

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Título: “El principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador peruano: Análisis de la normativa sectorial que regula criterios de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora del Organismo Supervisor de la Inversión de Infraestructura de Transporte de Uso Público, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP”

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTOR:

Alex Manuel De la Cruz Peña

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20121440

2019

RESUMEN

De la revisión de la normativa sectorial emitida recientemente se puede constatar que por vía legal o reglamentaria se ha atribuido a algunas entidades de la Administración Pública la facultad para no dar inicio a un procedimiento sancionador. Al respecto, el análisis sobre si el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter obligatorio o facultativo ha sido objeto de debate en la doctrina española originándose posturas contrapuestas sobre el tema, con lo cual no habría un consenso sobre la admisión del principio de oportunidad en el ámbito sancionador. En ese contexto, este trabajo tiene por finalidad analizar cuáles serían los alcances y límites de la aplicación del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico. Esta investigación se justifica en la ausencia de un reconocimiento expreso del citado principio en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG). Luego del análisis de la regulación sectorial y acogiendo la postura planteada por el profesor Rebollo Puig, se concluye que sería admisible incorporar el principio de oportunidad en materia sancionadora en el TUO de la LPAG, pero esta situación se encontraría condicionada al cumplimiento de tres aspectos: (i) en primer lugar, siguiendo el planteamiento del profesor Rebollo, que los criterios de oportunidad que otorgan discrecionalidad sobre la decisión de dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador tendrían que estar regulados en una norma con rango de ley; (ii) en segundo lugar, que la aplicación de este principio tendría que darse antes del inicio formal del procedimiento sancionador, concretamente durante las actuaciones previas al procedimiento sancionador; (iii) en tercer lugar, que este principio únicamente sería aplicable para las conductas calificadas como infracciones leves.

ÍNDICE

I. Introducción	5
II. Capítulo I: El principio de oportunidad en el Derecho Administrativo Sancionador	7
1.1. La relación entre el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.....	7
1.2. Características del principio de oportunidad en el Derecho Procesal Penal	10
1.2.1. Definición	10
1.2.2. Fundamento.....	11
1.2.3. Sistemas de regulación	11
1.2.4. El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal.....	12
1.3. Sobre la compatibilidad del principio de oportunidad con el Derecho Administrativo Sancionador.....	13
1.3.1. Definición del principio de oportunidad desde el Derecho Administrativo Sancionador.....	13
1.3.2. Vinculación del principio de oportunidad con el principio de legalidad/oficialidad y la discrecionalidad administrativa	14
1.3.2.1. Principio de legalidad	14
1.3.2.2. Discrecionalidad administrativa	16
1.3.2.3. Posiciones en la doctrina comparada sobre el problema en discusión	17
1.4. Análisis de las posiciones planteadas por la doctrina.....	21
III. Capítulo II: La regulación de criterios de oportunidad en la normativa sectorial de los procedimientos administrativos sancionadores en el Perú	25
2.1. Análisis de la regulación contenida en el artículo 85 del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN	25
2.2. Análisis de la regulación contenida en el artículo 40 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanciones de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS)	28

2.3. Análisis de la regulación contenida en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1349 concordante con el artículo 17 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.....31

2.4. Análisis comparativo de la normativa sectorial que otorga la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador.....34

IV. Conclusiones.....36

V. Bibliografía38



Introducción

Durante las décadas pasadas y en años recientes, se ha desarrollado un interesante debate académico a nivel de doctrina comparada, y más concretamente en la doctrina española, sobre si el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades de la Administración Pública es de carácter obligatorio o facultativo, tema que originó posiciones contrapuestas sobre la vigencia del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador.

Con relación al contexto de este debate académico en nuestro país, corresponde efectuar unas observaciones preliminares. Por un lado, se advierte que en doctrina nacional, pocos autores han manifestado su opinión sobre la posibilidad de que sea admisible un ejercicio facultativo de la potestad sancionadora por las entidades de la Administración Pública que gozan de tal competencia. Por otro lado, de una revisión del Capítulo III del Título IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que contempla las reglas y principios del procedimiento administrativo sancionador, tampoco se aprecia la regulación expresa del principio de oportunidad.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, es posible también advertir la existencia de normativa sectorial que regula criterios de oportunidad que habilitan a entidades de la Administración Pública a no ejercer su potestad sancionadora en supuestos específicos, con lo cual surge como interrogante si es que en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad en materia administrativa sancionadora se encuentra vigente y cuáles serían los alcances que deberían tenerse en cuenta cuando se regulan criterios para no ejercer la potestad sancionadora.

En ese contexto, se plantea como objetivo principal de la presente investigación el analizar los alcances del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador peruano a partir de la regulación sectorial del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura en Transporte de Uso Público (OSITRAN), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) y la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS).

El presente trabajo académico se encuentra organizado en dos capítulos. En el primer capítulo, se desarrolla como marco teórico una evaluación sobre la posibilidad de trasladar el concepto de principio de oportunidad desarrollado en el Derecho Procesal Penal hacia el Derecho Administrativo Sancionador y de cómo este principio se relaciona con el principio de legalidad/oficialidad y la discrecionalidad administrativa. En el segundo capítulo, se analiza la regulación sectorial de criterios de oportunidad vinculados a la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, se enuncian las conclusiones elaboradas producto de esta investigación académica.



Capítulo I: El principio de oportunidad en el Derecho Administrativo Sancionador

1.1. La relación entre el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

Es un punto de partida necesario el afirmar que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública constituye el principal objeto de estudio del Derecho Administrativo Sancionador. En vista de ello, como cuestión previa al análisis, resulta relevante dar cuenta de cómo la doctrina nacional ha definido a la potestad sancionadora y cuál es la finalidad pública que se persigue a través de su ejercicio.

Al respecto, los autores Gómez Apac y Vergaray Béjar han señalado que “la potestad sancionadora es el poder jurídico que posee la Administración Pública para castigar a los administrados, cuando estos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente” (2009: 403). Esta definición encuadra claramente con la finalidad que cumple la potestad sancionadora en nuestro ordenamiento. En efecto, según el profesor Martín Tirado, la finalidad de la potestad sancionadora “resulta claramente definida por un aspecto esencial consistente en prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados” (2014: 141).

Ahora bien, habiéndose efectuado estas precisiones conceptuales preliminares, corresponde aproximarnos al estudio de la potestad sancionadora desde la tesis de la potestad punitiva única del Estado. Pese a no adscribirse a esta posición doctrinaria, encontramos que el autor español Nieto García ha indicado que la referida tesis consiste en que “la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones” (Nieto 2012: 46).

Para los efectos del presente análisis, resulta relevante hacer una breve referencia a cómo ha tratado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el tema vinculado a las relaciones que se pueden presentar entre las mencionadas potestades punitivas estatales, para posteriormente dar cuenta de los fundamentos teóricos que han sido identificados por la doctrina sobre la tesis de la potestad punitiva única del Estado.

Con relación al primer aspecto, se debe señalar que, con ocasión del caso Vicente Rodolfo Walde Jauregui (sentencia del 03 de setiembre de 2010, recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC), nuestro Tribunal Constitucional ha efectuado importantes precisiones sobre la materia de estudio, en los términos que se señalan a continuación:

11. (...) Si bien **la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado**, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo.

12. **No obstante, la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador.** (...) (Énfasis agregado).

De esta manera, se puede comprender que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la validez de la tesis de la potestad punitiva única del Estado. En efecto, pese a la existencia de diferencias entre la potestad penal y la potestad administrativa sancionadora, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la existencia de puntos de encuentro entre estas dos manifestaciones del poder punitivo del Estado, dentro de los cuales destaca la aplicación con matices de principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador.

En este punto es conveniente abordar el segundo aspecto antes mencionado, concerniente a los fundamentos de la tesis de la potestad punitiva única del Estado. A estos efectos, encontramos pertinente traer a colación el desarrollo doctrinal que ha efectuado el profesor Baca Oneto en sede nacional. El citado autor manifiesta lo siguiente:

Así, lo que define a las sanciones no es la finalidad preventiva, sino la forma en que se aplica esta finalidad preventiva: castigando. **Y este es el fundamento de la unidad del ius puniendi estatal: la idéntica naturaleza de castigo que tienen las penas y las sanciones.** (...) De esta manera, es más fácil entender la famosa unidad del ius puniendi estatal y comprender por qué **no existe**- pese a que en algún momento se sostuvo lo contrario- **una distinción cualitativa entre el ejercicio de las potestades punitivas por los jueces y por la Administración pública.** (...) **En consecuencia, deben aplicarse** una serie de **principios comunes**, que en el caso peruano han sido enumerados en el artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 (...). **Sin embargo, esta identidad en**

cuanto a la naturaleza de la potestad ejercida no debe llevarnos a afirmar la total identidad entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, pues existen numerosas diferencias, no solo en la forma en que dichos principios se aplican, sino en cuestiones procedimentales de no poca importancia (Baca Oneto 2018: 316-317) (énfasis agregado).

