

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo**

**La discrecionalidad administrativa en la función normativa de los organismos reguladores. Revisión de la tipificación contractual**

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

**AUTOR**

Luis Miguel Lluque Aquino

**ASESOR:**

Alejandro Martín Moscol Salinas

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20089561

**2020**

## **LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA FUNCION NORMATIVA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES. REVISION DE LA TIPIFICACION CONTRACTUAL**

“La realidad, y la necesidad de que el Derecho Administrativo sea de verdad el Derecho del poder para la libertad, no el derecho del poder para la opresión, nos interpela a buscar soluciones en a partir de la centralidad de los derechos fundamentales en el marco Estado Social y Democrático de Derecho desde el concepto de libertad solidaria”.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

### **RESUMEN**

El presente estudio es una interpretación por la intervención administrativa mínima, pero sobre todo eficiente. Bajo esta premisa se justifica la necesidad de la discrecionalidad administrativa, como herramienta que permite la eficiencia en la concreción de los fines de interés o necesidad pública, fines que justifican la intervención administrativa en la libertad de los administrados.

Teniendo en cuenta lo anterior, se revisa la práctica nacional en la tipificación contractual de las sanciones, para concluir en la ratificación de la necesidad de márgenes de libertad administrativa, siempre limitada por los fines previstos en el Ordenamiento, para el establecimiento de las sanciones a las infracciones administrativas en particular. Garantizando la razonabilidad de la medida, con la menor afectación de las libertades y solo necesario para el logro de los fines de prevención.

## INDICE

RESUMEN .....	2
INTRODUCCION .....	4
CONTENIDO .....	5
1. Consideraciones generales en torno a la discrecionalidad administrativa .....	5
1.1 La discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia peruana .....	6
1.2 Los conceptos jurídicos indeterminados .....	8
1.3 La libertad en el ejercicio de la función administrativa .....	9
1.4 Los límites y control de la discrecionalidad administrativa .....	10
2. La función normativa de los organismos reguladores .....	13
2.1 El incumplimiento contractual como infracción administrativa .....	15
2.2 La tipificación de infracciones como restricción de la libertad .....	17
2.3 El margen de libertad en la tipificación de las sanciones .....	18
2.4 La problemática en torno a la tipificación de las sanciones monetarias a través de montos fijos o límites mínimos y máximos <sup>18</sup> .....	20
2.5 La regla de la prevalencia aprobada por Resolución de Consejo Directivo No. 01-2020-OEFA/CD .....	23
2.6 La experiencia tipificadora en el régimen disciplinario de la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil .....	24
CONCLUSIONES .....	25
BIBLIOGRAFÍA .....	25

## INTRODUCCION

La actividad administrativa implica necesariamente restringir la libertad de los administrados, ello debido a que toda intervención supone el establecimiento de comportamientos mediante obligaciones y/o prohibiciones en los administrados, cuyo cumplimiento se encuentra sujeto a la amenaza de coacción o sanción.

Dicho sometimiento encuentra legitimación en la cesión originaria de parte de nuestra libertad en favor del Estado, a quien se le otorgó el monopolio de la fuerza ante la necesidad de alcanzar determinados fines esenciales para la vida en sociedad, como la seguridad y la justicia, etc., cuya búsqueda individual significaría un sacrificio mayor de nuestra libertad, cercano a su negación.

Es por ello que estos fines, considerados de interés o necesidad pública, constituyen los límites de la actividad administrativa y la justificación de su intervención y como tal deben ser alcanzados de manera eficiente, es decir, con menores sacrificios de las libertades de los administrados. De otro modo, no tendría sentido la existencia del Estado.

La habilitación legal es el instrumento que identifica los fines y activa la intervención administrativa, otorgando las facultades necesarias que le permiten decidir responsablemente la oportunidad, convivencia, necesidad o utilidad de la intervención en cada caso en particular, de manera eficiente.

Bajo esta premisa, en la primera parte del presente estudio se aborda el tema de la discrecionalidad administrativa, como mecanismo derivado de la inevitable indeterminación normativa y, en consecuencia, la necesidad de su empleo para la integración normativa orientada a concretar de manera eficiente los fines encargados en la habilitación legal.

En la segunda parte, se desarrolla la tipificación convencional de conductas, a cargo de los organismos reguladores, en ejercicio de la función normativa encargada por el legislador; para concluir en la necesidad de establecer las sanciones otorgando márgenes de decisión que permitan considerar las circunstancias señaladas en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la Ley No 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, alcanzando la finalidad de adecuación al ordenamiento jurídico y desincentivando comportamientos infractores.

## CONTENIDO

### 1. Consideraciones generales en torno a la discrecionalidad<sup>1</sup> administrativa

El ámbito clásico de las discusiones en torno a este instrumento, es el de la discrecionalidad administrativa, debido a ello encontramos innumerables estudios, entre los cuales se admite mayoritariamente, la existencia de un margen de libertad de actuación que permite a la Administración, valorar y decidir la mejor alternativa para concretar los fines de interés o necesidad pública, incorporando la menor afectación a las libertades de los administrados<sup>2</sup>.

Esta necesidad de eficiencia en la concreción de estos fines, no es exclusivo de la actividad administrativa, sino que constituye una obligación en el ejercicio del Poder Público en general. En consecuencia, se puede hablar de discrecionalidad legislativa, discrecionalidad administrativa y discrecionalidad judicial, obviamente cada una desde perspectivas y finalidades distintas.

En lo que respecta a la discrecionalidad administrativa, que es el ámbito en el que centramos la atención para este estudio, tampoco son pocas las discusiones que se plantean sobre su admisión, su fuente y sobre la posibilidad de su control judicial. Sin embargo, respecto a su admisión, actualmente es aceptado el hecho de que no existe actividad administrativa desprovista de discrecionalidad, o como indica el profesor Cassagne “[...] no hay poderes reglados ni discrecionales puros [...]” (2017: 87).

Asimismo, se considera a la indeterminación normativa como la fuente de la discrecionalidad administrativa, la misma que se manifiesta en dos sentidos: en la aplicación de la norma y/o en la delegación de poder o indeterminación intencional de la norma.

Acerca del primer sentido, el profesor Lifante, citando a Hart, señala que “[...] en la operación de subsunción de hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales, se produce inevitablemente la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, donde la aplicabilidad de la norma está indeterminada” (2002: 424). Esta indeterminación es considerada relativa, puesto que surge al momento de establecer la norma aplicable a un hecho particular, considerando los problemas semánticos, de existencia de lagunas y el uso de *conceptos jurídicos indeterminados*, en la construcción normativa.

