

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo  
Criterios para la aplicación de la retroactividad favorable en  
materia sancionadora

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

Autor:

*Zoila Nelly Cecilia Puican Villacrez*

Asesor(es):

*Diego Hernando Zegarra Valdivia*

Lima, 2021

## RESUMEN

A efecto de precisar la delimitación del tema bajo estudio, me permito establecer que se trata sobre los criterios para la aplicación de la retroactividad favorable en materia sancionadora.

El principio de la retroactividad benigna, se encuentra regulado en el artículo 248, inciso 5, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de enero de 2019, y obliga a que las disposiciones sancionadoras produzcan efecto retroactivo en cuanto favorezcan al administrado, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto a las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición

De esta manera, el presente trabajo procura dar respuesta a las inquietudes respecto a cuáles serían los criterios jurídicos para determinar cómo la administración elige la fórmula más favorable para el administrado.

**Palabras Clave:** retroactividad benigna, disposiciones sancionadoras, administración, administrado.

## SUMARIO

### Criterios para la aplicación de la retroactividad favorable en materia sancionadora

1.	Principio de irretroactividad en materia sancionadora.....	5
1.1	Base constitucional del principio de irretroactividad en materia sancionadora.....	5
1.2	Regulación legal del principio de irretroactividad en materia sancionadora.....	8
1.3	Regla de retroactividad benigna en materia sancionadora, sus alcances en el TUO de la LPAG y jurisprudencia.....	12
2.	Criterios aplicativos de la retroactividad benigna en materia sancionadora.....	14
2.1	Qué tipo de normas sancionadoras pueden retrotraerse en su aplicación en caso de resultar benignas, las sustantivas, las adjetivas, o cualquiera de las dos.....	14
2.2	Hasta qué momento se puede alegar la retroactividad benigna.....	17
2.3	Quién decide qué norma resulta más benigna, la administración, el juez o el administrado.....	22
3.	Criterios jurídicos para determinar cómo la administración elige la “fórmula de favorabilidad” para el administrado.....	23
4.	Conclusiones.....	32
5.	Referencias bibliográficas.....	35

## INTRODUCCIÓN

El presente plan de investigación académica se circunscribe a un intento por delimitar los criterios para la aplicación de la retroactividad favorable en materia sancionadora, para lo cual, después de hacer una breve referencia a la regla de retroactividad benigna en materia sancionadora y a sus alcances en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004- 2019- JUS, publicado en el diario oficial “El Peruano” el día 25 de enero de 2019 (en adelante TUO de la LPAG), expondremos la postura actualmente planteada por la Corte Suprema de Justicia de la República, que ha establecido que los casos en los que la desaparición de la norma sancionadora no responda a una nueva valoración del legislador sobre la conducta infractora, sino a la imposibilidad de que ésta se vuelva a presentar en el futuro, no pueden verse beneficiados por la retroactividad benigna; asimismo, analizaremos la posición asumida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, en torno al límite temporal para alegar la retroactividad benigna y a quién correspondería decidir qué norma resulta más benigna. Esto así, el objeto de nuestro estudio es analizar el fenómeno jurídico de la retroactividad benigna en materia sancionadora a través del examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal del Contrataciones del Estado.

Por lo que siendo su estudio un tema complejo, entendido como aquello que se compone de diversos elementos con un alto grado de dificultad y con una intensa imbricación de sus facetas, resultando imposible medir el verdadero alcance de cualquiera de sus elementos sin tener en cuenta al mismo tiempo el de los demás, en la medida que cada uno depende del resto (López, 2002, p. 73); nuestra necesidad de hacer esta investigación es porque buscamos averiguar las implicancias de la retroactividad benigna por su incidencia en aspectos esenciales de la potestad sancionadora, como en la tipificación, de la sanción, sus plazos de prescripción e incluso sobre la ejecución de la sanción.

De manera que a efecto de indagar sobre la teoría jurídica de la retroactividad benigna en el derecho sancionador hemos utilizando para ello una metodología inductiva que nos permitirá deducir los efectos de su aplicación a casos prácticos donde los tribunales judiciales y

administrativo han interpretado sus alcances, formulándonos algunas preguntas, como ¿qué tipo de normas sancionadoras pueden retrotraerse en su aplicación en caso de resultar benignas, las sustantivas, las adjetivas, o cualquiera de las dos?. Otra interrogante podría ser si todas las normas posteriores, en caso sean benignas, pueden retrotraer sus efectos, es decir, con la redacción actual del texto de la norma, ¿existe límite temporal para aplicar la retroactividad?. Una tercera cuestión podría ser ¿quién decide que es más benigno, la administración, el administrado, o el juez?. Finalmente, otra inquietud sería ¿cuáles son los criterios jurídicos para determinar cómo la administración elige la “fórmula de favorabilidad” para el administrado?; y, en ese sentido, ¿se puede cuestionar la aplicación de la “fórmula de favorabilidad” para el administrado elegida por la administración?.



## **Criterios para la aplicación de la retroactividad favorable en materia sancionadora**

### 1. Principio de irretroactividad en materia sancionadora

#### 1.1 Base constitucional del principio de irretroactividad en materia sancionadora

Debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 y en el artículo 139, inciso 11, de la Constitución Política del Perú, la ley desde su puesta en vigencia se aplica a las relaciones jurídicas existentes y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. En este último caso, implícitamente, se ha previsto la posibilidad de aplicar retroactivamente una norma, en materia penal, siempre que dicha aplicación produzca una situación beneficiosa al reo. Es así que, conforme a la constitución, las normas legales rigen para adelante después de su entrada en vigor, quedando fuera los efectos jurídicos producidos por supuestos de hecho anteriormente ocurridos, admitiendo como único supuesto de excepción aquel relativo a la materia penal, pero condicionado a tratarse de un contenido normativo favorable al delincuente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el fundamento cuarto de la Sentencia de fecha 18 de diciembre de 200, Expediente N° 02389-PHC/TC, y de la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2010, Expediente N° 02744-2010-PHC/TC, ha precisado que: *“El principio de retroactividad benigna implica, por tanto, la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado pierde interés (o el interés sea menor) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida). Pero primordialmente se justifica en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1° de la Constitución)”*.

Por consiguiente, a la vista del texto constitucional se puede apreciar entonces que la retroactividad benigna no es un mandato constitucional expreso; sin embargo, deja abierta la posibilidad que en materia penal, a modo de excepción, cuando favorezca al reo, se pueda aplicar este principio que es totalmente distinto al de irretroactividad y que históricamente ha sido de orden legislativo (a diferencia de este último que siempre ha tenido un reconocimiento de índole constitucional), fundamentándose, como bien lo ha expresado el colegiado constitucional, en el principio de humanidad de las penas.

Para una parte de la doctrina nacional, el constituyente apreció necesario flexibilizar la disposición contenida en el artículo 25 de la Constitución de 1933, estableciendo en el artículo 187 de la Constitución de 1979 tres excepciones, en materia penal, laboral y tributaria, siempre que las nuevas disposiciones sean favorables al reo, al trabajador o al contribuyente, respectivamente; aunque, trece años más tarde, con la Constitución de 1993, la aplicación del principio de retroactividad favorable habría sido relegada de la carta magna 1979, al haberse suprimido la referencia a la retroactividad en materia tributaria y laboral (Mendoza, 2013).