De acuerdo a lo anterior, se puede señalar que, frente a una conducta que transgrede el ordenamiento jurídico y luego de haberse desarrollado el correspondiente proceso o procedimiento de determinación de responsabilidades, el Estado puede imponer un castigo a los sujetos responsables, el cual se materializa en una sanción penal o en una sanción administrativa, las cuales comparten una idéntica naturaleza punitiva.

Por otro lado, encontramos una concordancia entre lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la citada referencia doctrinal, en la medida que se admite la existencia de principios comunes en el ordenamiento punitivo estatal. Sin perjuicio de lo anterior, se entiende que esta constatación no debe conllevar a que el operador jurídico realice una identificación entre las reglas y los principios que rigen en el derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho administrativo sancionador.

Sobre este último aspecto, si bien es claro que tanto la doctrina como la jurisprudencia no avalan un traslado indistinto de las reglas y los principios entre las ramas del derecho en cuestión, concordamos con la afirmación del profesor Rebollo Puig el cual señala que “no se trata realmente de trasladar principios y reglas del Derecho Penal (o del Derecho Procesal Penal) al Derecho Administrativo Sancionador sino de encontrar principios y reglas comunes por inducción de ambos” (Rebollo y otros 2010: 50).

En ese sentido, resulta importante evaluar cómo se ha regulado el principio de oportunidad en el Derecho Procesal Penal en atención al desarrollo normativo y doctrinal que ha tenido esta institución jurídica en la referida rama del Derecho.

Al respecto, nosotros consideramos que este estudio es relevante para el derecho administrativo sancionador en la medida que nos puede permitir identificar los caracteres principales bajo los cuáles se ha regulado esta institución jurídica desde la lógica penal. De igual manera, desde un enfoque de racionalización del ejercicio del poder punitivo del Estado, la regulación del citado principio denota el reconocimiento de vías alternativas a la sanción para poder fomentar el cumplimiento de la normativa vigente.

1.2. Características del principio de oportunidad en el Derecho Procesal Penal.

Ciertamente se puede afirmar que el principio de oportunidad tiene su origen y principal desarrollo en el Derecho Procesal Penal. En efecto, es en el ámbito del proceso penal donde por primera vez se reconoció la posibilidad de que el Estado, ante la detección de una conducta que real o potencialmente menoscabe bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, decida no iniciar un proceso o archivar uno en trámite.

Así pues, resulta relevante identificar las principales características del llamado principio de oportunidad en aras de evaluar si es posible trasladar la lógica penal de este mecanismo al derecho administrativo sancionador. A continuación, siguiendo los planteamientos dictados por la doctrina, se procederá a desarrollar los siguientes aspectos del principio de oportunidad: (i) definición; (ii) fundamento; (iii) sistemas de regulación; y, (iv) el principio de oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal.

1.2.1. Definición.

Para poder comprender el concepto de principio de oportunidad es fundamental hacer una breve alusión al principio de legalidad procesal, dada la estrecha vinculación de ambas instituciones en el ejercicio de la acción penal.

Al respecto, el profesor San Martín Castro, citando a Gössel, ha sintetizado el alcance de ambos principios en el proceso penal peruano en los términos que se indican a continuación:

La regla general de nuestro sistema procesal es el principio de legalidad o de obligatoriedad: corresponde al Ministerio Público instar obligatoriamente la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión. Sin embargo, paralelamente y como excepción puntual a su ejercicio, la ley en determinados supuestos taxativamente reconocidos faculta al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal o a provocar el sobreseimiento de la causa si el proceso ya se ha instaurado. En este caso, recalca Karl-Heinz GÖSSEL, el archivo del proceso se puede entender como una forma procesal con efecto descriminalizador (San Martín 2014: 287).

En la misma línea, el autor Oré Guardia ha indicado que “el denominado principio de oportunidad es un criterio de oportunidad que otorga al Ministerio Público la facultad de abstenerse del ejercicio de la acción penal o de la solicitud de aplicación de la pena, en determinados supuestos expresamente señalados en la norma” (2016:350-351).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede señalar que mediante el principio de oportunidad se le otorga al Ministerio Público la facultad de abstenerse de promover la acción penal o archivar un proceso penal iniciado en los supuestos delimitados por la ley. Asimismo, cabe resaltar que el ejercicio de esta facultad por el Ministerio Público representa una excepción al principio de legalidad procesal.

1.2.2. Fundamento.

En doctrina se ha afirmado que la incorporación del principio de oportunidad al proceso penal ha obedecido a múltiples razones de política criminal.

Siguiendo a los autores Palacios Dextre y Monge Guillergua, entre las citadas razones destacan las siguientes: buscar la eficacia del sistema a través de una selectividad controlada de los casos que merecen el concurso del derecho punitivo, la búsqueda de celeridad procesal, la revitalización de los objetivos de la pena, la ratificación del principio de igualdad, la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y, finalmente, contribuir a la consecución de una justicia material por sobre la formal (2010: 20-21).

De acuerdo a lo anterior, podemos advertir que el trasfondo de la incorporación del principio de oportunidad en materia penal consiste en poder articular un sistema de persecución de los delitos que sea eficaz, privilegiando ante todo la reparación de la víctima y la revalorización de las funciones que cumple la sanción penal en nuestro ordenamiento.

1.2.3. Sistemas de regulación.

Cabe señalar que el principio de oportunidad no ha sido regulado de la misma forma en todos los sistemas jurídicos que han incorporado esta figura. En efecto, el autor Oré Guardia afirma que en doctrina se distinguen dos sistemas de regulación para la aplicación del principio de oportunidad, los cuales son los siguientes: a) sistema de oportunidad libre o como regla; y, b) sistema de oportunidad reglado (2016: 356-357).

Por un lado, sobre el sistema de oportunidad libre, se ha señalado que “dentro de los países que se rigen por la tradición jurídica anglosajona, este sistema es conocido como *plea bargaining* que consiste en aquella facultad que tienen los fiscales para negociar con los procesados, con el objetivo de obtener la admisión de responsabilidad de éstos” (Oré

2016:356). En ese sentido, se afirma que “este mecanismo se caracteriza por los amplios márgenes de discrecionalidad que posee el fiscal para llegar a un acuerdo con la contraparte del proceso” (Oré 2016: 357).

Por otro lado, sobre el sistema de oportunidad reglado, se sostiene que “la diferencia entre este sistema y el anterior, radica en los márgenes de discrecionalidad con que cuenta el persecutor penal” (Oré 2016: 357). Particularmente sobre este sistema, se indica que “dada la preeminencia del principio de legalidad, el ejercicio del principio se encuentra limitado a determinados supuestos legalmente establecidos” (Oré 2016: 357-358).

1.2.4. El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal

De la revisión de la normativa vigente, se puede apreciar que el legislador peruano ha incorporado el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal y ha optado por el sistema de oportunidad reglado.

En efecto, en el artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, se regulan un conjunto de aspectos vinculados al citado principio, tales como: (i) los requisitos para la aplicación del principio de oportunidad; (ii) los criterios de oportunidad; (iii) el procedimiento de aplicación del principio de oportunidad; (iv) los supuestos en que no procede la aplicación del principio de oportunidad, entre otros.

Respecto a las modalidades de aplicación del principio de oportunidad, el autor Oré Guardia señala que estas son tres modalidades: 1. Agente afectado por el delito; 2. Escaso impacto social del delito, y; 3. Mínima culpabilidad (2016: 360).

Ahora bien, en este punto vale resaltar lo señalado en doctrina por el citado autor sobre el fundamento que subyace a los criterios o modalidades de aplicación del principio de oportunidad en el Perú.

Al respecto, también concordamos con el autor en que “las modalidades de aplicación del principio de oportunidad obedecen en estricto, a un supuesto de falta de necesidad de pena, pues en todas ellas, a pesar de que el agente ha vulnerado un bien jurídico de carácter penal que genera en el Estado el deber de aplicarle, previo proceso, la pena correspondiente se considera que no es necesaria tal aplicación por razones de política criminal” (Oré 2016: 360).