---

<sup>1</sup> La Real Academia Española define el término “discrecional” como: “Que se hace libre y prudencialmente” y “Potestad gubernativa que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas” (Real Academia Española, 2001).

<sup>2</sup> La intervención administrativa costo-eficiente está orientada a la máxima satisfacción de las necesidades públicas, con la menor restricción de las libertades de los administrados.

En cuanto al segundo sentido de la indeterminación normativa, no se trata de un problema de subsunción de un hecho particular a la norma, sino que “[...] es la propia norma la que no determina cuál sea la conducta a realizar en los casos a los que ella misma se refiere. Esta conducta no pretende estar, por tanto, determinada de antemano en la norma, sino que será el destinatario el que, a la luz de las circunstancias del caso, tendrá que establecer cuál sea la conducta más adecuada para conseguir el fin perseguido por la norma [...]” (Lifante 2002: 424). A diferencia de la anterior, esta indeterminación es considerada absoluta, debido a que se encuentra referido a todos los hechos particulares en los que sea aplicable la norma, que delega facultades en la Administración para su integración.

De esta manera, ambos sentidos de la indeterminación normativa se derivan de la imposibilidad de regular situaciones cambiantes a través de normas rígidas y de la limitación para conocer de antemano lo que pasará en el futuro. Por ello, la discrecionalidad administrativa permite la integración normativa en su aplicación, orientado por los fines identificados por el legislador al momento de la habilitación legal, como límites de la arbitrariedad y el desvío de la potestad administrativa.

### **1.1 La discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia peruana**

El ordenamiento jurídico nacional no establece una definición de la discrecionalidad<sup>3</sup>. Sin embargo, a decir del profesor Baca, su estudio “[...] es un pilar fundamental en el edificio del Derecho Administrativo peruano, para lo cual sin duda alguna nos pueden servir los estudios doctrinales que se han realizado en otros ordenamientos jurídicos. [...] es preciso también analizar lo que nuestros Tribunales han dicho al respecto [...]” (2012: 181).

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida el 5 de julio del 2004 recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC, establece que:

“8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defensa, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una **herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.**” [el destacado es mío]

---

<sup>3</sup> Como no podría ser de otra manera, debido a que las normas se encargan de imponer conductas (obligaciones o prohibiciones) a los administrados y a la Administración, para incentivarlos (positiva o negativamente) en la concreción de los fines públicos.

Como se mencionó anteriormente, no todo está contemplado en la regulación y por ende no podrían existir en sentido estricto actos reglados que no requieran de discrecionalidad administrativa, ya sea por la imposibilidad misma de la norma para regular todo caso concreto a partir de alguna forma de generalidad y/o debido a que lo precisado por la norma permite realizar valoraciones conforme a ella. (Navarro 2012: 202).

Reconociendo esta limitación, el supremo interprete de la Constitución, afirma que respecto a los actos discrecionales “los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la Ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo”. Por lo que, a decir del profesor Baca “[...] se refiere a una “libertad” y a cierta “indeterminación” normativa como elementos de la discrecionalidad.” (2012: 182).

Pese a su importancia por la afirmación de los elementos diferenciadores de la discrecionalidad y su destino a ser considerado como una “herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento”, la sentencia mencionada se equivoca al momento de establecer que solo en los actos no reglados o discrecionales “los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto”, debido a que, por la indeterminación normativa mencionada como fuente de la discrecionalidad, no existen actos reglados puros.

Es así que para el profesor Laguna de Paz “[...] la discrecionalidad permite que la Administración elija entre alternativas igualmente justas, porque la decisión se fundamenta en criterios de oportunidad, remitidos al juicio subjetivo de la autoridad administrativa.” (2017: 3).

Así también lo entiende el profesor Rubio, quien define la discrecionalidad como “El margen de arbitrio que el Derecho da a los órganos y organismos del Estado para ejercitar sus competencias en atención a los fines para los que fueron establecidas y en atención al interés público.” (Rubio 2006: 152).

Consecuentemente, la discrecionalidad administrativa es entendida como la libertad de decidir su actuación por consideraciones como las de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad, y valoraciones técnicas; que surge ante la indeterminación normativa para el ejercicio eficiente de la actividad administrativa, pero siempre limitada por los fines de interés o necesidad pública identificados en la ley que habilita su participación.

De allí que, la discrecionalidad administrativa no puede entenderse fuera de la garantía del principio de legalidad, siendo que “cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la

ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento”. (Rubio 2006: 144).

## 1.2 Los conceptos jurídicos indeterminados

La categoría de los conceptos jurídicos indeterminados tiene su origen en la doctrina alemana del Unbestimmte Rechtsbegriffe y se generaliza en el derecho español, a partir de la cual se diferencia respecto a la discrecionalidad, en cuanto a que los conceptos jurídicos indeterminados otorgan un margen de apreciación del supuesto de hecho normativo, mediante una actividad de cognición y con la finalidad de aplicar las consecuencias jurídicas decididas por el legislador. Mientras que la discrecionalidad se encuentra referida a un margen de decisión que permita elegir las consecuencias jurídicas a través de una actividad de volición.

Dicha diferencia que se concentra en la existencia de varias alternativas de solución igualmente validas en la discrecionalidad, frente a la cuestionable única solución correcta de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>4</sup>, sirvió de intento para reducir la discrecionalidad y fortalecer la tutela judicial efectiva “[...] con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada.” (Cassagne 2017: 85). Es por ello que, esta diferencia cuantitativa solo incide en la amplitud del margen de libertad administrativa y no en su existencia.

Es en ese sentido que el profesor Laguna de Paz, señala que “[...] en la práctica, el margen de apreciación o valoración que implican los conceptos jurídicos indeterminados comporta también un margen de decisión, al menos en las zonas de incertidumbre. Dicho de otra forma, los conceptos jurídicos indeterminados comportan también un cierto grado de discrecionalidad.” (2017: 6).

Por lo tanto, conforme se viene sosteniendo, ambos instrumentos se derivan de la *necesidad* del poder discrecional ante la *inevitable* indeterminación normativa para la concreción de los fines de interés o necesidad pública, como concepto jurídico indeterminado que corresponde a la Administración integrar o perfeccionar.

En nuestro ordenamiento, la definición del concepto jurídico indeterminado ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, a través del fundamento 10 de la sentencia recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC, que establece:

---

<sup>4</sup> En el ámbito nacional, el profesor Zegarra cuestiona la existencia de la única solución correcta en los conceptos jurídicos indeterminado y considera que, en los conceptos jurídicos indeterminados existe un margen de discrecionalidad instrumental. (2006: 43).