Siendo que, respecto al principio de irretroactividad, se ha dicho que su fundamento es el principio de seguridad jurídica (al apreciarse injusto sancionar a alguien por una acción que cuando la realizó era lícita), y el de la retroactividad es el principio de igualdad (pues resulta inequitativo castigar con distinta gravedad a quienes realizaron la misma acción) (Nieto, 2005, p. 244).

Ahora, dado ese carácter legal del principio de retroactividad benigna, podríamos aseverar por tanto que el legislador bien podría excluir en algún supuesto su aplicación mediante una categórica declaración en ese sentido; asimismo, podría decirse que no sería posible plantear recurso de amparo por su vulneración.

En tal directriz, Nieto ha afirmado que: “la regla de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables tiene rango legal y no constitucional. Lo que significa que puede ser derogada o excepcionada por cualquier otro precepto de rango legal sin

que ello vulnere la Constitución” (2005, p. 244); en el mismo curso, refiriéndose a la irretroactividad *in peius* prevista en la Constitución Española, Cano ha reiterado que “Mientras que la retroactividad “*in peius*” (nº 950s.) tiene base en la propia Constitución, la retroactividad “*in bonus*” (nº 970s.) carece de fundamento constitucional, por lo que el legislador podrá incluso prescindir de ella en el ámbito sancionador” (2018, p. 56).

En Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor en 1953, en su artículo 7, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, establece que: “*1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*”. Nótese cómo el aludido convenio reconoce la existencia de este principio de retroactividad benigna, pese a no haber sido contemplado siquiera para el ámbito penal, pues a partir de una interpretación a contrario de la norma citada, la cual prohíbe la aplicación retroactiva de “*una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*”, admite sobre entendidamente la aplicación de la retroactividad benigna.

En la misma línea, la Constitución Española de 1978, en su artículo 25, relativo al principio de legalidad penal, prescribe que: “*1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”; y , en su artículo 9, referente a las garantías jurídicas, regula lo siguiente: “*3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. De esta manera, la constitución española ha consagrado al máximo nivel normativo el principio prohibitorio de irretroactividad, manifestando autorizada doctrina que tal aceptación: “Se trata de un punto de apoyo sin precedentes, muy

válido, si bien quede al intérprete la no fácil tarea de esclarecer los confines exactos de la prohibición” (López, 2002, p. 77).

Pudiéndose, asimismo, advertir de ello que dicho cuerpo normativo sin realizar mención expresa de la retroactividad benigna, también reconoce tácitamente su aplicación, resultando oportuno referir que una clara determinación a favor de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables habría sido más acertada para su propósito inicial.

## 1.2 Regulación legal del principio de irretroactividad en materia sancionadora

La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en su artículo 230, referente a los principios de la potestad sancionadora administrativa, regulaba que: *“La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables”*.

Según el primer tramo de dicha disposición, de acuerdo al principio de irretroactividad, las disposiciones sancionadoras sólo eran aplicables cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la infracción y siempre que se encuentren en vigor al momento de la imposición de la sanción; así, de acuerdo a Peña y Jiménez: “El Principio de Irretroactividad en materia administrativo-sancionadora, significa un rechazo a la posibilidad de sancionar comportamientos cometidos antes de ser tipificados a nivel legislativo; así, la sanción debe ser preexistente al hecho que se pretende sancionar” (2009, p. 10).

De manera que no podría aplicarse una sanción si cuando se dictara la resolución sancionadora, la conducta que se pretendía sancionar había dejado de ser ilícita, o en su caso, la sanción aplicable había sido derogada, por tratarse de una aplicación

retroactiva de la norma. Siendo que la contravención de este principio se traducía entonces en una violación al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones.

En cuanto al segundo tramo del citado dispositivo, teníamos que el principio enunciado contenía una excepción en el sentido que si luego de la comisión de una infracción, bajo la norma preexistente, se producía una derogación o modificación de la misma, y la posterior norma era más favorable para el infractor, entonces correspondía aplicar dicha norma justamente por serle más beneficiosa.

Hecha esta anotación, se debe señalar que mediante Decreto Legislativo N° 1272, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 21 de diciembre de 2016, se modificó el artículo 230 de la Ley N° 27444, en los siguientes términos, *“La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición”*.

De esta manera, el legislador ha considerado agregar, al contenido de la primigenia versión de la norma, un segundo párrafo, precisando que dichas disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto resulten favorables, tanto en lo concerniente a la tipificación de la infracción, de la sanción, de los plazos de prescripción y en cuanto a las sanciones que se encuentren ejecutándose cuando entrara en vigor la nueva disposición.

Ello, por cuanto, como menciona la Exposición de Motivos<sup>1</sup> del citado decreto legislativo (punto I. 11.3.2.4), el derecho administrativo sancionador tiene sus bases en el derecho penal, de manera que las garantías que existen en éste también deberían ser incorporadas en aquél; por lo que (siguiendo este razonamiento) si en derecho penal existe la retroactividad benigna de la norma penal, que consiste en que una norma posterior a la comisión del delito sea aplicable al reo siempre que ésta le sea más favorable, en derecho administrativo sancionador debería, igualmente, existir la retroactividad benigna de la norma administrativa sancionadora.

En esta orientación, se ha manifestado también el profesor Huapaya cuando refiere que:

En efecto, en la medida que se acepte la identidad de fundamento entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, como brazos de una única potestad punitiva del Estado, es posible interpretar el texto constitucional en el sentido que la retroactividad benigna es permitida en cualquier escenario de ejercicio punitivo del Estado (penal o administrativo sancionador). (Huapaya & Alejos, 2019, p. 65).

En el derecho comparado de España, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 128, prescribía lo siguiente: *“Irretroactividad. 1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*. De tal manera que la determinación de la norma administrativa sancionadora aplicable al caso, debía regirse por el momento en que se hayan producido los hechos; no obstante, a dicha regla general se había planteado

---

<sup>1</sup> Este texto no fue publicado en el diario oficial “El Peruano”, sino enviado por la Oficina General de Asesoría General del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante correo electrónico de fecha 22 de diciembre de 2016.

una excepción, en la medida que si, después de producidos los hechos, ocurría una derogación o modificación de la norma aplicable, y la norma posterior era más favorable para el presunto infractor, correspondía aplicar esta última.

Nieto, refiriéndose a la norma contenida en el inciso 2 del arriba nombrado artículo 128, comenta que: “Con esta rotunda declaración se garantiza ya el rango legal de la regla. Pero importa, además, sobremanera indagar si su rango se encuentra en el nivel supremo de la Constitución, puesto que las consecuencias obviamente no serían las mismas” (2005, p. 243).

Posteriormente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 26, regula lo que a continuación se señala: “*Irretroactividad. 1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición*”. Es así que esta última norma (que conjuntamente con la redacción del texto anterior han servido de modelo de todas las versiones de nuestra normativa sustantiva), ha establecido los límites materiales y temporales de la retroactividad benigna en materia sancionadora.

Así, en cuanto a los requisitos para la aplicación de la retroactividad benigna, la doctrina ha señalado que:

los dos requisitos esenciales para que pueda proceder la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable son:

- a) que se haya producido una sucesión de normas sancionadoras, de modo que la norma sancionadora posterior haya derogado a la norma sancionadora anterior;

- b) que la norma sancionadora posterior resulte más beneficiosa que la norma sancionadora derogada  
(Alarcón, Bueno, Izquierdo y Rebollo, 2010, p. 206).