Para efectos del presente análisis, quisiéramos llamar la atención sobre una de las modalidades de aplicación del principio de oportunidad anteriormente citadas. Nos referimos al supuesto de “escaso impacto social del delito”. Tal como indica el autor Oré Guardia, en esta modalidad de aplicación del principio de oportunidad, estamos ante “delitos que no afectan gravemente el interés público, los llamados “delitos de bagatela” ” (2016: 361).

De acuerdo a lo anterior, se aprecia que a nivel de derecho procesal penal se contempla la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en los delitos de bagatela, los cuales son delitos que no afectan de manera significativa el interés público. Esta lógica de no imponer una sanción al presunto responsable cuando el incumplimiento normativo no genere un impacto relevante en el interés público, podría ser muy bien trasladada al ámbito administrativo sancionador en lo referente a las infracciones administrativas, como podremos ver más adelante con la regulación de criterios de oportunidad.

1.3. Sobre la compatibilidad del principio de oportunidad con el Derecho Administrativo Sancionador.

Habiéndose mencionado las principales características del principio de oportunidad en el Derecho Procesal Penal, corresponde realizar una evaluación sobre la posibilidad de trasladar la lógica penal de este principio al Derecho Administrativo Sancionador.

En tal sentido, esta sección del trabajo se estructura en dos acápites. En primer lugar, se da cuenta de cómo la doctrina ha definido al principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador; en segundo lugar, se analiza la compatibilidad del principio de oportunidad con algunas de las instituciones más relevantes del Derecho Administrativo (concretamente con el principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa).

1.3.1. Definición del principio de oportunidad desde el derecho administrativo sancionador.

Es pertinente señalar que la doctrina española ha identificado las características del principio de oportunidad en contraposición al principio de oficialidad o legalidad. Por lo tanto, resulta relevante traer a colación las formulaciones planteadas por los autores Nieto García, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, con el objetivo de poder comprender los aspectos fundamentales del principio materia de estudio.

Por un lado, el autor Nieto García ha sostenido que: “frente al principio de 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” (2012:101).

Por otro lado, los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sostienen que el principio de oportunidad atiende a la “idea conforme a la cual abrir un procedimiento sancionador e imponer una sanción dentro de él y ejecutarla constituyen una potestad discrecional de la Administración, no un deber jurídico” (2013: 725).

Asimismo, los citados autores afirman que “la idea de oportunidad tiene que ver con lo que resulta cómodo, adecuado o ventajoso y se contrapone a la legalidad, principio vigente en el marco del Derecho penal en sentido estricto y conforme al cual, la persecución de los delitos debe tener lugar necesariamente por parte de los órganos competentes, sin que quepa dejar de hacerlo por cualquier motivos” (Gómez y Sanz 2013: 725-726).

De acuerdo a lo anteriormente señalado, se puede definir al principio de oportunidad como la opción legislativa que otorga a la Administración Pública la facultad de evaluar discrecionalmente la conveniencia de dar inicio a un procedimiento sancionador y de imponer una sanción, ante la detección de una conducta que contraviene el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el problema jurídico principal ante el cual nos enfrentamos radica en determinar si en el ejercicio de la potestad sancionadora debería primar el principio de oficialidad o el principio de oportunidad, cuestión que a continuación procederemos a analizar.

1.3.2. Vinculación del principio de oportunidad con el principio de legalidad/oficialidad y la discrecionalidad administrativa.

1.3.2.1. Principio de legalidad.

Uno de los aspectos desde los cuales se tiene que evaluar la admisión del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador es el principio de legalidad.

En primer lugar, con relación al alcance del citado principio, los autores García de Enterría y Fernández han indicado que el principio de legalidad de la Administración opera en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (2013: 485).

Asimismo, se debe destacar que en nuestro ordenamiento el principio de legalidad se encuentra regulado como principio del procedimiento administrativo en el numeral 1.1 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), con el siguiente tenor: “las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

De acuerdo a lo anteriormente indicado, se desprende claramente que el legislador ha considerado al principio de legalidad como un parámetro de validez de las actuaciones que desarrollan las entidades de la Administración Pública en los procedimientos administrativos que éstas tramitan. Asimismo, cabe recordar que al ser un principio general del procedimiento administrativo también irradia sus efectos a los procedimientos especiales regulados en el TUO de la LPAG como el procedimiento sancionador.

De otro lado, un concepto que se encuentra directamente vinculado al principio de legalidad es el de potestad administrativa. Tal como nos recuerdan los autores García de Enterría y Fernández, el principio de legalidad se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración (2013: 485). En otras palabras, se afirma que “la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos” (2013: 485).

En ese contexto, en doctrina se distinguen dos formas de atribución legal de las potestades administrativas: (i) la atribución de potestades regladas; y, (ii) la atribución de potestades discrecionales.

Así, para el caso de la atribución de potestades regladas, se parte de la premisa consistente en que “la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal

completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias” (García de Enterría y Fernández 2013: 497).

En cambio, se puede señalar que la atribución de potestades discrecionales se estructura de modo diferente. En efecto, la doctrina ha sintetizado los principales alcances de esta forma de atribución en los siguientes términos: “definiendo la Ley [...] algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho [...], bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales de la decisión aplicable [...], bien de ambos elementos” (García de Enterría y Fernández 2013: 497). Es evidente que esta última modalidad de atribución de potestades administrativas se encuentra directamente vinculada al tema de la discrecionalidad administrativa, por lo cual pro seguiremos el análisis de la materia en el siguiente apartado.

1.3.2.2. Discrecionalidad administrativa.

Para los fines del presente trabajo, consideramos conveniente traer a colación las principales ideas que sobre este tema se han planteado en la doctrina para una óptima comprensión de esta figura jurídica.

Al respecto, en sede nacional, el doctor Zegarra Valdivia ha conceptualizado a la discrecionalidad administrativa como “aquella libertad de elección que la ley otorga a la Administración para decidir sobre aquello que estime más conveniente para el interés público de tal forma que las soluciones a las que pudiera llegar la Administración serían todas ellas válidas cuando se respete las circunstancias del caso concreto, así como los esquemas básicos del razonamiento jurídico” (2006: 40).

Asimismo, es importante señalar que el doctor Zegarra Valdivia da cuenta de la existencia de algunos límites inherentes a la discrecionalidad administrativa, los cuales son los siguientes: (i) el principio de interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad; (ii) los principios de eficacia, eficiencia y economía y los recursos económicos; (iii) los principios de racionalidad y razonabilidad; (iv) la finalidad de la potestad. (2006: 47-52).

En este punto, se debe hacer una breve alusión al desarrollo efectuado por el citado autor respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad como límite inherente a la discrecionalidad administrativa.

Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo al doctor Zegarra Valdivia, citando al profesor Fernández Rodríguez, “puede señalarse que ‘<<en su significación más primaria, el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo- mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que los sostiene>>” (Fernández 1997: 81, citado por Zegarra 2006: 48).

En consecuencia, se puede apreciar que la discrecionalidad administrativa tiene un origen normativo, en tanto es una ley la que otorga a la Administración Pública un margen de elección de lo que se estime más conveniente al interés general para un caso concreto. Asimismo, se puede señalar que el principio de interdicción de la arbitrariedad destaca como un límite inherente a la discrecionalidad administrativa y exige que la decisión que adopte la Administración Pública, dentro del margen de elección otorgado por la ley, se encuentre debidamente fundamentada.

1.3.2.3. Posiciones en la doctrina comparada sobre el problema en discusión.

Así las cosas, habiéndose desarrollado algunos alcances vinculados al principio de legalidad, las potestades administrativas y la discrecionalidad administrativa, procederemos a exponer las principales opiniones identificadas en doctrina sobre la aplicación del principio de oportunidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

Algunos autores españoles han manifestado que el principal argumento para rechazar la admisión del principio de oportunidad se encuentra en la vigencia del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

De acuerdo con esta posición, frente a la advertencia de indicios sobre la presunta comisión de una infracción administrativa, la Administración Pública no tendría ningún margen de evaluación sobre la decisión de iniciar un procedimiento administrativo sancionador, sino que, por el contrario, se encontraría obligada a tramitar el referido procedimiento contra el presunto responsable.

En efecto, en doctrina encontramos que una de las personas que más ha cuestionado la vigencia del principio de oportunidad es la autora Lozano Cutanda, la cual ha adoptado como posición personal “la defensa del principio de oficialidad u obligatoriedad sin excepciones del ejercicio de la potestad sancionadora” (Lozano 2003: 93).