“10. La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados. Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social. Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto. En ese orden de ideas, **el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta**, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada. [...]”. [el destacado es mío]

La importancia de esta sentencia radica en el reconocimiento de la indeterminación normativa por medio del recurso al concepto jurídico indeterminado y la necesidad de su determinación “por medio del razonamiento jurídico”.

En ese contexto la sentencia establece la diferencia académica respecto a la discrecionalidad, señalando que concepto jurídico indeterminado “concede un margen de apreciación”, entendiéndose que no estaría limitado a la única solución correcta, en tanto que “dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”, empero, esta razonabilidad y proporcionalidad debió estar referida a los fines de interés o necesidad pública.

### **1.3 La libertad en el ejercicio de la función administrativa**

La conservación de la libertad supone su limitación a través del sometimiento al Poder Público, encargado de la satisfacción de aquellos fines considerados de interés o necesidad pública, que no podemos -o sería muy costoso- alcanzar de manera individual, debido a que supone un mayor sacrificio, cercano a la negación de las libertades que se pretenden conservar<sup>5</sup>.

Es así que la actividad administrativa como expresión de este Poder, tiene como justificación y límite los fines de interés o necesidad pública, identificados en el marco de la legalidad para su satisfacción. Por lo que la satisfacción de estos fines encargados

---

<sup>5</sup> Al respecto el profesor Berlin al referirse a los filósofos políticos ingleses, indicaba que: “[...] No estaban de acuerdo sobre cuál podía o debía ser la extensión del ámbito de esa libertad. Suponían que, tal como eran las cosas, no podía ser ilimitada porque si lo fuera, ello llevaría consigo una situación en la que todos los hombres podrían interferirse mutuamente de manera ilimitada, y una clase tal de libertad «natural» conduciría al caos social en el que las mínimas necesidades de los hombres no estarían satisfechas, o si no, las libertades de los débiles serían suprimidas por los fuertes [...]”. (1988: 193).

en la Administración se debe realizar de la manera que implique un menor sacrificio de las libertades de los administrados, parcialmente delegadas en forma voluntaria para su conservación por el Estado.

Por ello es que ante la inevitable indeterminación normativa para la satisfacción eficiente de estos fines, surge la necesidad integradora de la discrecionalidad como margen de libertad administrativa, reconocida legislativamente<sup>6</sup> y distinta a la libertad de los administrados, debido a que esta última se refiere a la realización de la propia voluntad o desarrollo de la autonomía, suficiente para justificar que se encuentra en el marco de lo permitido como regla general y prohibido como excepción.

De esa manera es que la libertad de los administrados no solo sería el ámbito de referencia del margen de libertad administrativa, sino también su conservación será el motivo de su ejercicio. Así lo entiende la profesora Lifante, para quien “No hay ninguna razón para pensar que el hecho de que los órganos públicos tengan un margen de actuación “libre” o discrecional sea, por ello mismo, algo valioso, sino que habrá de ser valorado y justificado siempre de manera instrumental.” (2002: 424).

A mayor abundamiento y para entender mejor la libertad otorgada a la Administración para el eficiente ejercicio de función, me referiré a la distinción realizada por el profesor Berlín entre los sentidos negativo y positivo de la libertad. Conforme con el citado profesor la libertad en sentido negativo es el permiso para una actuación libre de obstáculos sin posibilidad de censura, el estar libre de algo. En el segundo sentido la libertad se encuentra referida a la idea de responsabilidad en la autodeterminación de su actuación, el ser libre para llevar una determinada forma prescrita de vida. (1988: 38-65).

En ese contexto es posible interpretar la discrecionalidad administrativa de un modo más cercano al sentido positivo de la libertad, remarcando que la Administración no puede hacer lo que quiera, sino que, es la encargada de decidir su intervención en cada caso en particular, para la concreción de los fines interés o necesidad pública.

#### **1.4 Los límites y control de la discrecionalidad administrativa**

La discrecionalidad administrativa entendida como margen de libertad otorgado en la habilitación legal, para la concreción eficiente de los fines de interés o necesidad pública, no puede ser ilimitada ni encontrarse sobre la ley, en cuanto es derivada de ella misma.

Por ello que el principio de legalidad es entendido como el límite natural de la discrecionalidad administrativa y de la actividad administrativa en general. En ese

---

<sup>6</sup> Con la metáfora del agujero de la rosquilla, el profesor Dworkin se refería a la discrecionalidad como “[...] un espacio libre que las normas dejan al titular de la potestad para que decida sobre algún aspecto”. (Zegarra 2006: 35).

sentido el profesor Rubio, al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC, advierte que:

“[...] la discrecionalidad es una facultad derivada del mismo Derecho, nunca de la mera voluntad humana, pues el hecho de que exista la libertad de decisión, no implica, que esta deba de actuar de un modo arbitrario, al contrario, al regirse bajo el principio de legalidad, el cual justifica la existencia de actos no reglados como explicamos antes (pues no todo está estipulado en la norma), es totalmente concordante con el Derecho, pues la calidad interpretativa del ente administrativo responde también a los criterios valorativos intrínsecos a su función. [...] pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento.” (2006: 144).

Sin embargo, conforme al criterio adoptado en el presente estudio, precisar que, debiéndose la existencia de la discrecionalidad a la necesidad de la integración normativa para la concreción eficiente de los fines, la discrecionalidad encuentra en la eficiencia<sup>7</sup> su verdadero límite. Esto se manifiesta en el principio de informalismo, regulado en la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>8</sup>, según el cual los aspectos formales no pueden afectar la finalidad del acto administrativo, siempre que no se afecte derechos de terceros o el interés público.

Otro límite se encuentra constituido por la arbitrariedad, entendida como el “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.” (Real Academia Española, 2001). En algunos casos se confunde con la discrecionalidad debido al margen de libertad como elemento común, pero por su proceder en contra de la razón y su oposición a la ley, es opuesta a la discrecionalidad.

Es así como lo entiende el Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia emitida el 6 de setiembre del 2000 recaída en el expediente 0250-2000-AA-TC, cuando señala que:

---

<sup>7</sup> La eficiencia -productiva- como concepto económico consiste en el menor sacrificio de los recursos para obtener el máximo de producción. En nuestro caso, involucra la menor restricción de las libertades de los administrados para la máxima satisfacción de los fines de interés o necesidad pública, comprendiendo una intervención razonable y proporcional.