Por otro lado, cabe hacer hincapié que:

toda la construcción habida tanto sobre el principio de irretroactividad *in peius* como el de retroactividad *in bonus* tiene por objeto estrictamente las disposiciones genuinamente sancionadoras debiendo quedar excluidos, por consiguiente, tanto los demás actos administrativos desfavorables, lo que no significa necesariamente que los ciudadanos carezcan de garantías ante leyes sobrevénidas que irradian sus efectos negativos *ex post facto* (López, 2010, p. 722-723).

Esto último, por cuanto tales actos, a los que se refiere el autor, deben seguir el régimen que corresponda, quedando sustraídos de las garantías que le son propias al derecho administrativo sancionador.

### 1.3 Regla de retroactividad benigna en materia sancionadora, sus alcances en el TUO de la LPAG y jurisprudencia

Es así que, sobre la base de las disposiciones precedentemente indicadas, considerando que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son expresiones del poder punitivo del Estado, ha quedado sentado que el principio de retroactividad benigna de la ley penal también se aplica a la ley administrativa sancionadora, en la medida que ambas forman parte del conjunto normativo del derecho sancionador.

De esta suerte, a la interrogante de si el principio de la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable es igualmente predicable con la misma intensidad respecto de las infracciones administrativas, Danos responde que ello: “Se justifica en virtud de la identidad sustancial entre infracciones administrativas e ilícitos

penales como manifestaciones de un mismo ius puniendi genérico del Estado” (1995, p. 149-160).

Véase que para Almeida: “A veces el principio de irrevocabilidad de los actos favorables puede enfrentarse al ius puniendi que el Ordenamiento jurídico atribuye a la Administración”; sin embargo, para el autor, la facultad de revocar un acto favorable a consecuencia de una conducta punible del administrado y como expresión de la potestad sancionadora de la administración pública, prima sobre el principio de irrevocabilidad de los actos favorables (2004, p. 1113).

Atendiendo a lo señalado, si bien es cierto en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, se ha contemplado el principio de irretroactividad, según el cual, “*Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición*”; también se aprecia que junto a este principio se ha reconocido además el principio de retroactividad benigna, conforme al cual se admite la posibilidad de aplicar una nueva norma que ha entrado en vigencia con posterioridad a la comisión de la infracción, en la medida que resulte más beneficiosa para el administrado, sea porque en la misma *i)* se ha suprimido el tipo infractor, o porque conservándose éste, *ii)* se ha flexibilizado la sanción, *iii)* o los plazos de prescripción, *iv)* e incluso respecto a las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

Así, el hecho que la sanción sea impuesta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, por la autoridad administrativa, y que su revisión en sede judicial sea realizada por jueces de la especialidad contencioso administrativa, no sería determinante para efectos de descartar la naturaleza “penal” de la misma, a la luz de nuestra legislación administrativa.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 3988-2011 Lima, ha admitido con carácter de precedente vinculante la aplicabilidad de la retroactividad benigna en materia administrativa sancionadora, señalando que la aplicación de este principio presupone la existencia de dos juicios disimiles por parte del legislador, vale decir, uno anterior más severo y otro posterior más tolerante.

Del mismo modo, en cuanto al mandato de aplicación de norma posterior más favorable, se ha manifestado también autorizada doctrina nacional, como el profesor Morón, quien ha indicado que:

La clave para la determinación de la norma posterior de manera retroactiva o mantener la aplicación de la norma previa a su comisión, la encontramos en el juicio de favorabilidad o de benignidad que la autoridad debe realizar respecto al efecto que la norma posterior tendrá en la esfera subjetiva del infractor. (...) En todo caso, para adoptar la decisión la autoridad debe plantearse hipotéticamente la decisión sancionadora que adoptará con uno y otro marco legal y decidirse por la que en definitiva y de manera integral arroje los resultados más convenientes o beneficiosos para el infractor (Morón, 2011, p. 718).

## 2. Criterios aplicativos de la retroactividad benigna en materia sancionadora

### 2.1 Qué tipo de normas sancionadoras pueden retrotraerse en su aplicación en caso de resultar benignas, las sustantivas, las adjetivas, o cualquiera de las dos

En cuanto a esta interrogante, es menester precisar que cuando el primer párrafo del numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, prescribe “*Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables*”, utiliza el sustantivo “*disposiciones sancionadoras*” y el adjetivo “*vigentes*”, para establecer la regla general del principio de irretroactividad, y añade el adjetivo

“favorables” para reconocer excepcionalmente el principio de retroactividad benigna.

De este modo, cuando la norma contempla el principio de retroactividad benigna se refiere además a “cualquier disposición sancionadora” (2009, p. 10), en estos términos se refiere Peña y Jiménez, sin diferenciar entre su carácter sustancial o procedimental. Sobre ello, la doctrina extranjera ha manifestado que:

Ante la interrupción de una norma procesal nueva, tres soluciones caben: a) dejar que los procedimientos en curso sigan rigiéndose a la ley vigente al tiempo de su comienzo (ultraactividad de la ley anterior); b) que cada acto o fase procesal se rija íntegramente por la ley que estaba vigente cuando se iniciaron (*tempus regit actum*); c) que el procedimiento, cualquiera sea el estado en que se encuentre, se rija por las reglas de la nueva ley (eficacia inmediata de la ley procesal). Es imaginable una cuarta solución: dar a la ley una retroactividad de “grado máximo”, posibilitando se retrotraigan aquellas actuaciones que resulten más beneficiosamente reguladas por la nueva ley (retroactividad de la ley procesal) (López, 2010, p. 724).

En nuestro ordenamiento jurídico ha sido práctica común que la propia normativa administrativa haya optado, en principio, por la solución de la ultraactividad, decretando que a los procedimientos administrativos en trámite iniciados antes de la entrada en vigencia de la nueva norma, no les sea aplicable la misma, sino la norma anterior hasta su conclusión; no obstante, si les será aplicable a dichos procedimientos, las disposiciones de la nueva norma que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como su título preliminar.

Dicho ello, somos de la opinión que la excepción que hace nuestra legislación sobre el reconocimiento del principio de retroactividad benigna no debe quedar sujeta al análisis de la doctrina en cuanto al diferenciado trato que debiera recibir la normatividad sustantiva respecto de la adjetiva; más si dicha diferencia no se

muestra tan clara en figuras como la prescripción, a cuyos plazos nuestra normatividad de manera específica se ha referido para ordenar se le aplique la retroactividad benigna.

Respecto de lo cual, el profesor Zegarra se ha manifestado contradictoriamente en el sentido que “no puede invocarse la aplicación retroactiva de una norma que regule la prescripción en materia de infracciones administrativas porque el nuevo plazo previsto resulta siendo favorable para el administrado, ya que la figura de la prescripción pertenece a la esfera jurídica de la potestad sancionadora de la administración y sus efectos se despliegan en torno al ejercicio de la misma, de ahí que no sea legal, ni concordante con su naturaleza jurídica, considerarla como una norma sancionadora para así aplicar la regla de retroactividad de la norma más favorable cuando el plazo de prescripción resultaría siendo favorable para evitar la actuación de la administración”, concluyendo finalmente, el autor, que en caso se produzca la aplicación retroactiva, se estaría desconociendo que el procedimiento administrativo sancionador iniciado por la administración, fue incoado dentro de la vigencia de una norma que establecía un plazo que no limitaba el ejercicio de la potestad administrativa (2010, p. 214).