A criterio de la citada autora, “la vulneración frontal del principio de legalidad que provoca la aceptación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es evidente, pues la aplicación de la norma, con la imposición de la sanción correspondiente, ya no se deriva exclusivamente de la realización de las conductas establecidas en la norma, sino que se incorpora también, como condición necesaria, una decisión de la Administración no vinculada con la predeterminación normativa de los ilícitos y su sanción” (Lozano 2003: 95).

Por lo tanto, la autora Lozano Cutanda afirma que “el principio de oficialidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción sancionadora de la Administración resulta una consecuencia ineludible del principio de legalidad” (2003: 95).

Por otro lado, analizando esta problemática desde el concepto de la discrecionalidad administrativa, la autora Desdentado Daroca ha manifestado que el ejercicio de la potestad sancionadora y la iniciación del expediente sancionador tienen un carácter reglado: son un deber de la Administración (2010: 343).

En efecto, la autora Desdentado Daroca afirma que “la discrecionalidad administrativa consiste en la atribución por el ordenamiento jurídico de un poder de elección en función de lo que se considere más adecuado para la satisfacción de los intereses generales” (2010:343). Bajo esta premisa conceptual, la citada autora sostiene que la mencionada atribución no se produce respecto al ejercicio de la potestad sancionadora, en la medida que “el propio legislador, al tipificar determinadas conductas como infracción y al anudar a ellas una sanción, ya está valorando esas conductas como contrarias al interés general y, ante ello, además, prevé una consecuencia jurídica negativa que ha de producirse y que es la imposición de la sanción prevista” (Desdentado 2010: 343).

Ahora bien, se puede señalar que una de las posturas académicas más estudiadas sobre el tema materia de estudio es la postura del autor Nieto García, la cual se contrapone claramente a las opiniones de Lozano Cutanda y Desdentado Daroca.

Al respecto, el autor Nieto García opina que “el ejercicio de la potestad sancionadora no es obligatorio para la Administración, quien puede, por tanto, iniciar o no los correspondientes expedientes” (2012:103). La postura del citado autor se basa fundamentalmente en argumentos de carácter fáctico. En efecto, el citado autor nos señala que “(...) la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores. Sostener, por tanto, el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aún así” (Nieto 2012: 103).

En tal sentido, de acuerdo a la posición de Nieto García, la admisión del ejercicio facultativo de la potestad sancionadora atendería a los limitados recursos económicos y recursos humanos con los que contarían las entidades de la Administración Pública para perseguir todos los incumplimientos normativos que se produzcan.

De otro lado, se puede identificar que algunos autores de la doctrina española reconocen la vigencia del principio de oportunidad en la práctica administrativa y plantean algunas consideraciones de política legislativa a tener en cuenta para su regulación, sin perjuicio de mostrar reparos en contra de la admisión plena del principio de oportunidad en el ámbito administrativo sancionador.

Este es el caso de los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, los cuales manifiestan lo siguiente:

“Tendencialmente y como puro desideratum, el principio de oportunidad debería desaparecer del ámbito sancionador administrativo por ser radicalmente contrario a la idea de justicia. Sin embargo, desde un punto de vista más realista, quizá la solución de lege ferenda pase, por un lado, por **impedir su vigencia en determinados órdenes especialmente sensibles** (medio ambiental, laboral, alimentario, farmacéutico, etc) y, sobre todo, por otro lado, **cerrarle el paso en las infracciones que la Ley considera graves o muy graves**. No puede decirse lo mismo **en las infracciones de bagatela**, donde la sistemática persecución de todas ellas es materialmente imposible y donde sí que **debe existir un margen de discrecionalidad administrativa**” (énfasis agregado) (2013: 742).

De esta manera, del citado desarrollo doctrinal esbozado por los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales se desprenden dos límites para la aplicación del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador: el primero de ellos, vinculado a la especial sensibilidad de los bienes jurídicos lesionados con la presunta conducta infractora, y, el

segundo de ellos, se encontraría vinculado a la calificación de esta conducta como una infracción grave o muy grave.

Finalmente, consideramos relevante traer a colación la interesante posición planteada por el profesor Rebollo Puig, en la medida que ésta recoge elementos de las posturas anteriormente mencionadas.

Frente a las tesis que se han esbozado sobre si el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado o de carácter discrecional, el profesor Rebollo Puig considera que se debe partir del carácter obligatorio y reglado del ejercicio de la potestad sancionadora y, si acaso introducir en ella algunas matizaciones, algún elemento de valoración de la oportunidad y, por tanto, de discrecionalidad, justificado en cada sector y en cada caso (2015:413; 2019:549).

La posición defendida por el profesor Rebollo Puig se puede sintetizar en cinco ideas básicas: (i) la limitación que impone el principio de tipicidad a la amplitud de los márgenes de discrecionalidad; (ii) la necesaria reserva de ley para la admisión de márgenes de discrecionalidad; (iii) los criterios a considerar para configurar legalmente la discrecionalidad administrativa; (iv) los supuestos en los que se podría optar por el no ejercicio de la potestad sancionadora y, (v) los límites a los que estaría condicionada la decisión administrativa de no sancionar (2015: 413-421; 2019: 548-552).

Con relación al primer aspecto, el profesor Rebollo Puig cuestiona la compatibilidad del principio de tipicidad con la admisión de amplios márgenes de discrecionalidad en la decisión de sancionar.

En los términos del citado autor, se señala lo siguiente: “Si [...] se impone a las leyes [...] que predeterminen con suficiente grado de certeza la sanción correspondiente ¿cómo podría compatibilizarse esto con que se deje libertad a la Administración para imponer o no la prevista por la ley? De ninguna forma. Y si se admitiera eso, el principio de tipicidad quedaría reducido a un formalismo vacuo y se volatizaría cualquier utilidad para la seguridad jurídica [...]” (Rebollo 2015: 414; 2019: 549).

En consecuencia, se afirma que el principio de tipicidad excluye la posibilidad de una potestad sancionadora de ejercicio completamente discrecional (Rebollo 2015: 415; 2019: 549).

Respecto al segundo aspecto, el profesor Rebollo Puig reconoce la posibilidad de la admisión por ley de ciertos márgenes de discrecionalidad con la introducción de algunos criterios de oportunidad (2015: 417). A estos efectos, el autor puntualiza que el mencionado reconocimiento de márgenes de discrecionalidad “sólo lo puede hacer una norma con rango de ley porque es éste un aspecto de tal relevancia que indudablemente debe estar cubierto por la reserva de ley del Derecho Administrativo Sancionador” (2015: 417).

Con relación al tercer aspecto, el profesor Rebollo Puig nos advierte que la ley no es completamente libre para reconocer y configurar esa discrecionalidad administrativa (2015: 417). En efecto, según el citado autor, “la ley sólo puede introducir esta discrecionalidad con justificación racional suficiente, atendiendo a las circunstancias de cada sector y de cada situación (en su caso, atendiendo a la dificultad de perseguir todas las infracciones o a otros factores) o a la posible utilidad de esa discrecionalidad para una más efectiva satisfacción de los intereses generales” (2015: 417- 418).

Sobre el cuarto aspecto, concerniente a los casos en los que se podría optar por el no ejercicio de la potestad sancionadora, el profesor Rebollo Puig señala que “sobre todo 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 (...)” (2015: 420; 2019: 550).

Respecto al quinto aspecto, el profesor Rebollo Puig sostiene que la decisión administrativa de no sancionar estaría sometida a los límites generales de toda potestad discrecional (2015: 420; 2019:550). En esa línea, a criterio del citado autor, el control que se debería efectuar sobre esta decisión administrativa debe enfocarse desde dos perspectivas: en primer lugar, “debe exigirse y controlarse el respeto a los principios generales del derecho y destacadamente, al de igualdad, de forma que no se elija discriminatoriamente a los sancionados” (2015:420); y, en segundo lugar, se debe realizar “el control de la motivación ofrecida por la Administración para no sancionar” (2015: 421).

1.4. Análisis de las posiciones planteadas por la doctrina

Llegado a este punto, nos queda claro que la aplicación del principio de oportunidad en el ámbito administrativo sancionador da lugar a que las entidades de la Administración Pública evalúen si la finalidad pública que se pretende conseguir a través del ejercicio de

la potestad sancionadora, que es el desincentivo de la comisión de conductas infractoras, puede alcanzarse a través de mecanismos alternativos a la sanción administrativa.

De las posturas anteriormente enunciadas, nosotros nos acogemos a la tesis planteada por el profesor Rebollo Puig sobre la admisión por ley de ciertos márgenes de discrecionalidad. Esta decisión se sustenta en que la referida postura logra sintetizar los principales aspectos con los que se enfrenta la admisión del principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador como son: que los principios de legalidad y tipicidad imponen límites a la admisión del principio de oportunidad y que los márgenes de discrecionalidad deben ser necesariamente determinados por la ley.