<sup>8</sup> TUO de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

#### **Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

“[...] a juicio del Tribunal Constitucional, un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario tanto cuando expresa el capricho individual de quien titulariza la competencia administrativa como cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que llevan [...] a adoptar tal decisión. **Motivar una decisión, en ese sentido, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.**” [el destacado es mío]

Así también el Tribunal Constitucional, en el fundamento 15 de la sentencia recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC, concluye que la discrecionalidad está sujeta a las limitaciones de la razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, conforme a lo expuesto, considero que estos no constituyen verdaderos límites, sino herramientas para concretar los fines de interés o necesidad pública, encargados a la Administración por mandato legislativo, como único límite de la discrecionalidad administrativa.

Hasta el momento el desarrollado de la discrecionalidad administrativa en lo que se denomina su faceta de libertad frente al legislador, conforme a la definición de Bullinger, citado por el profesor Baca, para quien la discrecionalidad es “el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una Ley ni puede ser totalmente revisada por un Tribunal.” (2016: 184). Corresponde entonces abordar la discrecionalidad en su faceta de libertad frente al juez, como mecanismo de control de la discrecionalidad administrativa.

En su sentido originario la discrecionalidad era concebida como una actividad libre e inmune al control, en la actualidad es aceptado generalmente, por lo menos el control administrativo, a través de los órganos o tribunales que, a diferencia de los jueces si pueden revisar decisiones discrecionales, sustituyendo el criterio por el suyo propio.

Al respecto, el profesor Cassagne, reconoce el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho, adoptando la tesis sostenida por Tomas R. Fernández, en virtud de la cual:

“[...] afirma la plenitud del control judicial sobre los aspectos discrecionales de la actividad administrativa, reconociendo incluso la posibilidad de la sustitución en caso de necesidad para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas. Encuentra fundamento dogmático constitucional en tres principios básicos de la Constitución Española: a) el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho (art. 103.1); b) la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos (art. 9.3); y e) el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1).” (2017: 89).

El Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el expediente 0090-2004-AA-TC, estableció el principio de interdicción de la arbitrariedad, esto es, la prohibición de la arbitrariedad por la Administración, debiendo observar en

toda su actuación los principios constitucionales de legalidad, debido proceso y motivación sustentada en razones y no constituir mera expresión de su voluntad.

En el mismo sentido, la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial No. 56 de diciembre del 2010, respecto a la aplicación de la causal de retiro por renovación en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional, indica:

“En efecto los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno mencionados en el artículo 3° de la Constitución respaldan el derecho de todo ser humano a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como lo proclama el artículo 45° del texto constitucional.” (2010: 6).

De esta manera se admite el control de la discrecionalidad administrativa aun en la denominada discrecionalidad técnica o supuestos de empleo de conceptos jurídicos indeterminados de carácter técnico o científico, no existiendo actos exentos de control. Esta conclusión se muestra claramente en lo señalado por el profesor Baca cuando indica que en los supuestos de empleo de estos conceptos jurídicos indeterminados los criterios empleados por la Administración gozan de cierta preferencia sobre los judiciales, pero que estos últimos “[...] podrían sustituir a los primeros (con plena libertad para efectuar una etapa probatoria basada en juicios periciales) si no resultan razonables o no están debidamente motivados, pero solo en ese caso.” (2012: 192-193).

## **2. La función normativa de los organismos reguladores**

Los organismos reguladores son organismos públicos descentralizados, adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Creados en la última década del S. XX, a consecuencia del proceso de promoción de la inversión privada y traslado de actividades al sector privado, iniciado con el Decreto Legislativo No. 674<sup>9</sup> y consolidado en la Constitución Política del Perú de 1993.

Su existencia obedece a la necesidad de simular la estructura de mercado en competencia perfecta, como modelo que permite maximizar el bienestar social,

---

<sup>9</sup> **Decreto Legislativo No. 674 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado**

**Artículo 1.-** Declárase de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado.

Para efectos de esta Ley, entiéndase por inversión privada aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado Peruano, de los organismos que integran el sector público nacional, y de las empresas del Estado.

entendido como la suma del excedente del productor y el excedente del consumidor, amparando los intereses de los distintos grupos involucrados: Estado, empresas reguladas y la población.

De similar opinión es el profesor Tassano, cuando indica que “El correcto rol del regulador y el respeto por el mismo, trae un beneficio social como así lo demuestra la experiencia internacional y nacional, un regulador independiente mejora el desempeño del sector regulado, disminuye el riesgo de los inversionistas y mejora por lo tanto la situación del consumidor y con ello la economía y condición social del país, fin principal de todo Estado.” (2008: 92).

Con tal finalidad, el artículo 3 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos<sup>10</sup>, otorga las siguientes funciones a los organismos reguladores:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.
- b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- c) Función normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.  
Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

---

<sup>10</sup> Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio de 2000.

- e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.
- f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Es importante remarcar que en la parte final del referido artículo se precisa que “estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos”. En otras palabras, que son los fines de interés o necesidad pública, identificados en las leyes y desarrollados en los reglamentos, los alcances y límites en el ejercicio de las funciones de los organismos reguladores.

Teniendo en cuenta lo anterior, centraremos el análisis de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la función normativa<sup>11</sup> de los organismos reguladores, al momento de tipificar infracciones y sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de concesión.

### **2.1 El incumplimiento contractual como infracción administrativa**

La Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, emitida con posterioridad a las distintas leyes de creación y desarrollo de los organismos reguladores, homogenizando la función regulatoria de la Administración, en el literal c) del artículo 3 otorga la facultad a los organismos reguladores para tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de concesión.

De esa manera es como la referida norma legislativa recurre a la técnica de las leyes incompletas o en blanco, las cuales “consciente de sus carencias encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarlas, aunque cuidándose de indicarle cómo [...] el reglamento no suple los olvidos de la ley, sino que completa lo que ésta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar, pero ya comenzado.” (Nieto 2005: 266), con la finalidad de determinar inequívocamente los comportamientos no deseados socialmente por su oposición a la concreción de los fines de interés o necesidad pública.

Ello de conformidad con el subprincipio de taxatividad o tipicidad reconocido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y desarrollado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 41 de la sentencia recaída en el expediente 0020-2015-PI-TC, cuando indica que “se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o

<sup>11</sup> El Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de cada organismo regulador y ejerce de manera exclusiva la función normativa a través de la expedición de resoluciones debidamente motivadas.

delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible no cumple con estándares mínimos de precisión.”, como garantía a las empresas reguladas de un grado mínimo de seguridad respecto a las conductas por las que podrían ser sancionados y límite al ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora los organismos reguladores.