Apréciese que parte de doctrina nacional, comentando la modificación al inciso 2 del artículo II del Título Preliminar de la LPAG, ha coincidido, por otro lado, en que el plazo de prescripción de cuatro (4) años contenido en el TUO de la LPAG será supletorio, en la medida que no exista norma sectorial o especial que establezca un plazo de prescripción; y será mandatorio cuando, existiendo una norma sectorial o especial, ésta fije un plazo de prescripción menos beneficioso para el administrado; por lo que, para estos autores, “Esta misma lógica debe ser aplicada para la demás regulación contenida en la LPAG de la cual sea posible derivar derechos (como lo es el derecho de prescripción contenido en el artículo 250)” (Chang y Drago, 2018, p. 24).

Es así que, sin importar que el legislador haya entendido que la prescripción sea una institución netamente sustantiva, nuestra conclusión en definitiva va por asentir

que no existiría razón para que las normas adjetivas en materia sancionadora no puedan seguir la suerte de las sustantivas en cuanto a su tratamiento jurídico, eliminado, de esta manera, sus efectos en lo perjudicial, y por el contrario, extendiéndolos en lo favorable.

De esta manera, convenimos con Cano cuando precisa lo siguiente:

El régimen debe ser el mismo para las normas adjetivas que para las principales, de modo que los procedimientos deben regirse hasta su terminación con arreglo a la norma que estaba vigente cuando se iniciaron, salvo que la nueva regulación resulte más favorable. (Cano, 2018, p. 57)

Por otro lado, fijese que nuestra normativa no hace referencia alguna a las normas que reducen los plazos de caducidad del procedimiento administrativo sancionador, las cuales parecerían no beneficiarse de la retroactividad benigna.

## 2.2 Hasta qué momento se puede alegar la retroactividad benigna

Igualmente, respecto a la segunda pregunta formulada en nuestro estudio, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, en su primer párrafo regula que las disposiciones sancionadoras aplicables son las vigentes “*en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar*”; y más adelante, en su segundo párrafo señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor “*incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición*”.

Repárese que el texto actual de la norma en comento, a diferencia de su redacción anterior, considera una limitación temporal, resultando conveniente que con la reciente composición del dispositivo se haya establecido un término para la entrada en vigencia de la norma beneficiosa. Pues dicho límite, según tenor de la publicación anterior, habría sido el de la emisión del acto administrativo sancionador que aprecie como infracción la conducta del administrado, y en ese

curso, respetando la doble instancia, podríamos haber concluido que la frontera era la no emisión de un acto administrativo firme.

Nieto comentando el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, indica que, según los términos de dicha norma, “una vez que haya resolución administrativa firme, ya no opera la regla de la retroactividad”, y concluye en el entendido que los eventuales inconvenientes que dicha afirmación traería serían considerables, respecto a las multas, por ejemplo, el autor menciona que, siendo la sanción más habitual, si esta fuera pagada no cabría la retroactividad, en tanto si procedería su aplicación para el mal pagador “premiando su resistencia” (2005, p. 245).

Justamente, en cuanto a la incógnita existente en el ámbito de la potestad sancionadora de si el beneficio que comporta la retroacción *in bonus* debe ceder o no ante la autoridad de la cosa juzgada, hay quien ha precisado que: “No se entiende la razón por la cual habría de ser más inmutable un acto administrativo firme que una sentencia penal del mismo corte” (López, 2010, p. 731).

Ahora, de acuerdo a la publicación de la modificatoria, discernimos que con la última redacción de la norma el límite temporal para la vigencia de la disposición más favorable es que no se haya consumado la ejecución de la sanción, puesto que cuando esto sucede ya no hay forma de aplicar retroactivamente la nueva norma.

Sobre el particular, en abril del año 2015 la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante el Tribunal), sancionó a la empresa Constructora La Roca S.R.L., como integrante del Consorcio Machu Picchu, con dieciocho (18) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por su responsabilidad al haber dado lugar, por causa atribuible a su parte, a la resolución del Contrato N° 105-2012-VIVIENDA/OGA,UE.001, derivado del ítem 3 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 48-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001-Primera Convocatoria, convocada por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para la “Elaboración

de expediente técnico, ejecución de obra y equipamiento de los centros de servicio de apoyo al hábitat rural-Natividad, Accotia, Chara y Patacallasaya - Cusco”; infracción que estuvo tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

Siendo que mediante escrito presentado el 16 de enero de 2019, la recurrente solicitó la aplicación del principio de retroactividad benigna en relación a la sanción de inhabilitación temporal que le fuera impuesta; ante lo cual el Tribunal, mediante Resolución N° 0375-2019-TCE-S2, del 18 de mayo de 2019, Expediente N° 3022/2014.TC, emitió pronunciamiento sobre la sanción de dieciocho (18) meses de inhabilitación temporal del recurrente en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, que estuvo vigente desde el 4 de mayo de 2015 hasta el 4 de noviembre de 2016, o sea, la ejecución de la sanción cuya variación se solicitó, a la fecha de emisión de dicha resolución, había sido consumada, debido a que el plazo de inhabilitación temporal dispuesta había culminado el 4 de noviembre de 2016; es decir, se trataba de una sanción consumada.

En esa directriz, el Tribunal consideró que advirtiéndose que la ejecución de la sanción ya había sido consumada, no tenía razón efectuar mayor análisis de la posible aplicación del principio de retroactividad benigna, toda vez que la ejecución de la sanción había surtido todos sus efectos, careciendo de la facultad de aplicar normas posteriores debido a que, según sus propios términos, “se trata de una sanción que ya había sido ejecutada íntegramente, y no de una que aún se encontraba en ejecución”, como indica el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Al respecto, obsérvese que nuestro Código Penal, en su artículo 7, concerniente a la retroactividad benigna, ha prescrito lo siguiente: “*Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho*”. Desprendiéndose de ello con nitidez que aun cuando la sentencia se hubiera cumplido se puede aplicar la nueva norma; en

otras palabras, cabe aplicar la nueva norma extinguiendo no únicamente la pena sino además los efectos de ésta cuando haya sido cumplida.

Postura que si bien nuestro TUO de la LPAG no ha recogido de manera categórica, puesto que (de una primera lectura de la norma) parecería que únicamente cuando no haya terminado de consumarse la ejecución de la sanción, la autoridad administrativa podría retrotraer las normas posteriores a dicho limite; sin embargo, en el afán de lograr una unificación en lo esencial de los principios del *ius puniendi*, valoramos que esta solución del derecho penal debe también regir en el derecho administrativo sancionador.

Es así que conforme a la actual redacción de la norma, que literalmente indica que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor<sup>2</sup>, “*incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición*”, cabría extender su interpretación al punto máximo, rebalsando el límite de la ejecución consumada de la sanción, pues no hayamos impedimento para asumir que, tal como ha sido redactado este precepto, en nuestro sistema la nueva norma pueda ser aplicada a los efectos que pudiera generar la sanción en el infractor cuando ésta haya sido cumplida.