De acuerdo a lo anterior, nosotros concordamos con la idea del profesor Rebollo Puig consistente en que la admisión de márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora sólo podría efectuarse mediante una norma con rango de ley, en atención a la reserva de ley que deriva del principio de legalidad en materia sancionadora.

En efecto, se debe recordar que en el numeral 1 del artículo 248 del TUO de la LPAG se regula el principio de legalidad en materia sancionadora, según el cual “sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a la privación de libertad”.

En ese sentido, resulta lógico considerar que si se ha atribuido la potestad sancionadora a las entidades de la Administración Pública mediante una norma con rango de ley, únicamente a través de este vehículo normativo se podrá reconocer la posibilidad de un ejercicio facultativo de la potestad sancionadora.

Ahora bien, si se acepta la idea consistente en que la discrecionalidad administrativa siempre tiene un origen normativo, la admisión del principio de oportunidad en materia sancionadora enfrentaría un obstáculo, dada la ausencia de una base normativa en el TUO de la LPAG que otorgue a la autoridad instructora del procedimiento administrativo sancionador la facultad discrecional de decidir si incoa o no el citado procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que tanto la doctrina extranjera como nacional han dado cuenta de la existencia de algunos preceptos en el TUO de la LPAG que permitirían dar base normativa a que la autoridad administrativa evalúe la conveniencia de iniciar un procedimiento sancionador.

Sobre el particular, recientemente el profesor español Rebollo Puig ha efectuado importantes precisiones sobre el tema en su artículo titulado “El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”. En los términos del citado autor, “tal vez de alguno de los apartados del art. 245 del TUO de la LPAG sí que pueda deducirse el reconocimiento de cierto margen de discrecionalidad que permita a la Administración introducir criterios de oportunidad” (Rebollo 2019: 552).

Al respecto, el artículo 245 del TUO de la LPAG al cual se hace mención regula las formas de conclusión de la actividad de fiscalización. Con el objetivo de poder entender la afirmación vertida por el profesor Rebollo Puig, nosotros consideramos conveniente citar algunos extremos del citado artículo, conforme se detalla a continuación:

Artículo 245.- Conclusión de la actividad de fiscalización

245.1. Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en: (...)

3. La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.

4. La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan. (...)

En virtud al citado dispositivo normativo, se aprecia claramente que la autoridad administrativa que desarrolla la actividad de fiscalización puede optar por advertir al administrado que se encuentra incurso en un incumplimiento en lugar de recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en su contra.

A mayor abundamiento, en sede nacional, encontramos que el profesor Morón Urbina al comentar esta disposición señala que, en este modo de conclusión de la actividad de fiscalización, “la autoridad compele o conmina al infractor a que enmiende su conducta, por lo que es procedente adoptar cuando las circunstancias casuísticas lo hagan aconsejable sea por la clase de infracción, la conducta del infractor, y no hayan perjuicios reales para terceros. Por el contrario, aplicarlo en los casos de infracciones muy graves, cuando el infractor tiene agravante o cualquier circunstancia similar, puede conducir a relajar el cumplimiento de la norma” (2019: 355).

En ese sentido, en el contexto de la actividad de fiscalización, se puede advertir que la ley otorga cierta discrecionalidad a la Administración Pública para decidir en qué casos

dispone el inicio de un procedimiento sancionador y en qué casos no, de acuerdo a lo que esta considere más conveniente para el interés público.

En nuestra opinión, siguiendo la posición del profesor Rebollo Puig, sería legalmente viable que se incorpore una referencia en el TUO de la LPAG sobre la aplicación del principio de oportunidad en materia sancionadora, siempre y cuando se establezca que la decisión administrativa de no iniciar un procedimiento sancionador tenga que estar sustentada en criterios de oportunidad que hayan sido regulados en una norma con rango de ley. Asimismo, en esta referencia normativa se tendría que indicar que el ejercicio de esta facultad administrativa es aplicable sólo para las conductas calificadas como infracciones leves.

Ahora bien, con relación al momento en el cual se podría evaluar la aplicación del principio de oportunidad en materia sancionadora, nosotros consideramos que esta evaluación sólo podría darse antes del inicio formal del procedimiento administrativo sancionador, el cual tiene lugar con la notificación de los hechos que se le imputan a título de cargo a los administrados y la calificación jurídica que estos hechos merecen.

Concretamente, la autoridad instructora tendría que evaluar si aplica o no el principio de oportunidad en la etapa de actuaciones previas al procedimiento sancionador, etapa que se encuentra regulada en el numeral 2 del artículo 255 del TUO de la LPAG. Si bien de acuerdo a la citada disposición normativa estas actuaciones previas de investigación se realizan con el “objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación”, consideramos que la aplicación del principio de oportunidad tendría que desarrollarse en esta etapa pues ya se contaría con elementos suficientes para realizar un análisis costo-beneficio de llevar adelante un procedimiento sancionador contra un administrado en particular.

Como comentario final de este capítulo, quisiéramos hacer mención al comentario de los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sobre la idea de que se debe impedir la vigencia del principio de oportunidad en determinados sectores cuyos bienes jurídicos protegidos son especialmente sensibles como el sector medio ambiental, laboral, alimentario, entre otros (2013: 742).

Al respecto, nosotros suscribimos la idea de los citados autores de que un aspecto que se debería tener en cuenta al regular el principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad

sancionadora es el impacto que una infracción administrativa podría tener en la sociedad en su conjunto.

Por ello, nosotros también consideramos que frente a la comisión de infracciones administrativas que producen la lesión de bienes jurídicos que tienen un impacto social significativo, como son las afectaciones al derecho a la salud o al derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, correspondería indefectiblemente iniciar un procedimiento sancionador contra los presuntos responsables.

III. Capítulo II: La regulación de criterios de oportunidad en la normativa sectorial de los procedimientos administrativos sancionadores en el Perú.

2.1. Análisis de la regulación contenida en el artículo 85 del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

A través del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN (en adelante, el RIIS del OSITRAN), se han regulado unos criterios de oportunidad que facultan a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del citado organismo a decidir, de manera excepcional y discrecional, no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador contra una Entidad Prestadora¹ que ha incumplido con las obligaciones derivadas de las disposiciones dictadas por el OSITRAN y/o de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Sobre el particular, resulta importante atender al tenor literal del artículo 85 del RIIS del OSITRAN, en el que se han normado supuestos específicos que dan mérito a un ejercicio discrecional de la potestad sancionadora del OSITRAN, con el objetivo de identificar sus principales características. Así, en el citado Reglamento se enuncia lo siguiente:

¹ Cabe recordar que en el artículo 4 del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN, se define como Entidad Prestadora a la “empresa o grupo de empresas con titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura nacional de transporte de uso público o de prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, sea empresa pública o privada, y que conserva frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios”.

Artículo 85. Excepciones a la obligación de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador

- 85.1. Las disposiciones contenidas en el presente artículo **no son aplicables para** el caso de **infracciones tipificadas como muy graves**.
- 85.2. Como **acto excepcional y discrecional**, la **Gerencia de Supervisión y Fiscalización** se encuentra **facultada** a decidir **no dar inicio al procedimiento administrativo sancionador**, si como consecuencia de los resultados de la acción de supervisión y **luego que se haya efectuado el correspondiente análisis costo-beneficio**, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso concreto y la conducta de la Entidad Prestadora, encuentra que **no se ha generado grave daño a los Usuarios o no se ha producido grave afectación al interés público involucrado, al Concedente o al OSITRAN**.
- 85.3. En este caso, la decisión de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización deberá estar amparada en un Informe sustentatorio de la Jefatura de Fiscalización, en el cual se expresará:
- a) Los Hallazgos; y,
 - b) Los elementos por los cuales se considera que no es necesario iniciar el procedimiento administrativo sancionador.
- 85.4. La Gerencia de Supervisión y Fiscalización deberá comunicar a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización, así como a la Entidad Prestadora y a los interesados, que ha hecho uso de la facultad concedida por el presente artículo. En la comunicación que se curse a la Entidad Prestadora se consignará que, en caso de reiteración de la conducta que presuntamente constituye infracción, se procederá según lo dispuesto en el numeral 85.5 del presente artículo.
- 85.5. **En caso que la Entidad Prestadora incurra nuevamente en el mismo presunto incumplimiento que fue objeto del tratamiento excepcional a que se refiere el presente artículo los hechos del primer incumplimiento deberán ser tomados en consideración** por la Jefatura de Contratos correspondiente en el Informe de Hallazgo que se emita **para sustentar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador**, respecto del nuevo presunto incumplimiento detectado. (Énfasis agregado).