Con tal finalidad es que el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 009-2018-CD-OSITRAN, establece las disposiciones referidas a las infracciones y sanciones aplicables a las empresas reguladas, de manera general y con carácter supletorio a las obligaciones contenidas como infracciones y sanciones en los contratos de concesión y demás normas técnicas, ello debido al carácter técnico y particular de los contratos de concesión y de las normas técnicas que se emiten sobre las diferentes materias. De esa manera es que las disposiciones de este reglamento solo son de aplicación directa a los casos donde no existe contrato de concesión, por ser el propio Estado que explota determinada infraestructura (Corpac S.A. y Enapu S.A.) y/o cuando no exista norma técnica que regule con carácter particular.

En el mismo sentido, el artículo 1 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 087-2013-CD-OSIPTEL, cuando establece que “[...] La tipificación de las infracciones administrativas contenidas en este Reglamento se realiza sin perjuicio de las infracciones establecidas o que puedan establecerse en otras disposiciones vinculadas a la actuación del OSIPTEL, a las que resultará igualmente de aplicación el procedimiento establecido en el presente Reglamento, con independencia de que en dichas disposiciones se haga una remisión expresa a éste. [...]”.

Así también, cuando en el artículo 8.1 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución de Consejo No. 040-2017-OS-CD, se establece que “Constituye una infracción administrativa, toda acción u omisión que implique el incumplimiento de la normativa bajo el ámbito de competencia de Osinergmin o de disposiciones emitidas por este organismo.”. Asimismo, cuando en el artículo 1 de la Ley No. 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERG, se establece que “Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.”.

Es por ello que se puede afirmar que no existe una tipificación concertada de las obligaciones contractuales de las empresas reguladas, sino una tipificación como manifestación unilateral de autoridad en colaboración administrativa, con la finalidad de garantizar a las empresas reguladas la predicción razonable de los comportamientos impuestos, debido a la indeterminación normativa derivada del carácter técnico y particular de la función regulatoria.

Como consecuencia la relatividad de la reserva legal en la tipificación de infracciones y sanciones, no debe ser entendida como la sola participación del reglamento en la integración del tipo infractor, sino que debe ser entendida como la imposibilidad de apartarse de los contenidos mínimos habilitantes de la colaboración.

De esa manera se cumple con los fines de garantía y control del subprincipio de taxatividad o tipicidad, descartando el empleo pernicioso de la doctrina de la relación de sujeción especial<sup>12</sup>, que permite mayores restricciones en los derechos fundamentales y garantías jurídicas de las empresas reguladas.

## **2.2 La tipificación de infracciones como restricción de la libertad**

El ejercicio de la actividad administrativa supone la imposición de comportamientos (obligaciones y prohibiciones) necesarios para alcanzar los fines de interés o necesidad pública que faciliten las condiciones necesarias para que los administrados se desarrollen libremente.

La observancia de estos comportamientos requiere de instrumentos que incentiven a los administrados a su cumplimiento. Estos incentivos pueden ser positivos (actividad de fomento de la Administración) o negativos (actividad de control de la Administración)<sup>13</sup>, a través de la amenaza de coacción o sanción por su incumplimiento, constituyendo esta última forma de intervención administrativa la más restrictiva.

En ese contexto es que la tipificación de infracciones a través de la imposición de comportamientos bajo amenaza de coacción o sanción, incide en la libertad de los administrados restringiéndola o limitándola. Pero esta restricción o limitación es excepcional debido a que, conforme a mandato constitucional, en el campo normal de la sociedad, el administrado puede hacer todo lo que no está prohibido y dejar de hacer

---

<sup>12</sup> Las relaciones de sujeción especial o «die besondere Gewaltverhältnisse», conforme a lo denominado por la doctrina alemana de su procedencia, alude a aquellos supuestos en los que el administrado en función a su especial condición, soporta niveles más intensos de intervención administrativa, con la posibilidad de mayores restricciones a sus derechos fundamentales y garantías jurídicas. Esta sujeción especial “en contraposición a las relaciones de sujeción general, que son comunes a la de los restantes administrados y respecto de las cuales la Administración se presenta armada solo con sus potestades generales” (García de Enterría y otros 1992: 19).

<sup>13</sup> También conocido como actividad de policía de la Administración. Sin embargo, en opinión que compartimos con el profesor Sánchez, preferimos denominar a esta forma de intervención administrativa como actividad de control, para diferenciarlo del concepto de policía originario del Antiguo Régimen, entendido como poder expansivo con fundamento en la potestad originaria del Rey. (Sánchez 2014, 652-687).

todo lo que no está obligado (artículo 2, inciso 24, literal b de la Constitución política del Perú)<sup>14</sup>.

De esa excepcionalidad en la restricción o limitación de las libertades de los administrados es que se deriva la exigencia de taxatividad o tipicidad en la imposición de estos comportamientos, que habilitan la intervención de la Administración, a quien corresponde decidir responsablemente la oportunidad, convivencia, necesidad o utilidad de su intervención en cada caso en particular. Así también se constituye en garantía de conocimiento del contenido de las obligaciones y prohibiciones impuestas a los administrados para su organización y libre desarrollo.

Esta garantía de conocimiento y control que se deriva de la taxatividad o tipicidad en la imposición de estos comportamientos, se encuentra en peligro por la inevitable indeterminación normativa que, no permite llegar a un nivel absoluto o pleno de exhaustividad en la descripción de sus elementos. Ante ello, el fin último de conservación de la libertad de los administrados, como justificación de la intervención administrativa, se convierte en el criterio orientador y contralor de la Administración, permitiendo la *predicción razonable* de los comportamientos impuestos, como intervención necesaria en la libertad de los administrados que siempre deberá ser la mínima posible.

De esa manera es que se confirma que la discrecionalidad administrativa también se manifiesta en la intervención administrativa más restrictiva, siempre dentro de los límites legales, para la eficiencia<sup>15</sup> en la concreción de los fines de conservación de la libertad de los administrados.

### **2.3 El margen de libertad en la tipificación de las sanciones**

Distinto es lo que sucede en la tipificación de las sanciones como consecuencia del incumplimiento de los comportamientos impuestos a los administrados, en cuya determinación por la Administración se deben considerar circunstancias como las señaladas en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para que la sanción sea la más idónea y de menor afectación posible a las libertades de los administrados en la búsqueda de

---

<sup>14</sup> **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**

**Artículo 5.-** La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad, todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

<sup>15</sup> Conforme se viene mencionando, la eficiencia administrativa está referida al menor sacrificio de las libertades de los administrados, siempre restringidas o limitadas con la intervención administrativa.

prevención de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos (fin inmediato) y de adecuación y respeto al ordenamiento jurídico (fin mediato).