Precisamente, siguiendo la doctrina pluralista expuesta en la tesis para acceder al grado de Doctor de López, diversificando el concepto en niveles, se ha llamado “Retroactividad de grado máximo” para referirse a que “la nueva ley se aplica tanto a la relación jurídica básica, constituida bajo la normativa anterior, como a los efectos jurídicos producidos y ejecutados bajo aquella legislación” (1981, p. 35)

De esta forma, discrepamos con la posición que al respecto ha asumido Gómez cuando sostiene que:

---

<sup>2</sup> Aun cuando, técnicamente, más acertado hubiera sido que la norma únicamente se refiera a “presunto infractor”, en la medida que “infractor” es aquel que se encuentra en una condición de no tener la posibilidad de defender su inocencia, sea en vía administrativa o judicial; sin embargo, entendemos que la intención del legislador era alcanzar a las situaciones jurídicas firmes.

la aplicación retroactiva de la norma administrativa sancionadora es posible solamente cuando se trata de sanciones ya generadas, pero todavía no ejecutadas. A la inversa, si una pena ya ha sido ejecutada durante el periodo de vigencia de la norma administrativa sancionadora inicial y posteriormente otra norma establece una pena menor, ésta no es posible de ser aplicada para el caso ya agotado (Gómez, 2010, p. 817).

Asimismo, Baca cuando manifiesta lo que sigue:

A diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal, en donde se entiende que un cambio normativo tiene incidencia sobre las sanciones impuestas, medidas, resoluciones firmes y en ejecución, en Derecho Administrativo sancionador generalmente se sostiene que la retroactividad favorable no opera sobre sanciones firmes (...). Al respecto, en caso la sanción ya hubiera sido ejecutada, no tiene sentido pretender que la nueva norma –o criterio administrativo o jurisprudencial– se aplique retroactivamente (Baca, 2016, p. 42).

Pues, de acuerdo a los autores, la aplicación retroactiva de la norma administrativa sancionadora es posible solamente cuando la ejecución de la sanción no haya sido consumada; es decir, respecto de sanciones cuya ejecución se encuentra aún en tránsito; apreciación que diverge de lo enunciado en cuanto entendemos que una sanción no exclusivamente tiene por corolario su ejecución, sino que además genera antecedentes como secuelas naturales, los cuales en nuestra legislación de contrataciones del Estado se consideran tanto para computar una ocasional sanción de inhabilitación definitiva como para graduar otras sanciones que en adelante pudieran aplicársele al adjudicatario.

Siendo razonable entonces considerar que, en todo caso, en cualquiera de los dos supuestos aludidos, los antecedentes de una sanción en efecto producen consecuencias directas en la situación jurídica de los proveedores.

### 2.3 Quién decide qué norma resulta más benigna, la administración, el juez o el administrado

Del mismo modo, sobre a quién compete apreciar cuál es la norma sancionadora más favorable, en nuestro entorno administrativo se viene esbozando la idea de establecer a quién atañe la labor de aplicar la norma más favorable, al juez -cuando la sanción haya sido impugnada judicialmente-, o si por el contrario corresponde devolver el caso a la autoridad administrativa, para que sea esta quien aplique la norma más benigna.

Con respecto a ello, somos del criterio que la función de aplicar la norma posterior le correspondería, en principio, a la administración, y cuando el asunto haya sido judicializado, en irrestricto respeto al principio de división de poderes, el órgano jurisdiccional que aprecie una inadecuada emisión del acto administrativo podría eventualmente anular la decisión administrativa pero no sustituirla, debiendo remitir la causa a la administración para que se pronuncie nuevamente.

Es así que en general se interpreta que el juez sólo puede anular y sustituir en caso excepcional, esto es cuando la actuación de la administración es reglada, porque se trata simplemente de la aplicación de una regla predeterminada por el legislador, en cambio cuando la actuación es discrecional, el juez, en teoría, no debería sustituir a la autoridad administrativa, porque estaríamos ante una potestad discrecional y el juez no podría suplantar a la administración en el ejercicio de este poder libre; no obstante, en la práctica, aun cuando la actuación de la administración sea discrecional los jueces suelen reemplazarla.

Visto ello, no podemos negar que los jueces en lo contencioso administrativo pueden directamente aplicar la norma más benigna, convencidos incluso que ello es un imperativo, a efecto de satisfacer el principio de economía procesal; máxime si dicha aplicación retroactiva de la norma más favorable ha sido entablada en la demanda del proceso contencioso administrativo como pretensión de plena jurisdicción.

Del mismo modo, cabe hacer mención que, respecto a quién compete apreciar cuál es la norma sancionadora más favorable, también se viene sugiriendo la posibilidad de preponderar el juicio del administrado sobre lo que le favorece. Después de todo quién podría encontrarse en mejor situación que el propio interesado para conocer que norma le resultaría más conveniente.

Sobre esto último, no conocemos un remedio similar en nuestra legislación, pero sin lugar a dudas resultaría interesante estudiar, en la medida que es razonable que el administrado participe en la determinación de la norma más favorable, instituyéndose la obligación de recabar su opinión; de la cual, de ser el caso, resultaría muy difícil que la administración o el juez pueda apartarse, salvo que existieran razones lo suficientemente poderosas para desecharla.

En el derecho comparado, el Código Penal Español, en su artículo 2, ordena “2. (...) *En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo*”. Nótese que en este punto el legislador español si ha discernido que en materia penal ante la eventual incertidumbre en establecer la norma más benigna sea el propio reo quien manifieste su apreciación, previendo un derecho de audiencia, siendo el juez quien resuelva; por lo que ante la ausencia de norma expresa en materia sancionadora podría perfectamente aplicarse la misma solución, concediendo audiencia al administrado y resolviendo la administración.

3. Criterios jurídicos para determinar cómo la administración elige la “fórmula de favorabilidad” para el administrado

A continuación, pasaremos a realizar un análisis concreto, a fin de evaluar la necesaria presencia de dos pautas jurídicas para que la administración puede llegar a la fórmula para resolver la cuestión que nos atañe:

- i) Que exista un cambio de la valoración jurídica por parte del legislador respecto a una misma conducta

Como sabemos, en el ámbito de la administración pública de nuestro país, es muy común la tipificación mediante normas de remisión o normas sancionadoras en blanco, en la cual el tipo establecido en la norma continente es completado por otra norma contenido que le da definición a la conducta infractora, por lo que en estos casos “la cuestión versa sobre la relevancia que tiene la modificación sobrevenida de la norma a la que se remite la disposición sancionadora en blanco, esto es, la norma complementaria configuradora del tipo”; en tal directriz, López nos aclara -tanto para el principio de irretroactividad como para el de retroactividad benigna- que:

en términos generales puede afirmarse que ambos principios o garantías -la irretroacción en lo desfavorable y la retroacción en lo beneficioso- juegan a plenitud cuando lo que se modifica no es la norma sancionadora en sí misma sino la que aporta el complemento que vienen a rellenar el tipo en blanco por aquella dibujado (López, 2010, 724).

Sin embargo, como refiere Baca:

debe tomarse en cuenta que el fundamento de la retroactividad favorable no es otro que la disminución del disvalor social de determinada conducta, por lo que únicamente cabría aplicar dicho principio cuando dicha reducción se haya producido realmente. Esta aclaración es importante, porque en ocasiones los cambios que se realicen en la legislación “material” son simplemente actualizaciones de un monto o valor, sin que esto implique que la valoración de la conducta haya cambiado en lo más mínimo (Baca, 2016).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 16570-2013 Lima, dictada el 6 de noviembre de 2014, ha establecido que los casos en los que la desaparición de la norma sancionadora no responda a una nueva valuación del legislador sobre la conducta infractora, sino a la imposibilidad de que ésta se vuelva a presentar en el futuro, no pueden verse beneficiados por la retroactividad benigna.