De acuerdo a lo anterior, se aprecia que el ejercicio de esta facultad involucra la participación de dos órganos administrativos: (i) la Jefatura de Fiscalización, y, ii) la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN.

En ese sentido, concordando la mencionada referencia normativa con los artículos 78, 82 y 84 del RIIS del OSITRAN, se dispone que la Jefatura de Fiscalización, en su calidad de

órgano instructor, analiza el informe de hallazgo remitido por la Jefatura de Contratos y puede dar la recomendación de exceptuar el inicio de un procedimiento sancionador de acuerdo a los criterios establecidos en el artículo 85 del RIIS de OSITRAN, recomendación que deberá ser fundamentada por medio de un informe sustentatorio.

Por su parte, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en su calidad de órgano resolutor del procedimiento de acuerdo al artículo 78 del RIIS de OSITRAN, tendrá la facultad de decidir no dar inicio al procedimiento sancionador con base al informe sustentatorio emitido por la Jefatura de Fiscalización. Esta decisión tendrá que ser necesariamente comunicada a la Entidad Prestadora y a los interesados, expresando las consecuencias negativas que podría acarrear la reiterancia de la presunta conducta infractora.

Asimismo, de la lectura de la citada disposición normativa, se puede señalar que, en el ámbito de la potestad sancionadora del OSITRAN, la regla general es que el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sea obligatorio ante la detección de un presunto incumplimiento realizado por una Entidad Prestadora.

Sin perjuicio de lo anterior, la admisión de márgenes de discrecionalidad sobre el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por el OSITRAN se encuentra condicionada al cumplimiento de cuatro requisitos de forma concurrente: (i) que la infracción materia de imputación no se encuentre tipificada como “muy grave”; (ii) que la decisión de no dar inicio al procedimiento sancionador supere el análisis costo-beneficio; (iii) que la conducta de la entidad prestadora no haya generado grave daño a los usuarios; y, (iv) que la conducta no haya producido una grave afectación al interés público involucrado, al concedente o al OSITRAN.

De igual manera, se debe señalar que para efectos de la evaluación que realice la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en el marco del ejercicio de esta facultad tendrá en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto y la conducta de la Entidad Prestadora.

2.2. Análisis de la regulación contenida en el artículo 40 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS).

Por otro lado, en el literal a) del numeral 25.3 del artículo 25 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS, modificado recientemente por la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2018-SUNASS-CD (en adelante, el RGSFS de SUNASS), se reconoce dentro de las facultades de la SUNASS en los procedimientos administrativos sancionadores el realizar una evaluación costo-beneficio para determinar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Para poder tener un panorama inicial del escenario que nos plantea esta evaluación de costo-beneficio, resulta relevante traer a colación la redacción del artículo 40 del RGSFS de SUNASS, en los términos que se describen a continuación.

Artículo 40.- Análisis costo-beneficio²

La GSF³ evaluará mediante un análisis costo-beneficio, la conveniencia de iniciar el procedimiento administrativo sancionador, considerando la posibilidad de disponer el registro de la conducta como antecedente para posteriores acciones de supervisión y sanción, así como la adopción de medidas alternativas que permitan corregir la presunta infracción, tales como la imposición de medidas correctivas, requerimientos de cumplimiento, publicaciones informativas, y otras que la SUNASS establezca.

Ahora bien, consideramos que la lectura de esta disposición normativa debe ser concordada con algunos extremos de la actual redacción del artículo 14-A del RGSFS de SUNASS, que alude a supuestos en los cuales, durante el desarrollo de las acciones de supervisión, el organismo regulador dispone el inicio inmediato del PAS o la imposición de medidas correctivas en algunos supuestos específicos.

² La regulación vigente de este artículo, es producto de la modificación generada por el artículo 8 de la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2018-SUNASS, publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 01 de junio de 2018.

³ En virtud a la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y funciones de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento- SUNASS, aprobado por Decreto Supremo N° 145-2019-PCM, se dispone un cambio en la mención a diversas unidades de organización del citado organismo regulador, dentro de las cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización ahora se denomina como Dirección de Fiscalización.

Artículo 14-A.- Imposición inmediata de medida correctiva o inicio inmediato de PAS⁴.

La SUNASS podrá imponer medidas correctivas, o iniciar el PAS de manera directa e inmediata al administrado cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

(i) Advierta flagrancia en la comisión de la conducta infractora.

(iii) Detecte la ocurrencia de situaciones que actual o potencialmente pongan en riesgo la calidad de la prestación de los servicios de saneamiento.

(iv) Los administrados reconozcan expresamente el incumplimiento de la obligación a su cargo.

(v) Los administrados no atiendan el requerimiento de información efectuado por la GSF.

En tales casos, no son aplicables el artículo 12, incisos c), d) y e), y el artículo 14 del presente reglamento.

Para efectos de su determinación, la GSF emitirá un informe que sustente y justifique la aplicación inmediata de la medida correctiva y/o el inicio inmediato del PAS.

La imposición inmediata de la (s) medida (s) correctiva (s) y/o el inicio inmediato del PAS no impiden que las acciones de supervisión iniciadas continúen respecto de materias distintas. (...)(énfasis agregado).

De las disposiciones previamente citadas, en primer lugar, se aprecia que un mismo órgano administrativo es el encargado de desarrollar tanto la actividad de fiscalización como de conducir la etapa de instrucción en los procedimientos sancionadores seguidos contra las EPS, competencias que actualmente son desarrolladas por la Dirección de Fiscalización (anteriormente denominada como Gerencia de Supervisión y Fiscalización) en función a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 145-2019-PCM.

En segundo lugar, es claro que la Dirección de Fiscalización actualmente tiene la facultad de evaluar la conveniencia de iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra una EPS mediante un análisis costo-beneficio, y que puede optar como alternativa al ejercicio de la potestad sancionadora el disponer el registro de la conducta como antecedente para posteriores acciones de supervisión y sanción, como también la adopción de medidas que permitan corregir la conducta (medidas correctivas, publicaciones informativas, etc).

⁴ La regulación vigente de este artículo, es producto de la modificación generada por el artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2018-SUNASS, publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 01 de junio de 2018.

Sin perjuicio de lo mencionado, de una lectura del artículo 40 del RGSFS de SUNASS surge la interrogante de cuáles son los aspectos o parámetros que tendrá en cuenta el órgano instructor para el análisis costo-beneficio a partir del cual determinará si inicia o no un procedimiento administrativo sancionador, en la medida que la norma expresamente no los determina.

En vía de una interpretación sistemática de los artículos 14-A y 40 del RGSFS de SUNASS, se podría afirmar que, al efectuar el análisis costo-beneficio, la autoridad instructora debería tener en cuenta aspectos tales como si la presunta conducta infractora actual o potencialmente pone en riesgo la calidad de la prestación de los servicios de saneamiento o si el administrado ha reconocido el incumplimiento de una obligación a su cargo.

Ahora bien, de la revisión de la exposición de motivos del “Proyecto de Modificación del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento”, publicado por Resolución del Consejo Directivo N° 011-2018-SUNASS-CD, que antecedió a la actual redacción del RGSFS, se pueden identificar algunas pautas que nos ayudan a determinar en qué supuestos podría realizarse el análisis costo-beneficio.

Con relación al análisis costo-beneficio, en la exposición de motivos se señala que “dicho criterio no resulta aplicable cuando el marco normativo dispone la aplicación de sanciones no pecuniarias, como la sanción de amonestación escrita o la orden de remoción” (SUNASS 2018: 7). De igual manera, añaden que “se ha considerado que la evaluación del costo-beneficio para determinar la conveniencia del inicio del PAS, se deba efectuar al momento de tipificar las infracciones (ad-hoc) y no luego que se ha detectado el incumplimiento” (SUNASS 2018: 7).

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, corresponde mencionar que en el documento reseñado se propuso inicialmente eliminar el artículo 40 del RGSFS de SUNASS porque se consideraba que “aplicar un análisis costo-beneficio como criterio para iniciar el PAS, contradice el enfoque de “prevención y gestión de riesgos de la actividad supervisora””(SUNASS 2018: 7), propuesta que fue variada en la redacción final de la

modificación del RGSFS luego de evaluarse los comentarios propuestos por el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS)⁵.