Es en ese sentido que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 20 de la sentencia emitida el 11 de octubre del 2004 recaída en el expediente 2192-2004-AA-TC, señala que:

“[...] implica un claro mandato a la administración municipal para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, **no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas**, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata sólo de contemplar los hechos en abstracto, sino -en cada caso- y tomando en cuenta -los antecedentes del servidor-”. [el destacado es mío]

Por lo que es necesario que la Administración cuente con un margen de libertad que le permita decidir *responsablemente* el grado de las sanciones impuestas por las infracciones<sup>16</sup> particulares y concretas cometidas por los administrados.

La responsabilidad en las decisiones de la Administración se expresa en la motivación, como obligación de la Administración y derecho del administrado, a efectos de que el administrado pueda hacer valer los mecanismos de control de estas decisiones<sup>17</sup>. Del mismo modo, es un requisito de validez del acto administrativo (forma jurídica a través del cual se manifiesta las decisiones administrativas), conforme al numeral 4 del artículo 3 del TUO de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. El incumplimiento de esta obligación se encuentra previsto como falta administrativa en el numeral 4 del artículo 261.1 del mencionado cuerpo normativo.

---

<sup>16</sup> En el análisis para la determinación de la sanción no es posible hablar de incumplimientos, sino de infracciones, debido a que la responsabilidad del administrado se determinó en la etapa previa del procedimiento administrativo sancionador.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 2192-2004-AA/TC, fundamento 11:

“[...] no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes.”

## **2.4 La problemática en torno a la tipificación de las sanciones monetarias a través de montos fijos o límites mínimos y máximos<sup>18</sup>**

Los organismos reguladores en el marco de lo dispuesto en el literal c) del artículo 3.1 de la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, tienen la función normativa, la cual comprende, entre otras, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de concesión.

Se establece además que, en ejercicio de dicha función normativa, los organismos reguladores son competentes para aprobar su propia escala de sanciones, dentro de los límites máximos establecidos mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el organismo regulador.

De esa manera es que, mediante Resolución de Consejo Directivo, los organismos reguladores aprueban los reglamentos que tipifican las infracciones y sanciones, establecen los niveles de gravedad y los criterios para la graduación de sanciones.

En nuestra normativa tenemos la Resolución de Consejo Directivo No. 009-2018-CD-OSITRAN, que aprueba el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público; la Resolución de Consejo Directivo No. 087-2013-CD-OSIPTEL, que aprueba el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones; la Resolución de Consejo Directivo No. 040-2017-OS-CD, que aprueba el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN; y, la Resolución de Consejo Directivo No. 036 -2004-SUNASS-CD, que aprueba Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas aplicable a las empresas prestadoras de servicios de saneamiento.

De estas normas se deriva que, verificada la infracción, los organismos reguladores podrán imponer una sanción, consistente en amonestación escrita o multa. Para el caso de OSINERGMIN, las sanciones que imponga pueden consistir, además, en comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre o clausura de establecimiento o instalación, suspensión de actividades, paralización de obras, labores o funcionamiento de instalaciones, entre otras. (Artículo 24.1)

---

<sup>18</sup> En este extremo es preciso diferenciar la sanción administrativa y la sanción contractual. El primero es consecuencia jurídica del incumplimiento contractual que se encuentra tipificado como infracción administrativa, por razones de política legislativa. Mientras que el segundo es consecuencia jurídica del incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión.

En esta parte del presente estudio se aborda la tipificación de la sanción administrativa como manifestación de la función normativa de los organismos reguladores.

En ese contexto es que la tipificación de las sanciones monetarias (multas) establecen límites (mínimos y máximos) por cada tipo infractor o nivel de gravedad (leve, grave o muy grave), expresados en Unidades Impositivas Tributarias o en porcentajes de los ingresos de las empresas reguladas. Esto último como alternativa ante la existencia de una gran disparidad en el tamaño de las empresas reguladas y en sus niveles de ingreso.

La determinación de las multas se realiza mediante la aplicación de una metodología, desarrollada siguiendo los criterios de la teoría económica sobre multas disuasivas, que incorpora los criterios para graduación de sanciones administrativas contemplados en el ordenamiento jurídico nacional, de manera que se otorga previsibilidad y razonabilidad de las sanciones, evitando situaciones de sobre-desincentivo que pueden conducir a que las actividades de las empresas reguladas se desarrollen en niveles inferiores a lo socialmente eficiente.

En concordancia con el Tribunal Constitucional en el fundamento 6 de la sentencia emitida el 6 de setiembre del 2000 recaída en el expediente 0250-2000-AA-TC, cuando establece que:

**“La metodología para el cálculo de multas hace posible la concreción de la razonabilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora**, estableciendo criterios y valores para la graduación de la sanción, considerando las circunstancias de cada caso concreto, referidas al beneficio ilícito, probabilidad de detección, la gravedad del daño al bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia, entre otros, conforme al numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.” [el destacado es mío]

No obstante la existencia de garantías de mínima intervención y eficiencia administrativa, la existencia de montos fijos o límites mínimos y máximos en la tipificación de las sanciones, genera situaciones en las que no prevalece el valor de la multa calculada para el caso particular y concreto, sino dichos montos fijos o límites mínimos o máximos, lo cual impide que las sanciones impuestas sean proporcionales y razonables; así como, la concreción de los *finés* de prevención especial y general<sup>19</sup>, que deben tener las sanciones.

---

<sup>19</sup> La finalidad preventiva está referida a evitar la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos protegidos. Será especial o correctora si es consecuencia de la aplicación de la sanción sobre el sujeto al que va dirigida la sanción; y, general o pedagógica si es consecuencia de la actuación de la sanción en la sociedad.