Así, la corte en dicha sentencia inició su análisis señalando que el Reglamento de Infracciones y Sanciones de las Empresas Supervisoras, aprobado por Decreto Supremo N° 005-96-EF, reguló las infracciones en las que podrían incurrir las “empresa supervisoras” o “empresas verificadoras”, por incumplimiento de las obligaciones concernientes a la supervisión de las importaciones, atribuidas por el Decreto Legislativo N° 659; empero dicho marco normativo quedó derogado en mayo de 2004, por la Ley N° 27973, mediante la cual se prescribió que correspondía a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT ejercer de manera exclusiva la determinación del valor aduanero a efectos de configurar la base imponible para la recaudación tributaria aduanera, quedando fuera del sistema jurídico no únicamente el Decreto legislativo N° 659, sino además el resto de normas que regulaban las facultades de supervisión de las importaciones concedidas anteriormente a las llamadas empresas supervisoras (entre ellas el reglamento contenido en el decreto supremo arriba mencionado), bajo las cuales había sido sancionada la demandante en ese litigio.

Concluyendo que en este caso la desaparición de la norma sancionadora no había sido producto de un nuevo juicio de valor por parte del legislador sobre las conductas que el reglamento había contemplado como infracciones para las empresas supervisoras, pues las conductas no habían dejado de ser reprochables ni tampoco habían sido valoradas más condescendentemente por el legislador. Sino que por haber sido derogada la norma que concedía a las empresas supervisoras facultades de supervisión a las importaciones, era imposible que dichas conductas, aun cuando continuaban siendo censurables, se volvieran a presentar en el futuro, por razones de oportunidad, ello por cuanto las actividades que realizaban pasaron a ser competencia de la SUNAT.

En tal directriz, incluso, ya anteriormente, la misma Corte Suprema, en el décimo sexto considerando de la precedentemente citada Casación 3988-2011-Lima, dictada el 19 de diciembre de 2013, se había pronunciado con vocación vinculante sobre la retroactividad benigna en materia administrativa, prevista en el numeral 5) del artículo 230 de la Ley N° 27444, en los siguientes términos: “*si -como se ha*

*explicado- la aplicación de la retroactividad benigna en materia administrativa presupone la existencia de dos juicios disímiles por parte del legislador sobre un mismo supuesto de hecho conductual (un cambio de valoración sobre la conducta infractora), resulta evidente que los casos en los que la desaparición de la norma sancionadora no responde a una nueva valoración del legislador sobre la conducta infractora, sino a la imposibilidad de que esta se vuelva a presentar en el futuro (...) no pueden verse beneficiados por la retroactividad benigna a la cual nos venimos refiriendo, ya que en estos casos, la desregulación posterior del ilícito administrativo no se debe a un nuevo juicio de valor por parte del legislador sobre dicha conducta infractora”.*

De manera que, según se desprende del texto citado, el hecho que la norma que tipifica la infracción administrativa, por la cual el demandante ha sido sancionado, haya sido derogada no conlleva inescrupulosamente a la aplicación de la retroactividad benigna a favor de éste, siendo imprescindible verificar la presencia de dos criterios diferentes por parte del legislador respecto a una misma conducta, uno más severo en una primera norma, y otro más tolerante en una posterior. Lo que, claro está, encuentra justificación en que la ilicitud de una conducta y la sanción administrativa no solo deben anteceder al hecho, sino que necesariamente deben continuar existiendo en el momento en que la administración pública pretenda aplicar la sanción, o en todo caso, cuando toque al operador de justicia resolver el asunto.

Por tanto, para nuestro sistema normativo no cabría aplicar una sanción si cuando se dicta la decisión administrativa o mandato judicial, la conducta que se pretendía sancionar ha dejado de ser ilícita, o la sanción que se aplicaría ha sido derogada, porque el congreso luego de la comisión del ilícito, haciendo reciente juicio de valor, ha asumido la postura de una menor intervención gravosa sobre los bienes jurídicos de quien comete el ilícito, careciendo de objeto que el Estado siga sosteniendo la regla anterior cuando él mismo ha cambiado de parecer.

En tal orden, se ha manifestado también el profesor Morón, señalando que:

No parece ser justo que se aplique la ley más severa vigente al momento de la comisión, cuando es el propio legislador quien ya ha reconocido a través de una nueva norma, lo innecesario que era sacrificar en determinada intensidad los bienes jurídicos de los ciudadanos (Morón, 2011, p. 717).

De manera que este criterio jurídico para establecer la aplicación del principio de retroactividad benigna en materia sancionadora implica que la nueva norma favorable no deba aplicarse retroactivamente cuando el cambio sea netamente fáctico, no afectando la valuación jurídica de la conducta, por cuanto el comportamiento anterior continúa estando desvalorado por el derecho, por ende, persiste en su merecimiento de reproche y sanción.

Siendo así, de no cumplirse con esta exigencia requerida, en el sentido *que exista un cambio de la valoración jurídica por parte del legislador respecto a una misma conducta*, no corresponde entonces aplicar el principio de retroactividad benigna en materia sancionadora.

ii) Que la norma posterior sea favorable al administrado de manera unitaria

Una vez verificado el cumplimiento de la precitada pauta, es importante considerar que la norma posterior debe ser favorable al administrado; no obstante, no haber estado vigente en la oportunidad EN que se ejecutara la infracción administrativa. Siendo así la apreciación de la favorabilidad debe efectuarse de manera unitaria, es decir, cuando la nueva norma contenga partes favorables y otras desfavorables, lo acertado será entonces determinar si (sin fragmentarse) nos encontramos ante una versión más benigna de la norma.

En esa dirección, autorizada doctrina nacional ha señalado como reglas para el examen de favorabilidad, las siguientes:

i) la valoración debe operar en concreto y no en abstracto, lo que significa que es necesario considerar la sanción que correspondería al caso concreto de aplicar la nueva ley, con todas las circunstancias que concurrieron en el caso y la totalidad de previsiones legales establecidas en una y otra norma; y, ii) los términos de la comparación deberían ser la vieja y la nueva ley consideradas cada una de ellas en bloque, por lo que no debería ser posible tomar los aspectos más favorables de cada una de ellas; caso contrario, la norma legal que se aplicaría no coincidiría ni con el antiguo ni con el nuevo marco normativo (Morón, 2020, p. 434).

Ahora, la experiencia del Tribunal nos ha mostrado que se ha visto frente a casos donde ha tenido que determinar la norma a aplicar, de acuerdo a la oportunidad en que se incurrió en la infracción, avocándose a realizar una confrontación de benignidad.

Así tenemos, por ejemplo, que, en setiembre de 2011, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, convocó la Licitación Pública N° 001-2011/OSCE-CM-Primera Convocatoria, para la implementación del “Convenio Marco de Bienes de Ayuda Humanitaria”; posteriormente, ante la omisión injustificada de la empresa Corporación de Negocios T& T E.I.R.L. de suscribir el Acuerdo de Convenio Marco derivado de la Incorporación de Proveedores al Catálogo Electrónico del Convenio Marco de Bienes de Ayuda Humanitario, se inició un procedimiento administrativo sancionador en su contra, por incumplir injustificadamente con la suscripción del contrato, infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, vigente hasta enero de 2016.