Al respecto, nosotros consideramos positivo el hecho que en la modificación del RGSFS se mantenga el análisis costo-beneficio como criterio de evaluación sobre el ejercicio de la potestad sancionadora y que se establezca expresamente cuáles son los mecanismos alternativos a la sanción con los que cuenta el órgano instructor para hacer frente a los problemas que originan la comisión de una infracción administrativa en el sector saneamiento.

De igual manera, somos de la idea de que en una futura modificación del artículo 40 del RGSFS se debería especificar si es que el análisis costo-beneficio podría ser aplicable a todas las conductas infractoras o existirían algunas de estas conductas que en atención al bien jurídico protegido en el sector saneamiento (como la calidad del servicio, los derechos de los usuarios, entre otros) no se podría realizar el referido análisis.

2.3. Análisis de la regulación contenida en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1349 concordante con el artículo 17 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

La regulación de la “Facultad para no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones” contenida en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1349 es un ejemplo importante sobre una adecuada regulación del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en el Perú.

El citado dispositivo señala lo siguiente:

Segunda.- Facultad para no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones puede no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador cuando al momento de detectar la infracción esta haya sido revertida o subsanada, siempre que

⁵ Al respecto, se puede revisar la “Matriz de Comentarios sobre la Propuesta de modificación del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de los Servicios de Saneamiento (EPS) (RCD N° 011-2018-SUNASS-CD)”. Véase en: https://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/2018/re21_2018cd_matriz.pdf

además se cumplan los siguientes supuestos, lo cual deberá ser comunicado al administrado.

- a) La inmaterialidad de la infracción cometida, entendiendo el concepto de inmaterialidad como aquella situación en que los hechos revisten poca significación.
- b) La infracción debe estar tipificada como leve.
- c) La inexistencia de perjuicios concretos a los sistemas supervisados y a los usuarios de estos.

La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad procede en los casos que determine la Superintendencia por vía reglamentaria. La subsanación voluntaria no resulta aplicable para reincidentes.

Asimismo, la lectura de este artículo debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones aprobado por Resolución SBS N° 2755-2018, en el cual se indica lo siguiente:

Artículo 17. Materialidad de la conducta en infracciones leves.

La Superintendencia puede abstenerse de iniciar el procedimiento sancionador en los supuestos de infracciones leves, cuando considere que la infracción no reviste materialidad por no generar una repercusión concreta y significativa a los usuarios o al mercado.

En tal sentido, del tenor literal de ambas normas se aprecia que para que sea jurídicamente viable el empleo de esta facultad legal es necesario que se cumpla concurrentemente con tres requisitos: (i) que al momento de detectar la infracción esta haya sido revertida o subsanada (criterio no aplicable para reincidentes); (ii) que la infracción esté tipificada como leve; y, (iii) que la infracción no revista de materialidad por no generar una repercusión concreta y significativa en los sistema supervisados o en los usuarios de estos sistemas.

En este punto, conviene efectuar unas breves acotaciones sobre dos de los requisitos anteriormente mencionados: nos referimos a la subsanación de la infracción y a la materialidad de la infracción.

Por un lado, sobre la subsanación de la infracción administrativa, cabe recordar que esta acción configura una condición eximente de responsabilidad administrativa, siempre que

esta sea voluntaria y ocurra antes de la notificación de la imputación de cargos, según lo dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

De acuerdo a lo anterior, es relevante comprender qué implica que se haya producido la subsanación de la infracción. Sobre el particular, el profesor Morón Urbina ha señalado que “subsanar implica tener que reparar o remediar u [sic] derecho o resarcir un daño ocasionado, en este caso, a la Administración Pública o a un tercero” (2019: 521).

En tal sentido, de una lectura conjunta de la normativa de la SBS y el desarrollo doctrinal citado, se puede colegir que la aplicación de la facultad de no dar inicio a un procedimiento sancionador en este ámbito sectorial se encuentra condicionado al cumplimiento de una obligación concreta por el administrado la cual es que este cumpla con revertir o remediar los efectos o daños producidos por su conducta infractora.

Al respecto, nosotros consideramos legalmente adecuado que se condicione la aplicación del principio de oportunidad en materia sancionadora a un parámetro objetivo como es la reversión de los efectos producidos por la conducta infractora, en tanto ello incentiva a que el administrado corrija espontáneamente su conducta y que, desde el conocimiento técnico del sector regulado en el que participa, adopte acciones concretas para revertir los efectos o reparar los daños producidos por su conducta.

Por otro lado, sobre la materialidad de la infracción, nosotros consideramos que este concepto hace alusión a lo que en doctrina comparada se ha denominado “antijuridicidad material”, el cual sería uno de los elementos de la infracción administrativa (Rebollo y otros 2010: 221).

Al respecto, se ha señalado que “sea cual sea el tipo de infracción de que se trate, es necesario, para que pueda resultar sancionada, que se haya producido una contravención de la norma jurídica (antijuridicidad formal) y un daño (lesión efectiva o mera puesta en peligro) al bien jurídico protegido (antijuridicidad material)” (Rebollo y otros 2010: 223).

En consecuencia, cuando se enuncia como requisitos para la aplicación de la facultad para no dar inicio a un procedimiento sancionador el que la infracción no revista de materialidad y que no deben haberse generado perjuicios concretos a los sistemas supervisados y a los usuarios de estos, nos da a entender que de producirse un daño efectivo o se haya puesto en peligro algún bien jurídico protegido en el ámbito regulatorio

de la SBS necesariamente tendría que ejercerse la potestad sancionadora por parte del citado organismo.

2.4. Análisis comparativo de la normativa sectorial que otorga la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador.

Llegado a este punto, corresponde comparar la normativa sectorial analizada para poder identificar cuál es la regulación que a nuestro criterio cumple con brindar mayor seguridad jurídica en la regulación de los márgenes de discrecionalidad que se reconocen a partir del reconocimiento del principio de oportunidad en el procedimiento administrativo sancionador. Para tales efectos, a continuación se incluye un cuadro comparativo que sintetiza los principales hallazgos advertidos en la regulación sectorial analizada.

Cuadro N° 1: Regulación sectorial de la facultad para no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador

	Regulación del OSITRAN	Regulación de la SUNASS	Regulación de la SBS
Norma que regula los criterios de oportunidad	Norma con rango reglamentario.	Norma con rango reglamentario.	Norma con rango de ley, complementada con norma con rango reglamentario.
Supuestos en los que se podría aplicar la facultad	Aplicable para infracciones que no estén tipificadas como muy graves (infracciones graves y leves).	No se especifica.	Aplicable únicamente para infracciones tipificadas como leves.
Criterios de oportunidad que se toman en consideración	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis costo-beneficio. - Que la conducta no haya generado grave daño a los usuarios. - Que la conducta no haya producido afectación al interés público involucrado, al Concedente o al OSITRAN. 	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis costo-beneficio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Que al momento detectar la infracción esta haya sido revertida o subsanada. - Que la infracción cometida sea inmaterial (hechos que revisten poca significación). - Que no existan perjuicios concretos a los sistemas supervisados y a los usuarios de estos sistemas.
Aspectos adicionales	<ul style="list-style-type: none"> - Se toman en cuenta las circunstancias del caso concreto y la conducta de la Entidad Prestadora. - Debe mediar un informe sustentatorio del órgano instructor. - El órgano resolutor es el 	<ul style="list-style-type: none"> - Se contempla como alternativas al inicio del procedimiento sancionador, sea el registro de la conducta como 	<ul style="list-style-type: none"> - La subsanación no es aplicable para reincidentes. - La decisión debe ser comunicada al administrado.

	<p>que decide si ejerce o no esta facultad.</p> <p>- La decisión debe ser comunicada a la Entidad Prestadora.</p>	<p>antecedente como la adopción de medidas alternativas que permitan corregir la infracción.</p>	
--	---	--	--

Elaboración: Propia.

En nuestra opinión, de los tres ejemplos analizados, la normativa sectorial de la SBS es la que cumple con brindar mayor seguridad jurídica en la regulación de la facultad para no dar inicio a un procedimiento sancionador por tres motivos.

En primer lugar, se debe resaltar que esta facultad le ha sido otorgada al citado organismo público mediante una norma con rango de ley (Decreto Legislativo N° 1349), con lo cual se respeta la reserva de ley que rige en materia sancionadora.

En segundo lugar, resulta relevante el hecho que se condicione el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora a que el presunto infractor haya subsanado o revertido la infracción de manera previa a su detección, pues solo en esta medida se podrá garantizar que los efectos o daños producidos por la comisión de una infracción administrativa no perduren en el tiempo y sean solucionados a la brevedad.