**Cuadro No. 1:**  
**Escala de sanciones por infracciones derivadas del incumplimiento contractual**

**ANEXO Nº 9**  
(Numeral 20.2)

**REGIMEN DE PENALIDADES APLICABLES A LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO**

INFRACCION *	1ª vez	2ª vez	3ª vez	4ª vez								
	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Subsanable fácilmente</li> <li>-No reiteradas</li> <li>-No vulnera obligaciones importantes</li> <li>-No pone en peligro a personas ni bienes</li> </ul>	Pre Aviso	0.5% IBMA	1% IBMA	↓ CAT 2							
<ul style="list-style-type: none"> <li>-Reiteradas</li> <li>-Puede afectar a personas o bienes en menor grado</li> <li>-Afecta sólo ciertos servicios</li> </ul>				<table border="1"> <thead> <tr> <th>1ª vez</th> <th>2ª vez</th> <th>3ª vez</th> <th>4ª vez</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1% IBMA</td> <td>2% IBMA</td> <td>5% IBMA</td> <td>↓ CAT 3</td> </tr> </tbody> </table>	1ª vez	2ª vez	3ª vez	4ª vez	1% IBMA	2% IBMA	5% IBMA	↓ CAT 3
1ª vez	2ª vez	3ª vez	4ª vez									
1% IBMA	2% IBMA	5% IBMA	↓ CAT 3									
<ul style="list-style-type: none"> <li>-Incumple condición básica del contrato</li> <li>-Pone en peligro a personas en mayor grado</li> <li>-Afecta bienes en forma integral</li> <li>-Puede causar daños económicos importantes</li> <li>-Puede afectar el servicio por más de 7 días</li> </ul>				<table border="1"> <thead> <tr> <th>1ª vez</th> <th>2ª vez</th> <th>3ª vez</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>5% IBMA</td> <td>10% IBMA</td> <td>Resolución de Contrato</td> </tr> </tbody> </table>	1ª vez	2ª vez	3ª vez	5% IBMA	10% IBMA	Resolución de Contrato		
1ª vez	2ª vez	3ª vez										
5% IBMA	10% IBMA	Resolución de Contrato										

\* Ingresos brutos mes anterior  
 IBMA calificación es prerrogativa del Concedente  
 IB con carácter referencial

Fuente: Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

El cuadro es un modelo de la escala de sanciones por nivel de gravedad de las infracciones, expresado en porcentaje de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa (IBMA). Corresponde a la primera categoría (CAT 1) o nivel de gravedad LEVE, sanciones que van desde la amonestación hasta la multa de 1% IBMA; para la segunda categoría (CAT 2), o nivel de infracción GRAVE, multas desde 1% IBMA hasta 5% IBMA; y, para la tercera categoría (CAT 3), o nivel de infracción MUY GRAVE, multas desde 5% IBMA hasta la resolución del Contrato.

En el año 2003, se inicio un procedimiento administrativo sancionador (Expediente 021-2003-GS-OSITRAN) contra el concesionario por el incumplimiento de la obligación contractual contenida en la cláusula 7.5 del Contrato, calificado como infracción MUY GRAVE, siendo sancionado con multa de 5% IBMA. Posteriormente, en segunda instancia administrativa se redujo la sanción al 1% IBMA, correspondiente al límite mínimo de las sanciones para las infracciones GRAVES, en virtud del artículo 49 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, que permitía imponer sanciones equivalentes al grado inmediatamente inferior, en casos de subsanación voluntaria realizada hasta antes de la notificación de la resolución que impone la sanción.

Actualmente esta facultad no se encuentra prevista en el vigente Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo

Directivo No. 009-2018-CD-OSITRAN, y el numeral 2 del artículo 257 del TUO de la Ley No 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, reconoce este supuesto como atenuante, pero dentro de los límites mínimos de las sanciones.

En atención a la problemática derivada de la imposibilidad de imponer multas fuera de los límites mínimos y, en otros casos, máximos; es que se plantea la necesidad de ampliar la discrecionalidad administrativa para la determinación de las sanciones, mediante la elevación de los topes máximos. Asimismo, la eliminación de los topes mínimos, con la finalidad de que el valor de la multa impuesta sea el que se determine en su cálculo, de acuerdo a la metodología y en atención a las circunstancias de la infracción cometida.

### **2.5 La regla de la prevalencia aprobada por Resolución de Consejo Directivo No. 01-2020-OEFA/CD**

La Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos, así como la Oficina de Ejecución Coactiva del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, advirtieron la existencia de casos en los cuales los valores obtenidos a través de la metodología para el cálculo de multas diferían con los límites mínimos de la sanción monetaria correspondiente a los tipos infractores.

Entre enero 2018 y junio de 2019, identificaron 24 infracciones para las cuales se impusieron multas con límites mínimos. De los cuales en 12 casos la multa calculada resultaba significativamente menor al límite mínimo. Lo que representaba el 50% del total de casos identificados.

Para asegurar la aplicación del principio de razonabilidad en los casos en los que las circunstancias ameriten la imposición de una multa menor al límite mínimo correspondiente al tipo infractor, propusieron una regla que en ejercicio de la función normativa de la OEFA<sup>20</sup> disponga la prevalencia en la aplicación del valor obtenido a través de la metodología.

A decir de la exposición de motivos de la Resolución de Consejo Directivo No. 01-2020-OEFA/CD, la regla de prevalencia recoge el concepto de la derrotabilidad de las reglas cuando contravienen principios. Al respecto, parte de que una regla contiene un elemento directivo (el mandato) y uno valorativo o axiológico (bien jurídico). El elemento valorativo o axiológico se encuentra en los principios que la sustentan, que son las razones subyacentes. Siendo así de aplicación la multa que en su cálculo resulte

---

<sup>20</sup> La función normativa de la OEFA se encuentra prevista en el literal a) del numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley No. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y comprende la facultad de tipificar infracciones administrativas, aprobar la escala de sanciones correspondientes y sus criterios de graduación.

menor (principios de razonabilidad y proporcionalidad) al tope mínimo del tipo infractor (regla fijada en la respectiva tipificación de infracciones y escala de sanciones).

De esta manera no se deroga los límites mínimos establecidos, sino que se dispone su inaplicación en aquellos casos particulares y concretos en los cuales la metodología determine un monto de sanción monetaria que resulte menor al límite mínimo que corresponde al tipo infractor. Ello debido a que el monto determinado por la metodología es cuantificado conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y en atención a las circunstancias de la infracción cometida.

Esta regla de la prevalencia aborda parcialmente la problemática derivada de la existencia de montos fijos o límites mínimos y máximos en la tipificación de las sanciones, centrándose en la existencia de límites mínimos, cuando lo mismo podría presentarse por la existencia de límites máximos, debido a que en ambos casos se reduce el margen de actuación de la actividad administrativa sancionatoria.

## **2.6 La experiencia tipificadora en el régimen disciplinario de la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil**

El régimen disciplinario de los servidores públicos se encuentra regulado en la Ley No. 30057; el Reglamento General de la Ley No. 30057; y, la Directiva No. 02-2015-SERVIR/GPGSC. A diferencia del régimen de infracciones y sanciones de los organismos reguladores, las faltas de carácter disciplinario, solo pueden ser sancionados con amonestación verbal o escrita, suspensión sin goce de remuneraciones y destitución.