Fue entonces que mediante Resolución N° 0894-2016- TCE-S4 de fecha 6 de mayo de 2016, Expediente N° 136/2016.TCE, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado emitió pronunciamiento arribando a la conclusión que se había acreditado que el proveedor adjudicatario en efecto no suscribió el Acuerdo Marco respectivo para su incorporación en el Catálogo Electrónico del Convenio

Marco de Bienes de Ayuda Humanitaria, y como quiera que no se había demostrado causa justificante para la no suscripción del acuerdo; el Tribunal estimó que se había configurado la infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la anterior ley, que establecía una sanción de inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.

Empero, advirtiendo el colegiado que el 9 de enero de 2016 entró en vigencia la Ley N° 30225, actual Ley de Contrataciones del Estado (en adelante Ley N° 30225), la cual modificó los alcances del artículo 51 de la norma anterior, estableciendo en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50, como infracción: “*incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o formalizar Acuerdos Marco*”; asimismo, regulando en el literal a) del numeral 50.2, como sanción aplicar una multa no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica, a favor del OSCE; resulta que respecto a la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 51 de la norma anterior, el numeral 50.2 de la norma vigente prevé una multa y sólo como medida cautelar una suspensión del derecho de participar en procesos de contratación, que únicamente mantiene vigencia hasta que la multa sea pagada y por un plazo no mayor de dieciocho (18) meses.

Fue entonces que el Tribunal confrontando la benignidad de ambas normas, valoró que, para la conducta en cuestión, la norma anterior previó exclusivamente una sanción de inhabilitación, en tanto que la nueva norma disponía una multa y como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en procesos de contratación, por lo que aplicando el principio de retroactividad benigna impuso al adjudicatario la sanción de multa<sup>3</sup>, actualmente prevista en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225.

---

<sup>3</sup> Aunque apreciando que para la determinación de la multa a imponerse era necesario conocer el monto de la propuesta económica o del contrato, y como quiera que, en este caso en particular, la cualidad procedimental de la modalidad de selección de Convenio Marco, no contemplaba alguna oferta económica por parte del proveedor; finalmente, dicha sanción pecuniaria al no poder ser determinada resultaba imposible de aplicar, aun cuando se

Sin perjuicio de esto último, nótese al respecto que el razonamiento del Tribunal se limitó a señalar que la sanción de multa prevista en la actual legislación de contrataciones con el Estado es más benigna que la regulada en la anterior normativa medularmente porque: *i)* llevaba aparejada una medida cautelar de suspensión en el derecho de participar en procedimientos de selección que únicamente mantiene vigencia hasta que sea pagada, con lo que el propio administrado se encontraría en la capacidad de poner fin a tal medida, que como máximo podría llegar hasta los dieciocho (18) meses incluso; y *ii)* tal suspensión no era considerada para efectos del cómputo de la inhabilitación definitiva, conforme lo ordenado en la parte *in fine* del literal a) del mencionado numeral 50.2 de la Ley N° 30225.

Lo cual, según el Tribunal, se evidenciaría más benigno para el administrado que la sanción de inhabilitación temporal, prescrita en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la anterior ley, que establecía una sanción de inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo que podría alcanzar tres (3) años, propiciando además una inhabilitación definitiva.

Hasta aquí, si bien es cierto el Tribunal podría añadir de igual modo que el artículo 228 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, ha reglamentado que en el caso que concurren infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación por considerarla de mayor gravedad; no compartimos esta postura adoptada por cuanto cualquier remisión en este sentido no explica suficientemente las razones por las cuales para todos los administrados la sanción de multa siempre sería más benigna que la de inhabilitación; trasluciéndose que el Tribunal en este caso, si bien habría observado las previsiones legales de la anterior y nueva norma, no valoró todas las particularidades que confluieron, como el hecho inobjetable que

---

había cumplido el supuesto de hecho (incumplimiento de la suscripción del Acuerdo Marco) contemplado en la norma vigente, por lo que el Tribunal resolvió no ha lugar la imposición de la sanción a la infractora.

quien se encuentra en mejor situación para conocer qué norma le resultaría más conveniente es siempre el propio interesado.

Lo que se podría presentar, por ejemplo, si el negocio del administrado no fuera precisamente contratar con el Estado, por lo que bajo esta hipótesis le habría resultado más favorable al administrado recibir como sanción una inhabilitación por algunos meses que una multa.

En este punto, Alejos acaba refiriendo lo siguiente:

En los casos en donde la diferencia entre los regímenes sancionadores es cualitativa por haber mutado totalmente el tipo de sanción, debe corresponder al administrado la determinación de la norma más benigna. Ello dado que es el administrado imputado quien se encuentra en mejor posición para determinar qué norma le resulta más beneficiosa (Alejos, 2017, p. 49).

Por su parte, el supremo interprete de la constitución, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC Lima, del 21 de julio de 2005, respecto a los efectos en el tiempo de su sentencia, específicamente en el fundamento 25, se ha manifestado en los siguientes términos: *“No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente”*; en tal orden, considera que: *“La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación”*.

De ahí que, en cuanto al requisito relativo a que *la norma posterior sea favorable al administrado de manera unitaria*, podemos discurrir que se debe compulsar no únicamente la totalidad de previsiones legales establecidas en la anterior y nueva norma, sino además las particularidades que confluyen en el caso en concreto, aplicando la solución de tener igualmente presente la estimación del administrado, (y como ya se mencionó precedentemente) concediéndole audiencia y resolviendo la administración con la prevención que aquella evaluación expresada por el administrado no transgreda la interpretación sistemática de los otros valores constitucionales también comprometidos en el caso.

Coincidiendo de esta manera con el profesor Morón, quien analizando la nombrada sentencia ha realizado la correcta sugerencia de que la retroactividad benigna de la ley “no puede ser interpretada desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado” (2020, p. 430).

#### 4. Conclusiones

1. El TUO de la LPAG considera una limitación temporal, resultando conveniente que se haya establecido un término para la entrada en vigencia de la norma beneficiosa, pues dicho límite, según tenor de la publicación anterior, habría sido el de la emisión del acto administrativo sancionador que aprecie como infracción la conducta del administrado, y en ese orden, respetando la doble instancia, podríamos haber concluido que la frontera era la no emisión de un acto administrativo firme.
2. De acuerdo a lo dispuesto en la norma modificatoria, tenemos que con esta última redacción el límite temporal para la vigencia de la disposición más favorable sería que no se haya consumado la ejecución de la sanción, puesto que cuando esto sucede ya no habría forma de aplicar retroactivamente la nueva norma. No obstante, entendemos que, si cabe extender su interpretación al punto máximo, rebalsando el límite de la ejecución consumada de la sanción, al no encontrar impedimento para asumir que, tal como ha sido redactado este precepto, en nuestro sistema la nueva

norma pueda ser aplicada a los efectos que pudiera generar la sanción en el infractor cuando ésta haya sido cumplida.