En tercer lugar, porque la regulación sectorial de la SBS resalta la evaluación de la materialidad de la conducta infractora para determinar si inicia o no un procedimiento sancionador en el caso de las infracciones leves. En nuestra opinión, ello resulta relevante porque de producirse efectos concretos en los usuarios y al mercado no cabría anteponer un análisis de costo-eficiencia sobre la conveniencia del ejercicio de la potestad sancionadora, sino que correspondería necesariamente tramitar el correspondiente procedimiento sancionador con el objetivo de reforzar la disuasión de la comisión de conductas lesivas al interés público.

IV. CONCLUSIONES

1. El principio de oportunidad como institución jurídica ha tenido su origen y principal desarrollo en el Derecho Procesal Penal. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal ha regulado expresamente este principio bajo un sistema de oportunidad reglado, por lo cual el Ministerio Público se encontrará facultado para abstenerse del ejercicio de la acción penal o de archivar un proceso penal iniciado únicamente bajo los supuestos delimitados en la norma.
2. De acuerdo a la doctrina penal, el principio de oportunidad se aplica preferentemente a delitos de escaso impacto social o también denominados “delitos de bagatela”. Este criterio del impacto social del incumplimiento normativo podría ser muy bien trasladada al ámbito administrativo sancionador en lo referente a las infracciones administrativas.
3. De acuerdo a los planteamientos de la doctrina administrativa, se puede definir al principio de oportunidad como la opción legislativa que otorga a la Administración Pública la facultad de evaluar discrecionalmente la conveniencia de dar inicio a un procedimiento sancionador y de imponer una sanción, ante la detección de una conducta que contraviene el ordenamiento jurídico.
4. La aplicación del principio de oportunidad en el ámbito administrativo sancionador da lugar a que las entidades de la Administración Pública evalúen si la finalidad pública que se pretende conseguir a través del ejercicio de la potestad sancionadora, que es el desincentivo de la comisión de conductas infractoras, puede alcanzarse a través de mecanismos alternativos a la sanción administrativa.
5. Luego del análisis de la regulación sectorial y acogiendo la postura planteada por el profesor Rebollo Puig, consideramos que sería admisible incorporar el principio de oportunidad en materia sancionadora en el TUO de la LPAG, pero que esta situación se encontraría condicionada al cumplimiento de tres aspectos: (i) en primer lugar, siguiendo el planteamiento del profesor Rebollo, que los criterios de oportunidad que otorgan discrecionalidad sobre la decisión de dar inicio a un

procedimiento administrativo sancionador tendrían que estar regulados en una norma con rango de ley; (ii) en segundo lugar, que la aplicación de este principio tendría que darse antes del inicio formal del procedimiento sancionador, concretamente durante las actuaciones previas al procedimiento sancionador; (iii) en tercer lugar, que este principio únicamente sería aplicable para las conductas calificadas como infracciones leves.

6. Asimismo, siguiendo la posición de los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, nosotros también consideramos que frente a la comisión de infracciones administrativas que producen la lesión de bienes jurídicos especialmente sensibles y que tienen un impacto social significativo, como son las afectaciones al derecho a la salud o al derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, correspondería indefectiblemente iniciar un procedimiento sancionador contra los presuntos responsables.
7. De acuerdo al análisis comparativo efectuado sobre la regulación del ejercicio facultativo de la potestad sancionadora contenida en la normativa aplicable a OSITRAN, SUNASS y SBS, se aprecia que la regulación que cumple de mejor manera con brindar mayor seguridad jurídica en la aplicación del principio de oportunidad es la regulación de la SBS.

Ello en función a tres motivos: (i) debido a que esta facultad le ha sido otorgada al citado organismo público por una norma con rango de ley (Decreto Legislativo N° 1349), respetándose de esta manera la reserva de ley que rige en materia sancionadora; (ii) porque condiciona el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora a que el presunto infractor haya subsanado o revertido la infracción de manera previa a su detección, con lo cual se garantiza que los efectos o daños producidos por la comisión de una infracción administrativa no perduren en el tiempo; (iii) porque la regulación sectorial de la SBS resalta la evaluación de la materialidad de la conducta infractora para determinar si inicia o no un procedimiento sancionador en el caso de las infracciones leves.

Ello resulta relevante porque de producirse efectos concretos en los usuarios y al mercado no cabría anteponer un análisis de costo-eficiencia sobre la conveniencia del ejercicio de la potestad sancionadora, sino que correspondería tramitar el

correspondiente procedimiento sancionador con el objetivo de reforzar la disuasión de la comisión de conductas lesivas al interés público.

V. BIBLIOGRAFÍA

Normativa

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

2019 Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Lima, 25 de enero.

Consulta: 29 de noviembre de 2019.

<https://elperuano.pe/NormasElperuano/2019/01/25/1734669-1/1734669-1.htm>

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO (OSITRAN)

2018 Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN. Lima, 11 de abril.

Consulta: 18 de octubre 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-el-reglamento-de-incentivos-infracciones-y-sancion-resolucion-no-009-2018-cd-ositran-1635290-1>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

2017 Decreto Legislativo N° 1349. Lima, 07 de enero. Consulta: 18 de octubre 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-el-primer-parrafo-de-la-oct-decreto-legislativo-n-1349-1471551-1>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

2019 Decreto Supremo N° 145-2019-PCM. Lima, 09 de agosto. Consulta: 12 de Noviembre 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-organizacion-y-decreto-supremo-n-145-2019-pcm-1795966-1>

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO (SUNASS)

2007 Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD. Lima, 18 de enero.

2018 Resolución de Consejo Directivo N° 021-2018-SUNASS-CD. Lima, 01 de junio.
Consulta: 29 de Noviembre de 2019.
<https://elperuano.pe/NormasElperuano/2018/06/01/1654326-1/1654326-1.htm>

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES (SBS)

2018 Resolución SBS N° 2755-2018. Lima, 17 de julio. Consulta: 29 de Noviembre de 2019.
<https://elperuano.pe/NormasElperuano/2018/07/17/1670623-1/1670623-1.htm>

Doctrina

BACA ONETO, Víctor Sebastián

2018 “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano”. Revista Digital de Derecho Administrativo. Bogotá, número 21, pp. 313-244. Consulta: 11 de Octubre 2019.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>

DESDENTADO DAROCA, Eva

2010 “Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones”. En: LOZANO, Blanca (Directora). *Diccionario de las sanciones administrativas*. Madrid: lustel, pp. 340-349. Consulta: 05 de Noviembre 2019.

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2275_imagen00018.pdf

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

2013 *Curso de Derecho Administrativo*. Decimosexta edición. Navarra: Editorial Civitas.

GÓMEZ APAC, Hugo y Verónica VERGARAY BÉJAR

2009 “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En: MARAVÍ, Milagros (compiladora). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), pp. 401- 440.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES

2013 *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Tercera edición. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

LOZANO CUTANDA, Blanca

2003 “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”. *Revista de la Administración Pública*. Madrid, número 161, mayo-agosto 2003, pp. 83-121.

MARTIN TIRADO, Richard

2014 “Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011”. En: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA. *La fiscalización ambiental en el Perú. Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental- OEFA, pp. 137-200.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2019 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Tomo II. Décimo cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO GARCÍA, Alejandro

2012 *Derecho Administrativo Sancionador*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

ORÉ GUARDIA, Arsenio

2016 *Derecho Procesal Penal Peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

PALACIOS DEXTRE, Darío y Ruth MONGE GUILLERGUA

2010 *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*. Segunda edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

REBOLLO PUIG, Manuel y otros.

2010 *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova.

REBOLLO PUIG, Manuel

2015 “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”. En: GUILLÉN CARAMÉS, Javier y Miguel CUERDO MIR (Directores). *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 407-466.

2019 “El procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú”. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego (coordinador). *La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima: Palestra Editores, pp. 541-567.

SAN MARTÍN CASTRO, César

2014 *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego

2006 “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)”. Lima: Revista de Derecho Administrativo, Número 1, pp.33- 62.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente N° 01873-2009-PA/TC. Sentencia: 03 de setiembre 2012.

Consulta: 12 de octubre de 2019.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01873-2009-AA.html>

Otras fuentes

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO (SUNASS)

2018 “Exposición de Motivos del Proyecto de Modificación del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento”. Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 011-2018-SUNASS- CD. Consulta: 29 de Noviembre 2019.

https://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/2018/re11_2018cd_expo.pdf

2018 “Matriz de Comentarios sobre la Propuesta de modificación del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de los Servicios de Saneamiento (EPS) (RCD N° 011-2018-SUNASS-CD)”

https://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/2018/re21_2018cd_matriz.pdf