La Ley No. 30057, en su artículo 85, proporciona un listado de conductas que pueden ser sancionados, según su gravedad, con suspensión temporal o con destitución; y, en su artículo 91, establece como obligación la motivación de los actos que impongan las sanciones, identificando la relación entre los hechos y las faltas y los criterios para la determinación de la sanción.

Por su parte, el artículo 103 del Reglamento General de la Ley No. 30057, desarrolla la razonabilidad de la sanción disciplinaria, indicando la necesidad de una adecuada proporción entre esta y la falta cometida. En ese sentido, el numeral 14.3 de la Directiva No. 02-2015-SERVIR/GPGSC, establece que la sanción se aplica de conformidad a las faltas y a los criterios de gradación previstos en la Ley No. 30057 y el Reglamento General de la Ley No. 30057.

Sin perjuicio de las diferencias entre los regímenes sancionador y disciplinario, como manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, remarcar la ausencia de límites (mínimos y máximos) y sanciones correspondientes a cada tipo o nivel de gravedad (leve, grave o muy grave) en la tipificación de las faltas administrativas. Toda vez que, su

empleo dificulta la concreción eficiente de los fines que justifican este tipo de intervención administrativa, la prevención especial y general.

## CONCLUSIONES

**PRIMERO:** La discrecionalidad es inevitable en el ejercicio de la función administrativa, pues considerando que las normas no pueden regular todas las situaciones de un modo específico, otorgar un margen de libertad es necesario para que la Administración concrete los fines de interés o necesidad pública de manera eficiente.

**SEGUNDO:** La discrecionalidad administrativa no contradice el ordenamiento jurídico, al contrario, se deriva del mismo y de los fines de interés o necesidad pública que habilitan su intervención.

**TERCERO:** La tipificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales como infracciones administrativas, es una manifestación unilateral de autoridad en colaboración administrativa.

**CUARTO:** La tipificación de las sanciones monetarias a través de montos fijos o límites mínimos y máximos, no otorga discrecionalidad al organismo regulador, pues no permite considerar circunstancias como las señaladas en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley No 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

## BIBLIOGRAFÍA

### Artículo en revista

ATIENZA, Manuel

1995 “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”. *Revista Española de Administración Pública*. s/l, número 85, pp. 5-26. Consulta: 10 de setiembre de 2020.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=60745>

BACA, Víctor

2012 “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 11, pp.181-202 Consulta: 28 de setiembre de 2020.

<file:///C:/Users/Daniel/Desktop/TRABAJO%20ACADEMICO/Baca%20La%20Discrecionalidad%20Administrativa%20y%20la%20jurisprudencia%20del%20TC.pdf>

CASSAGNE, Juan

2009 “La discrecionalidad administrativa”. *Foro Académico*. Lima, número 9, pp. 82-91. Consulta: 01 de octubre de 2020.

<file:///C:/Users/Daniel/Desktop/TRABAJO%20ACADEMICO/CASSAGNE%2018518-Texto%20del%20art%C3%ADculo-73388-1-10-20170526.pdf>

LAGUNA DE PAZ, José

2017 “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. s/l, número 186, pp. 83-108. Consulta: 26 de agosto de 2020.

<https://pienlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/El%20control%20judicial%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa.PDF>

LIFANTE, Isabel

2002 “Dos conceptos de la discrecionalidad jurídica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 25, pp. 413-439. Consulta: 03 de octubre de 2020.

[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf)

PONCE, Juli

2003 “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”. *Revista de Administración Pública*. s/l, número 162, pp. 89-144. Consulta: 03 de octubre de 2020.

[file:///C:/Users/Daniel/Desktop/TRABAJO%20ACADEMICO/PONCE\\_JULI%20Dialnet-LaCalidadEnElDesarrolloDeLaDiscrecionalidadReglame-784925.pdf](file:///C:/Users/Daniel/Desktop/TRABAJO%20ACADEMICO/PONCE_JULI%20Dialnet-LaCalidadEnElDesarrolloDeLaDiscrecionalidadReglame-784925.pdf)

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime

2009 “El Derecho administrativo en el siglo XX”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*. La Coruña, número 13, pp. 627-643. Consulta: 06 de noviembre de 2020.

[https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7520/AD\\_13\\_art\\_28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7520/AD_13_art_28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

TASSANO, Hebert

2008 “Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 04, pp.89-106. Consulta: 20 de noviembre de 2020.

<file:///C:/Users/Daniel/Downloads/14527-Texto%20del%20art%C3%ADculo-57793-1-10-20151204.pdf>

TIRADO, José

2011 “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional”. *Derecho PUCP*. Lima, número 67, pp. 457-467. Consulta: 03 de octubre de 2020.

[file:///C:/Users/Daniel/Downloads/2996-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13750-2-10-20170307%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Daniel/Downloads/2996-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13750-2-10-20170307%20(1).pdf)

VIGNOLO, Orlando

2013 “Nociones acerca de la Discrecionalidad y Arbitrariedad practicadas por la Administración Pública”. *Foro Jurídico*. Lima, número 12, pp. 432-439. Consulta: 28 de setiembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13837/14461>

ZEGARRA, Diego

2006 “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española)”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 1, pp. 33-62. Consulta: 09 de noviembre de 2020.

[16349-Texto del artículo-64984-1-10-20170206 \(7\).pdf](16349-Texto del artículo-64984-1-10-20170206 (7).pdf)

### **Capítulo en libro**

BERLIN, Isaiah

1988 Dos conceptos de libertad. trad. Julio Bayón, en Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza Editorial, pp. 187-243 (original inglés de 1958). Consulta: 03 de octubre de 2020.

<file:///C:/Users/Daniel/Downloads/Cuatro%20ensayos%20sobre%20la%20libertad%20by%20Isaiah%20Berlin.pdf>

## **Informe**

### DEFENSORIA DEL PUEBLO

2010 Informe Defensorial No. 56 de diciembre del 2010, respecto a la aplicación de la causal de retiro por renovación en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional. Lima. Consulta: 19 de noviembre de 2020.

[https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_56.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_56.pdf)

## **Libro**

FERNANDEZ, Tomas-Ramón

2006 Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional. Primera edición. Lima: Palestra Editores.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

2011 Democracia, ley e inmunidades del poder. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas.

RUBIO, Marcial

2006 El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP.

NIETO, Alejandro

2005 Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Tecno.