3. En general se interpreta que el juez sólo puede anular y sustituir en caso excepcional, esto es cuando la actuación de la administración es reglada, porque se trata simplemente de la aplicación de una regla predeterminada por el legislador, en cambio cuando la actuación es discrecional, el juez, en teoría, no debería sustituir a la autoridad administrativa, porque estaríamos ante una potestad discrecional y no podría suplantar a la administración en el ejercicio de este poder libre.
4. No podemos negar que, en la práctica, aun cuando la actuación de la administración sea discrecional, los jueces en lo contencioso administrativo suelen reemplazarla, convencidos incluso que ello es un imperativo, a efecto de satisfacer el principio de economía procesal; máxime si dicha aplicación retroactiva de la norma más favorable ha sido entablada en la demanda del proceso contencioso administrativo como pretensión de plena jurisdicción.
5. De acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República, el hecho que la norma que tipifica la infracción administrativa, por la cual el demandante ha sido sancionado, haya sido derogada, no conlleva inescrupulosamente a la aplicación de la retroactividad benigna a favor de este, siendo imprescindible verificar la presencia de dos criterios diferentes por parte del legislador respecto a una misma conducta, uno más severo en una primera norma, y otro más tolerante en una posterior. Lo que encuentra justificación en que la ilicitud de una conducta y la sanción administrativa no solo deben anteceder al hecho, sino que necesariamente deben continuar existiendo en el momento en que la administración pública pretenda aplicar la sanción, o en todo caso, cuando toque al operador de justicia resolver el asunto.
6. La experiencia del Tribunal de Contrataciones del Estado nos ha mostrado casos en los que, por ejemplo, si la norma anterior previó una sanción de inhabilitación, en tanto que la nueva norma disponía una multa y como medida cautelar una

suspensión del derecho de participar en procesos de contratación, aplicando el principio de retroactividad benigna, impuso al adjudicatario la sanción de multa, sin explicar suficientemente las razones por las cuales para todos los administrados la sanción de multa siempre sería más benigna que la de inhabilitación; trasluciéndose que, si bien habría observado las previsiones legales de la anterior y nueva norma, no valoró todas las particularidades que confluieron, como el hecho inobjetable que quien se encuentra en mejor situación para conocer qué norma le resultaría más conveniente es siempre el propio interesado.

7. Finalmente, una vez verificado el cumplimiento de la pauta jurídica tocante a *que exista un cambio de la valoración jurídica por parte del legislador respecto a una misma conducta*, debe además cumplirse la condición *que la norma posterior debe ser favorable al administrado de manera unitaria*, es decir, cuando la nueva norma contenga partes favorables y otras desfavorables, habrá que determinar si (sin fragmentarse) nos encontramos ante una versión más benigna de la misma, para lo cual se debe tener igualmente presente la estimación del administrado, concediéndose audiencia y resolviendo la administración con la prevención que aquella evaluación expresada por el administrado no transgreda la interpretación sistemática de los otros valores constitucionales también comprometidos en el caso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

### Libros

Alarcón, L., Bueno, A., Izquierdo, M., y Rebollo, M. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova.

Almeida, M. (2004). El principio de irrevocabilidad de los actos favorables. En J. A. Santamaría Pastor (Ed.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (p. 1103-1135). La Ley.

Bueno, A. (2010). El principio de legalidad sancionadora (III): La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. En *Derecho Administrativo sancionador* (p. 201-219). Lex Nova.

Cano, T. (2018). *Claves Practicas. Derecho Administrativo*. Francis Lefebvre.

Guzmán, C. (2011). *Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo*. Ediciones Caballero Bustamante.

Hernández, R. (2006). Definición del alcance de la investigación a realizar. Exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa. En

*Metodología de la Investigación* (p. 99-118). McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V.

López, F. (2010). *Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Diccionario de Sanciones Administrativas*. Iustel.

López, F. (2010). Principio de irretroactividad. En J.A. Santamaría Pastor (Ed.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (p. 141-176). La Ley.

Morón, J. (2011). *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General* (9. ed.). Gaceta Jurídica S.A.

Morón, J. (2020). *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General* (15. ed.). Gaceta Jurídica S.A.

Nieto García, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4. ed.). Editorial Tecnos.

## Artículos de revistas

Baca, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. *THEMIS Revista De Derecho*, (69) 27-43.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16709>

Chang, J. y Drago, M. (2018). La prescripción en el procedimiento administrativo sancionador en materia de Libre Competencia a partir de las modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General. *IUS ET VERITAS*, (56) 16-27.  
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.001>

Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 149-160.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

Huapaya Tapia, R., & Alejos Guzmán, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 52-76.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22165>

Landa, C. (2016). La constitucionalización del derecho administrativo. *THEMIS Revista De Derecho*, (69) 199-217.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16725>

Zegarra, D. (2010). La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista De Derecho Administrativo*, (9) 207-214.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13714>

#### **Tesis en línea**

López Menudo, F. (1981). *El principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas* (Tesis de doctorado, Universidad de Sevilla). Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <https://idus.us.es/handle/11441/14987>.

#### **Recursos web**

Alejos, O. (2017, marzo). *El juicio de benignidad en las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado*. Academia.

[https://www.academia.edu/33873984/El\\_juicio\\_de\\_benignidad\\_en\\_las\\_decisiones\\_del\\_Tribunal\\_de\\_Contrataciones\\_del\\_Estado](https://www.academia.edu/33873984/El_juicio_de_benignidad_en_las_decisiones_del_Tribunal_de_Contrataciones_del_Estado)

López, F. (2002, mayo). *El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves.*

Documentación

Administrativa.

<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5579/5632>

Mendoza, D. (2013). *El principio de retroactividad benigna en el procedimiento administrativo sancionador.* Unknown.

<http://dantemendoza.blogspot.com/2013/08/el-principio-de-retroactividad-benigna.html>

Peña, A. y Jiménez, J. (2009, agosto). *Principios y garantías del Derecho administrativo sancionador.*

<https://javierjimenezperu.files.wordpress.com/2011/07/princip-y-garant-der-adm-sancionad-2era-parte1.pdf>

## Normas Legales y jurisprudencia

### Leyes y decretos

Congreso Constituyente Democrático. (1993, 29 de diciembre). Constitución

Política del Perú de 1993. Diario Oficial El Peruano.

<http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>.

Congreso de la República del Perú (1991, 8 de abril). Decreto Legislativo N° 635. Código Penal. Diario Oficial El Peruano. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0034/codigo-penal-29.07.2020.pdf>.

Congreso de la República del Perú. (2001, 11 de abril). Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano. <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-de-Procedimiento-Administrativo-de-PersonalLey27444.pdf>.

Presidencia de la República. (2016, 21 de diciembre). Decreto Legislativo N° 1272. Por el cual se modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-n-27444-ley-del-pr-decreto-legislativo-n-1272-1465765-1>.

Presidencia de la República. (2019, 25 de enero). Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano.

[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS\\_004-2019-JUS.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf).

Presidencia de la República. (2014, 11 de julio). Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial El Peruano. <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>.

Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado. (1978, 29 de diciembre). Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado (29 de diciembre de 1978). Recuperado de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

Jefatura del Estado. (1992, 27 de noviembre). Ley 30/1992. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1992/BOE-A-1992-26318-consolidado.pdf>.

Jefatura del Estado. (2015, 02 de octubre). Ley 40/2015. Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>.

## **Sentencias**

Sentencia N° 02744-2010 (2010, 25 de octubre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02744-2010-HC.html>

Sentencia N° 02389-2007 (2017, 18 de diciembre). Tribunal Constitucional (Landa Arrollo). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02389-2007-HC.pdf>.

Sentencia N° 0019-2005-PI/TC (2005, 21 de julio). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>.

## **Tratados y convenciones internacionales**

Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre, 1950, [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf).