarriaga y Joyce Uriol Quiroz
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chi- rinos	THĒMIS 81	Joyce Uriol Quiroz y Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chi- rinos	THĒMIS 82	Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas	THĒMIS 83	Danae Ramos Granados
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaún- de de Cárdenas	THĒMIS 84	Valentina Hernández Bernos
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar	THĒMIS 85	Ignacio Enrique Tovar Otero
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar	THĒMIS 86	Clara Dafne Porras Sánchez
THĒMIS 53	Luis Miguel Velarde Saffer	THĒMIS 87	Mariana del Rosario Bazán Soriano
THĒMIS 54	Luis Miguel Velarde Saffer		
THĒMIS 55	Mario Drago Alfaro		
THĒMIS 56	Mario Drago Alfaro		
THĒMIS 57	María José Higuera Chicot		
THĒMIS 58	Claudia Lazarte Abarca y Mariano Perú Mayandía		
THĒMIS 59	Mariano Perú Mayandía y Guillermo Arribas Irazola		
THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola		

Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Mariel Abad Vergara | Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Ana Valeria Acosta Salaverry | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Valeria Aguado Araujo | Édgar Aguirre Ramos | Alexandra Aguirre Sumarriva | Romina Alarcón Bonilla | Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Alejandra del Carmen Aquije Cornejo | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León- Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Franco Arce Saldarriaga | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido-Tagle | Ariana Armacanqui Paredes | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Bavestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Mirella de la Cruz Aquino | Inés Baca de la Piedra | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú | María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García-Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batievsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo | Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre | Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | María Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neunmann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Zuly Niskar Bolaños Enríquez | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach | Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Laura Bravo Chagua | Ángel Sebastián Bravo Morales | Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Vivian Bustamante Yabar | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Franco Marco Caccia Arana | Liz Ana María Cachi Delgado | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Ana Calderón Torres | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Arisa Pamela Campos Ramírez | Cecilia Cánepa Olaechea | Lilian Cánepa Yufra | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez | Alejandra Sofía Carrillo Ayala | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar | Marcelo Castilla Báez | Andreé Castro Arequipaño | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panes | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Nadia Cautivo Padilla | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Caverro Alva | Gabriel Cayani Banda | Luz Andrea Caycho Cáceres | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | Adriana Chávez Copa | Ariana Chávez Cortez | Melady Steffania Chávez Macuado | María José Chávez Pozzi-Escott | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros | Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia |

Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñaqui | Luis Felipe Cornejo Arenas | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao | Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Coter Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Lucia Cuglievan Blume | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman | Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koehlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Gabriela Lucía de Olazábal Aguilar | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio | José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas | Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Diego Durand Torres | Javier Echeopar Sabogal | Juan Antonio Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | María José Erasquin Herrada | María José Escobar Castillo | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Yhasira Elisa Fabián Terreros | Rodrigo Falla Valdez | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Gabriela Isabel Fernández Mendoza | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Izaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Rossmery Flórez Huacasi | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | Fernanda Franco Dulanto | José Enrique Frías Amat y León | Daphne Friedman Flores | Sandra Fuentes Ñique | Alexia Gaitán Meléndez | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jimenez | Alejandra Estefanía Gallardo Sigvas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Nicol Lucero Gaona Buitrón | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Alessandra García Rojas | Frank Fermín García Santos | José Luis Gargurevich Valdez | Santiago Gárnica Franco | Mijael Garrido-Lecca Palacios | Rubiela Gaspar Clavo | Bruno Giusti Díaz | Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Cristina Gonzales Camarena | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Lucrecia González-Olaechea Dutari | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Sol Guevara Ratto | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaray Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Mariani | Gabriela Herbozo Villayzán | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fanny Herrera Cevasco | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin | María José Higuera Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra | Ísabo Hospinal Alcántara | Steven Hu Huang | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Iribarren

Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | Chiara Lucía Jacob Camaiora
| Alessandra Jaramillo Rojas | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara
| Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio Kuljevan Pagador | Diego La
Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix
Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco Gallofré | Fernando Lanfranco
Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Katherine Larios Pulido | Erick Lau Gastelo |
Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarbú |
Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch
Loebl | Adrián Rodolfo Lengua Parra | Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra |
Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana
Gisella Lesem Guerra | Ciomar Levano Vía | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza
| Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro
Lira Pinedo | Juan Alberto Liu Sánchez | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova
| Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró | Gustavo López-Ameri Cáceres | José
Rodrigo López Castro | Lucia Beatriz López Gallardo | Henry López Javier | Uber Adán
López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia
Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia
| Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana
Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani
Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Nariel Mansilla Lingán
| Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García
| Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia
Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Kathia Martínez Tarazona | Pablo Martínez
Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz
| Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela
Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Joaquín
Alejandro Mejía Cacho | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola
Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia
Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses
Sala | Mirlú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Hector Gianfranco Míñope
Ferro | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas
| Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina
Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier
Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan
Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibaguren |
Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla
More Sánchez | Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Sebastián
Morello Montes | Giuliana Moreno Horna | Pablo Mori Bregante | Johanna Mosqueira
González | Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán | Jaime
Mur Campoverde | Jackeline Murillo Díaz | Valeria Alejandra Murrieta Noly | Milagros
Mutsios Ramsay | Alonso Nájjar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Mariana Negri
Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Gonzalo Milton Noriega Chuquiray |
Ariana Novoa Suarez | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel
Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica
Núñez Salas | Raúl Ntato Zevallos | Cecilia O'Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso |
Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría
Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio
Olórtgui Marky | Bernardo Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz
Ayalá | Katherine Lisseth Ortiz Cornejo | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Carlos
Osorio Alza | Valeria Osorio Véliz | Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez
| Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena
Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza
Olivares | Emilio Paliza Ortega | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara |
Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea
Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel
Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Denisse Paucar Laurencio | Juan Manuel
Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán
| Macarena Penny Yrigoyen | Fernando Peña Neves | Álvaro Peña Villanueva | Miranda

Peñaloza Gonzales | Sebastián Pepper Smith | Joseline Pérez Cámara | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Perú Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante | Alejandro Peschiera Bonifaz | Cristina Phicihua Aliaga | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Pilar Pizarro Bustamante | Alejandra Podestá Gutarra | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo | José Miguel Porto Urrutia | Diego Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain | Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique | Angélica Patricia Pretell Gómez | Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini- Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alayza | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez | Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaíta | Tamara Rezzallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Alejandro Robles Quispe | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Alessandra Camila Rocca Rodríguez | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | María Paz Rodríguez Galiano | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Daniel Rodríguez Tamo | Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Valeria Rojas Valverde | Rodrigo Román Olarte | Angela Romero Carranza | Diana Romero Rodríguez | Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Miguel Rosas Ramírez | Carla Rossini Medina | David Jesús Rubio Alcantara | Juan José Ruda Santolaria | María Paula Ruiz Coral | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Alexis Salinas Temoche | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | María Fernanda Sanabria Gamboa | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Michel Seiner Pellny | Claudia Mariana Sequeiros Ugarte | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthia Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Rosa Sobrados Burgos | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissner | Sebastián Soltan Salazar | Karla Soria Valeriano | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Andrea Tapia Olivares | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Daniela Torres Seperak | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendivil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Renato Urbina Santillán | Alejandra Uribe del Águila | Joyce Alexandra Uriol Quiroz | Mateo Francisco Valdez Alcazar | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Renato Martín Valdizán Cervantes | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Axel Valverde Pariasca | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán

| Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes | Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoin | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez | Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Nicole Velazco Velazco | César Eduardo Véliz Núñez | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurizaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos Ylizarbe | Rosa Mariela Villalón Orellana | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | María Fernanda Villanueva Ruete | Carmen María Villarán Ascenzo | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía Villegas Zorrilla | Piero Vivar Pajuelo | Joyce Vivas Huaccho | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Angie Yman Palomino | Enzo Yturizaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Fiorella Zamora Mego | Bruno Zanoló Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vílchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Diego Humberto Zumarán Castro | Fiorella Zúñiga Dede

MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio † | Felipe Osterling Parodi † | Jorge Avendaño Valdez † | César Landa Arroyo | Javier de Belaúnde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego † | Javier Neves Mujica †

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho expresa su especial agradecimiento a Rodríguez Angobaldo Abogados por su apoyo a la presente edición, así como a las distinguidas instituciones que auspiciaron la celebración de nuestro aniversario: Rebaza, Alcázar & De las Casas; Reyes & Consultores Asociados; Estudio Avendaño Abogados; Viera Abogados; Miranda & Amado, cuya contribución honra y enriquece esta conmemoración.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor:

2024-1: Adriana García, Luis Angel Rivera, Cesar Loyola, Dayana Martinez, Gianella Alvarado, Luis Pebe Muñoz, Patricia Quiñones, Mirella Pezzia, Lucía Ferrer, Mairét Casamayor, Kelly Espino, Mauricio Ferradas, Carlos Huivin, Lucia Sánchez, Naomi Sánchez, Valeria Brünner, Arael Cohen, Flor Arévalo, Fabiana Infantas, Patricio Angeles, Andrea Palacios.

2024-2: Ignacio Tovar Otero, Antonella Portocarrero Ramos, Andrés Encabo Caballero, Samantha Salinas Villena, Jackelyn Huayapa Chilingano, Rosmery Pinares Martinez, Isavo Rojas Távara, Gabriela Quiroz Ligarda, Dyanella Salas Molero, Josefina Moncada Alcántara, Ariana Almeida Palomino, Francisco Taipe, Mario Genit Hereña, Claudia Campos Camargo, Deycé Cherres, Josué Zabarburú Román, Fátima Alegre Theran, Sara García Venero, Margaret Quispe Martínez, Daniela Menéndez, Sebastián Ezeta Tafur, Camila Arenas Valdivia y Isabel Almeyda.

Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.
2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.
3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.
4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espaciado simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.
5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.
6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.
7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.
8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) séptima edición.
9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

Referencias

Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (séptima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.
11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.
12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía *web*.

TÍTULO DEL ARTÍCULO

ARTICLE TITLE

Nombre y apellidos del autor*

Institución en la que el autor enseña o labora

En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario,
Miembro del Consejo Consultivo, Exmiembro del Consejo Ejecutivo,
Exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)

Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.

Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.

It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.

Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.

KEYWORDS: Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.

PALABRAS CLAVE: Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 88

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central **Derecho Constitucional**.

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a **themisconsejoeditorial@gmail.com**.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.



© **Autor desconocido (Siglo XIX)**
Escena de hombres jugando ajedrez

Óleo sobre lienzo
[Medidas no especificadas]