



## **José Tirado Barrera**

LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

## **Diana Briones & Diego Morales**

LA GESTIÓN PREDIAL Y LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS: UN ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO DEL DESARROLLO DE PROYECTOS INFRAESTRUCTURA

## **Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos**

PROYECTO DE NUEVA LEY DE INDUSTRIAS: ¿UNA MIRADA AL FUTURO O UN GUIÑO AL PASADO? ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO

## **Enrique Cavero Saфра**

NI CHARLIE HEBDO NI FRANCISCO I. SÍ VOLTAIRE, LARRY FLYNT O MR. BEAN. REFLEXIONES SOBRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN LA ERA DIGITAL

## **Gabriela Bolaños & Erick Iriarte**

LA LEGÍTIMA INQUIETUD: ¿PUEDO SABER CÓMO OTROS USUARIOS DE REDES SOCIALES OBTUVIERON MIS DATOS PERSONALES PUBLICADOS EN SUS PERFILES?

## **Andrea Espejo Donaire**

¡GANAMOS! ¿AHORA, QUÉ VIENE? ALGUNAS PROBLEMÁTICAS ALREDEDOR DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

## **Angello Rivera & Renato Cjahuа**

IURA NOVIT ARBITER. UN BREVE ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL

## **Malgorzata Judkiewicz-Garvan**

LA RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS EN LA PRÁCTICA DE LAS PRINCIPALES INSTITUCIONES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL



**FORSETI**

© DERUP Editores, Lima, 2024

Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A

Jesús María, Lima, Perú

ISSN: 2312-3583

[www.forseti.pe](http://www.forseti.pe) / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

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

**2024-I**  
**Asociación DERUP Editores**

**Consejo Directivo**

Genaro Ríos Díaz  
Presidente y Director de Eventos

Josué Ochoa García  
Vicepresidente y Director de Edición

Diego Valencia Guevara  
Nicolás Ayala Badillo  
Joel Lima Quiroz  
Alisson Mijichich Vila  
Jeslie Lavado Albino  
Luciana Moreno Manrique  
Angie Llaca Conde  
Nadir Quivio Jiménez

Director de Gestión de Talento  
Director de Comercialización  
Director de Finanzas  
Subdirectora de Gestión de Talento  
Subdirectora de Eventos  
Subdirectora de Edición  
Subdirectora de Comercialización  
Subdirectora de Finanzas

**Asamblea General**

**Comisión de Finanzas**

Thais Arroyo Campos  
Ana Fernanda Crisanto Solís  
Octavio Fernández Távara  
Jean Inti Aguilar  
Fabiana Lazo Rentería  
Britney Panti López  
Yasmín Ramos Yañe

**Comisión de Edición**

Bernardeth Quijano Rodríguez  
Ronald Abregú Choque  
Marco Baldizón Roa  
Juan José Barriga Salcedo  
Carlos Chuquilín Vásquez  
Débora Graciano Chávez  
Luciana Olaza La Rosa  
Fabricio Neyra Quijandría  
Claudia Salas Heredia  
Alicia Valdivia Lazarte  
Rafaela Valdivieso Calderón

**Comisión de Gestión de Talento**

Andrea Chumpitaz Ortiz  
Alberto Hurtado Rosales  
Luis Alonso Larrauri Illescas  
Mariana Loyola Duarte  
Camila Morales Rola  
Arely Seguil Rodríguez  
Diana Paita Hinostroza  
Jennifer Plasencia Silva

**Comisión de Eventos**

Rina Chanco Sucso  
Cesia Esparza Polo  
Xiomara Hinostroza Pariamachi  
Arantxa Iturriaga Perea  
Andrea Lobatón Suárez  
Daniela Mañanes Meléndez  
Gabriela Ocampos Sifuentes  
Sandro Olivera García  
Adriana Reyes Mendiola  
Hanna Paulino Ramos  
Estefanía Quiroz Lozano  
Luana Sandoval Gallo  
Giacomo Sanguineti Ravettino  
María Estefanía Torres Quiroz

**Comisión de Comercialización**

Acacia Bautista Cervantes  
Mauricio Caqui Arévalo  
Rodrigo Carranza Távara  
Oswaldo Mendoza Damian  
Fiorella Fulchi Leo  
María Gracia Gonzales Fajardo  
Leslie Hernández Montoya  
Vanessa Herrada Olivera  
Daniela Lecca Dhaga del Castillo  
Camilo Lechuga Hanco  
Belén López Fonseca  
Ingrid Mamani Ccallo  
Sol Morachimo Quiroz  
Maryangel Nisiamá Zaki  
Vanessa Quezada Soto  
Joaquín Talavera Becerra  
Priscilla Torres Bobadilla

## SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

La grandeza del mundo jurídico reúne una vez más a profesionales del derecho, quienes comparten sus perspectivas innovadoras y análisis críticos, con el objetivo de seguir difundiendo conocimientos legales para generar un impacto positivo en la sociedad.

Es un honor presentar la edición número diecinueve de la Revista FORSETI. Esta representa un hito significativo en nuestro compromiso constante con la excelencia académica y la provisión de conocimientos jurídicos de vanguardia.

La presente entrega, cuidadosamente curada, se centra en los temas cruciales del derecho regulatorio, del arbitraje y de las libertades informativas. La importancia de estos temas en la actualidad no puede subestimarse, ya que impactan directamente en la toma de decisiones empresariales, las disputas comerciales y la conformación de políticas gubernamentales.

La edición 2024 empieza abordando la novedosa figura de la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas. Este estudio evalúa la pertinencia de criterios comunes, subraya problemas interpretativos y suscita interrogantes sobre cambios de criterio.

En busca de impulsar el desarrollo del país, se resalta la necesidad de una regulación eficiente para gestionar terrenos en proyectos de infraestructura mediante Asociaciones Público-Privadas. Adicionalmente, se cuestiona la viabilidad de la nueva ley de industrias, argumentando incumplimientos regulatorios y falta de atención a la competitividad y productividad del sector industrial.

Posteriormente, en materia de arbitraje, se exploran los desafíos de la ejecución de laudos en el Perú y la recusación de los árbitros en la práctica institucional. Asimismo, se estudia el principio *lura Novit Arbiter* y se propone su implementación en el país, considerando las ventajas y controversias de su aplicación nacional e internacional.

En el contexto de la era digital, finalmente, se reflexiona sobre la polémica libertad de expresión e información. El autor revisa los fundamentos jurídicos y analiza casos de censura. Por otro lado, se examina el derecho a la autodeterminación informativa y su aplicación a la actividad en línea de usuarios en perfiles de redes sociales.

En nombre del equipo FORSETI, esperamos que encuentren en estos artículos una fuente de inspiración y conocimiento que impulse la discusión y el progreso en estos campos fundamentales. Asimismo, agradecemos sinceramente a nuestros autores, revisores y lectores por su continuo apoyo. Juntos, avanzamos hacia un futuro legal más informado y equitativo. Deseamos que esta edición sea de su agrado.

**Comisión de Edición**

## Índice

### Regulatorio

**La caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas**

*por José Tirado Barrera* ..... 06

**La gestión predial y las Asociaciones Público-Privadas: Un análisis teórico y práctico del desarrollo de proyectos infraestructura**

*por Diana Briones & Diego Morales* ..... 47

**Proyecto de nueva ley de industrias: ¿una mirada al futuro o un guiño al pasado? Análisis desde el punto de vista del Análisis de Impacto Regulatorio**

*por Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos* ..... 66

### Arbitraje

**¡Ganamos! ¿Ahora, qué viene? Algunas problemáticas alrededor del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales**

*por Andrea Espejo Donaire* ..... 79

**IURA NOVIT ARBITER. Un breve análisis de su aplicación a nivel nacional e internacional**

*por Angello Rivera & Renato Cjahua* ..... 92

**La recusación de los árbitros en la práctica del arbitraje internacional**

*por Malgorzata Judkiewicz-Garvan* ..... 109

## **Libertades informativas**

### **Ni Charlie Hebdo ni Francisco. Sí Voltaire, Larry Flint o Mr. Bean**

*por Enrique Cavero Safra* ..... 136

### **La legítima inquietud: ¿Puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?**

*por Erick Iriarte & Gabriela Bolaños*..... 157

## La caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas

José Antonio Tirado Barrera\*

**Resumen.** – Se estudia la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, en el marco del régimen general de la ley procedimental común. El objetivo principal del artículo es constatar si en este ámbito especializado se siguen los criterios comunes de la figura de la caducidad y que vienen siendo aplicados por tribunales administrativos en otros sectores.

**Palabras clave.** – Caducidad - procedimiento administrativo - sanciones administrativas.

**Abstract.** - The expiration of the sanctioning procedure for anti-competitive conduct is studied, within the framework of the general regimen of the common procedural law. The main objective of the article is to verify whether this specialized file follows the common criteria of the figure of expiration and that have been applied by administrative courts in other sectors.

**Key words.** – Expiration - administrative procedure - administrative sanctions.

---

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad del Pacífico.

## **I. Introducción**

La presente monografía tiene por finalidad ofrecer una revisión panorámica del régimen común de la caducidad del procedimiento sancionador, que se encuentra establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO LPAG) para acometer, luego, la tarea de analizar el tratamiento que esta figura recibe en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, con el objetivo de comprobar si éstas últimas son consistentes con régimen y finalidad de la caducidad del procedimiento sancionador.

La caducidad del procedimiento sancionador constituye una novedad en la legislación peruana, fue incorporada recién en el año 2016, y ha planteado desde entonces una serie de problemas interpretativos que no habían sido objeto de una atención o estudio preferente con anterioridad.

El carácter garantista de esta figura (la limitación temporal de los procedimientos sancionadores en primera instancia), el efecto favorable de su aplicación y las dificultades conceptuales que se plantean (¿es posible iniciar un procedimiento sancionador luego de haber caducado el inicial?; ¿qué ocurre en aquellos procedimientos donde existe un interesado distinto del imputado?) han dado lugar a pronunciamientos en sede administrativa y, en algunos casos, también en sede judicial, que merecen ser revisados y contrastados para conocer si su aplicación es compatible con los fundamentos de esta figura y si son coherentes los regímenes sectoriales con las disposiciones generales sobre el procedimiento sancionador.

Para estos efectos procederemos a realizar algunas consideraciones generales sobre la caducidad del procedimiento sancionador, luego analizaremos las normas que el TUO LPAG ofrece sobre esta materia así como su interpretación por parte de algunos tribunales administrativos y luego abordaremos el tratamiento que se da a la caducidad del procedimiento sancionador en el ámbito de la defensa de la competencia. Trataremos de demostrar que la interpretación asumida por los órganos resolutivos en materia de defensa de la competencia no es consistente con los fundamentos conceptuales de la figura de la caducidad del procedimiento administrativo ni con la legislación aplicable en nuestro país desde el año 2016.

## **II. Consideraciones generales sobre la caducidad del procedimiento sancionador**

El procedimiento administrativo es el conjunto de actuaciones sistemáticamente ordenadas a las que se encuentran sujetas las administraciones públicas con la finalidad de determinar, previa atribución de una norma expresa, los derechos, deberes u obligaciones que corresponda a los ciudadanos.

En palabras de Miguel Sánchez Morón: "(...) el procedimiento es la forma de elaboración de las decisiones administrativas o, si se prefiere, de ejercicio de la

actividad administrativa formalizada.”<sup>1</sup>, de forma que se puedan alcanzar ciertos fines relevantes como lo son, entre otros, el configurar una garantía de acierto para la adopción de decisiones administrativas así como ofrecer las instancias necesarias para la defensa de los derechos de los sujetos administrados<sup>2</sup>.

Cabe afirmar que los procedimientos administrativos tienen, en general, la finalidad de determinar, asegurar o definir, la situación jurídica de los administrados, lo que puede ocurrir sea que se trate de un procedimiento destinado al reconocimiento de un derecho (como lo es, por ejemplo, la solicitud de otorgamiento de un título habilitante), sea que se trate de un procedimiento cuyo objeto principal resulte gravoso (como puede ser, por ejemplo, un procedimiento sancionador que concluya con la imposición de una sanción), sea que se trate de un procedimiento complejo cuyo resultado final sea beneficioso para uno y, simultáneamente, perjudicial para otros (como sucede con los procedimientos competitivos como una licitación pública, donde un postor resultará beneficiario de la decisión final y, simultáneamente, los demás postores resultarán perjudicados -o no beneficiados- por la misma decisión).

Por esta razón, es posible sostener que, independientemente, del objeto final del acto administrativo que sea dictado, resulta necesario tener presente que: “Todas las instituciones procesales -incluida la caducidad en su modalidad de perención- han de manejarse desde una perspectiva garantista.”<sup>3</sup>.

Dentro del conjunto de categorías procedimentales y de garantías de los derechos de los administrados, se ha reconocido la necesidad de que los procedimientos se desarrollen en un plazo razonable para la determinación de los derechos y responsabilidades de los sujetos administrados.

La institución procedimental a través de la cual se resguarda el equilibrio entre el deber administrativo de impulsar un procedimiento y los derechos de los sujetos administrados es la caducidad del procedimiento (llamada también caducidad -perención<sup>4</sup>), la misma que se configura como: “(...) una válvula de seguridad introducida en los procedimientos administrativos, que permite darlos por terminados cuando quien los promueve pierde interés por los mismos. Esa pérdida de interés se mide por el dato objetivo de la falta de actuaciones en determinados plazos.”<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos. Madrid. p. 483-484.

<sup>2</sup> ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. Lección 1. “El procedimiento administrativo”. En REBOLLO PUIG, Manuel y Diego J. VERA JURADO (Directores). *Derecho Administrativo. Tomo II. Régimen jurídico básico y control de la Administración*. Tecnos. Madrid. 2016. p. 21.

<sup>3</sup> CABALLERO SANCHEZ, Rafael. *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Mac Graw Hill. Madrid. 1999. p. 147.

<sup>4</sup> Se utiliza la expresión caducidad-perención para diferenciar la utilización de la palabra caducidad en otros contextos, como lo son la caducidad como sanción, como carga o como decaimiento o pérdida de un derecho.

<sup>5</sup> CABALLERO SANCHEZ, Rafael. Op. cit. p. 169.

En este sentido: “(...) la caducidad es la forma de terminación del procedimiento administrativo por superación del plazo máximo para resolver, cuyo cumplimiento impide su prosecución y resolución final.”<sup>6</sup>

La así denominada caducidad-perención: “Supone la terminación anormal (extinción) de un procedimiento administrativo por ausencia de actividad del interesado o de la Administración Pública. En el caso de los procedimientos sancionadores, la caducidad hace perecer el procedimiento a causa del vencimiento de un plazo legalmente establecido sin que se haya resuelto y notificado el acto que pone fin a la primera instancia administrativa, ya sea para dictar la responsabilidad del imputado o para absolverlo.”<sup>7</sup> En este mismo sentido, Manuel Rebollo Puig señala que: “La caducidad de la que hablamos es, pues, la terminación de procedimientos administrativos iniciados de oficio por superación del plazo establecido para su finalización.”<sup>8</sup>

De este modo, la caducidad del procedimiento administrativo es una forma de terminación del procedimiento sin pronunciamiento sobre la situación jurídica del administrado que participa de él<sup>9</sup>, debido a que la Administración no ha podido concluir normalmente con el procedimiento, a través de la emisión de una resolución final. Este criterio se aplica para todo tipo de procedimiento y, específicamente, para el caso del procedimiento sancionador.

El fundamento del reconocimiento doctrinario y normativo de la caducidad del procedimiento es diverso. Así, se ha señalado que:

La caducidad (...) está al servicio del principio de seguridad jurídica y de la certeza sobre el ejercicio de la potestad sancionadora en este caso. Pero con mucha más precisión (...) la perención del procedimiento sancionador es una técnica de protección del administrado, por la cual se pone un límite temporal al efecto punitivo que tiene en sí el procedimiento por su potencial efecto gravoso.<sup>10</sup>

Sin perjuicio de ello, se han sostenido otros fundamentos más vinculados con los derechos del sujeto administrado, especialmente, cuando se encuentra imputado en un procedimiento sancionador.

---

<sup>6</sup> CABALLERO SANCHEZ, Rafael. “Procedimiento sancionador: caducidad”. En LOZANO CUTANDA, Blanca (Directora). *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Iustel. Madrid. 2010. p. 799.

<sup>7</sup> SANCHEZ POVIS, Lucio y Gianpierre VALVERDE ENCARNACION. “Naturaleza jurídica, competencia, administrativa e impugnación del acto de ampliación de la caducidad a partir de los preceptos contenidos en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General”. En *Anuario de Investigación del CICAJ. 2018-2019*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2019. p. 80.

<sup>8</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. “Caducidad de procedimientos desfavorables; en especial, del sancionador”. En REBOLLO PUIG, Manuel y otros (Directores). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*. Civitas. Thomson Reuters. 2022. p. 210.

<sup>9</sup> En el caso del procedimiento sancionador, sería el administrado imputado como presunto infractor.

<sup>10</sup> CABALLERO SANCHEZ, Rafael. *Procedimiento sancionador: caducidad*. Op. cit. p. 800.

Así, Juan Alfonso Santamaría Pastor ha sostenido que:

(...) parece difícil poner en duda que la vigente regulación de la caducidad procedimental (...) se inspira primariamente en el valor de la protección del ciudadano frente a la actuación administrativa. Aludir sólo a la seguridad jurídica me parece, sin embargo, poco expresivo. A mi entender, la razón última de la caducidad se encuentra en un indeseable efecto psicológico, bien conocido de muchos ciudadanos: me refiero a la *eficacia intrínsecamente punitiva que posee la mera tramitación de procedimientos públicos de resultado potencialmente gravoso, antes de su resolución, y, por tanto, al imperativo de fijar al sufrimiento que infligen un límite temporal terminante (...)*<sup>11</sup>

De esta manera, pues, se desprende que la conclusión de un procedimiento por motivo de caducidad se encuentra estrictamente relacionada con el necesario equilibrio entre el ejercicio de las potestades públicas que inciden negativamente sobre la esfera de derechos de los administrados y del necesario respeto de los derechos de los administrados<sup>12</sup>.

Así, cuando la ley establece, de forma expresa y determinada, el plazo para que una entidad integrante de la administración pública ejerza sus competencias y potestades, el vencimiento del plazo sin que exista formalmente un pronunciamiento, trae consigo, irremediabilmente, que pierda todo respaldo legal para ejercerlas y, como consecuencia inevitable de ello, se determine la nulidad de las actuaciones realizadas con posterioridad al límite temporal establecido por la ley<sup>13</sup>.

De este modo se puede apreciar que la institución de la caducidad-perención encuentra respaldo o fundamento en la necesidad de proteger distintos principios ordenadores del procedimiento administrativo, pues contribuye decididamente a

---

<sup>11</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. "Caducidad del procedimiento (Art. 44.2 LRJAP)". En *Revista de Administración Pública*. Nº 168. 2005. p. 16.

<sup>12</sup> "(...) la Administración está en su derecho, por motivos de observancia de la legalidad, de perturbar la vida de un ciudadano teniendo pendiente respecto de él un procedimiento potencialmente desfavorable, pero sólo durante un tiempo fijo, predeterminado e improrrogable, transcurrido el cual el procedimiento debe extinguirse. En términos coloquiales, la caducidad se funda en el sagrado derecho a no ser molestado más que durante un tiempo concreto, predeterminado e improrrogable. No otra es la razón de ser de esta técnica, a la luz de la cual debe interpretarse y aplicarse." (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit. p. 17).

<sup>13</sup> "La primera consecuencia, elemental, del cierre o terminación del procedimiento es la inviabilidad en Derecho de realizar actuación alguna propia del procedimiento caducado. Por definición, las actuaciones procedimentales sólo pueden tener lugar válidamente dentro de un procedimiento no finalizado, por lo que las realizadas con posterioridad a la producción de la caducidad deben reputarse inválidas y carentes de toda eficacia práctica. La notoriedad de esta consecuencia excusa, creemos, cualquier otra argumentación." (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit. p. 43).

cautelar el cumplimiento de un plazo razonable<sup>14</sup> así como promueve la celeridad del procedimiento<sup>15</sup>.

### III. Régimen legal de la caducidad del procedimiento sancionador en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

En el presente apartado trataremos el régimen legal aplicable a la caducidad del procedimiento, según lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General así como por la interpretación que de dichas normas han realizado distintos tribunales administrativos, esto último con la finalidad de apreciar la forma en que esta figura ha sido entendida en la práctica.

#### i. Configuración de la caducidad del procedimiento sancionador a partir del Decreto Legislativo 1272, de diciembre de 2016

La caducidad de los procedimientos sancionadores no se encontraba recogida en la redacción original de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>16</sup> ni en anteriores normas generales en materia de procedimiento administrativo<sup>17</sup>. Únicamente podemos encontrar algunas referencias normativas

---

<sup>14</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

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

(...)

Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y *en un plazo razonable*; y a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.” (énfasis agregado)

<sup>15</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

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

(...)

Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”

<sup>16</sup> DANOS ORDONEZ, Jorge. “La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador”. En AA.VV. *Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Volumen I. Adrus. 2013. p. 724.

<sup>17</sup> “A pesar de la influencia española en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, esta figura no había sido recogida por nuestra LPAG, mientras que en otros ordenamientos, como el español, goza de larga data en su regulación administrativa.” (MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Décimo cuarta edición revisada, actualizada, aumentada conforme al TUO 2019. Gaceta Jurídica. Lima. 2019. p. 535).

aisladas sobre la duración de los procedimientos sin que dichas normas aunaran al vencimiento de los plazos ninguna consecuencia<sup>18</sup>.

Esta situación cambio recién en el año 2016, a través del Decreto Legislativo N° 1272, que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, de forma general y aplicable a todos los procedimientos administrativos, la figura de la caducidad del procedimiento sancionador, en los siguientes términos:

**Artículo 237-A.- Caducidad del procedimiento sancionador**

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.
2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.
3. La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.
4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción.

A efectos de regular la correcta aplicación de esta figura, el Decreto Legislativo N° 1272 previó una disposición complementaria que permitiera su aplicación razonable en el caso de procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, otorgando un plazo para la aplicación de la caducidad en aquellos procedimientos, según los siguientes términos:

**Disposición Complementaria Décima.-** Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite.

La lectura conjunta de estas normas (que, en el posterior TUO LPAG serán identificadas como el artículo 257 y la disposición complementaria décima) nos

---

<sup>18</sup> “Sólo algunas normas administrativas, especialmente las que desarrollan la potestad disciplinaria de los funcionarios y servidores públicos, han establecido plazos que podríamos considerar de caducidad de sus respectivos procedimientos administrativos disciplinarios (...)” (DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. *Ibidem.*)

ofrece el régimen general de la caducidad del procedimiento sancionador, aplicable desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, lo que ocurrió a partir del 21 de diciembre de 2016.

En este sentido, cabe señalar las siguientes reglas respecto de la aplicación de la caducidad de procedimientos sancionadores en el ordenamiento jurídico peruano:

a. La regla común es que los procedimientos sancionadores iniciados luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272 se encontraran sujetos a un plazo de caducidad de 9 meses, ampliable mediante resolución motivada, por 3 meses más, salvo que leyes especiales establezcan un plazo mayor de caducidad.

b. Se establece una regla transitoria para la aplicación de la regla general, estableciéndose que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272 se encuentran sujetos a un plazo de caducidad de un año, contado a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272.

De esta manera, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1272 se introdujo, de forma general y común para todos los procedimientos administrativos sancionadores, la aplicación de la caducidad que, como es evidente, tiene como consecuencia la conclusión de los procedimientos y el archivo de todas las actuaciones realizadas, cuando la autoridad competente no cumple con notificar la resolución final del procedimiento en el plazo establecido legalmente.

## **ii. La ampliación del plazo de caducidad del procedimiento sancionador en el TUO LPAG**

Como ya lo hemos reseñado, el TUO LPAG permite que el plazo de nueve meses (9) meses, que constituye la regla general de duración del procedimiento sancionador: "(...) pued[a] ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento."

Como se aprecia sin dificultad, la ampliación del plazo de un procedimiento sancionador constituye una excepción respecto de la regla general y que, por expreso mandato legal, está sujeta a una exigencia estricta de motivación<sup>19</sup>.

Antes de ingresar en el análisis de la exigencia de motivación de la ampliación del plazo de un procedimiento sancionador, debemos tener presente que dicha

---

<sup>19</sup> "(...) la norma admite la ampliación del plazo de caducidad por tres (3) meses, pero requiere de una resolución debidamente sustentada por parte del órgano competente, detallando las justificaciones de hecho y de derecho que conllevan a la necesidad de ampliar el plazo regular." (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. p. 539). Refiriéndose al derecho español, Manuel REBOLLO PUIG señala que: "Permite el art. 32 LPAC que la Administración acuerde la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar, ampliación que permitirá seguir tramitando el procedimiento, dictar resolución y notificarla durante el período extra que puede ser tan extenso como el establecido en principio. Lo permite, empero, <excepcionalmente>, lo que basta para proscribir convertir la ampliación en práctica ordinaria o usual y limitarla a casos en que se den circunstancias justificadoras verdaderamente singulares. E, impone requisitos materiales y formales." (Op. cit. p. 236).

decisión se manifiesta a través de un acto de trámite, entendiéndose como tal aquella actuación formal de la Administración que, formando parte de un procedimiento, tiene por finalidad preparar, servir o contribuir a la formulación del acto administrativo definitivo, objeto de dicho procedimiento.

En una expresión tan simple como concluyente debemos tener presente que: "Actos de trámite son los que se producen durante la tramitación del procedimiento y que sólo tienen sentido, funcionalidad y efectos como piezas del mismo."<sup>20</sup>

Ahora bien, que una cierta actuación procedimental sea calificada como acto de trámite no supone, desde ningún punto de vista, ni la inexistencia de requisitos para su validez ni la imposibilidad de su impugnación.

Así, podremos apreciar que lo relevante para definir el régimen de impugnación de las actuaciones formales de la Administración no será tanto que estemos frente a un acto administrativo o frente a un acto de trámite, cuanto que dicha actuación formal tenga la capacidad de afectar la esfera jurídicamente protegida de derechos e intereses del administrado.

Lo más habitual será, evidentemente, que sean los actos administrativos los que infrinjan una lesión al administrado, la misma que podrá ser impugnada en el corto plazo previsto para la interposición del recurso, mientras que los actos de trámite, normalmente, no tendrán habitualmente esa capacidad de lesión, salvo en los casos específicos donde dicha calificación perderá su sentido habitual respecto del administrado afectado, en la medida en que produzca una lesión que lo tolere demora para su impugnación.

De este modo, resulta de la mayor importancia tener presente que: "La naturaleza del acto de trámite o definitivo no puede ser otorgada desde la sola perspectiva de la Administración, sino que debe ser tenida en cuenta, igualmente, la postura del particular frente al mismo."<sup>21</sup>

En este sentido, es posible apreciar cómo, ciertas actuaciones formales de la Administración que no estaban originalmente destinadas a configurarse como decisiones definitivas ni están estructuralmente determinadas para ello, pueden alcanzar una de las características más propias y definitorias del acto administrativo, como es su capacidad de configuración individualizada de la situación jurídica de un administrado<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Sexta edición. Marcial Pons. 2016. p. 228. En el mismo sentido Villar Escurra señala que: "Será acto definitivo todo aquel que finalice o impida la conclusión de un expediente que podrá ser objeto de recurso en cualquier caso. Por el contrario, el concepto de acto de trámite queda reducido a todos aquellos en los que no concurren estas circunstancias y que como regla general no serán susceptibles de impugnación autónoma, excepto en el supuesto de que causen indefensión al administrado." (VILLAR EZCURRA, José Luis. "Los actos administrativos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular". En *Revista de Administración Pública*. N° 86. 1978. p. 363).

<sup>21</sup> VILLAR EZCURRA, José Luis. Op. cit p. 336.

<sup>22</sup> "La función fundamental del acto consiste en ser la última fase en la concreción de los derechos y deberes que se engarzan en una norma, con capacidad, por tanto, de modalizarla, de adaptarla

Así, es claro apreciar que, en el caso de la ampliación del plazo de tramitación de un procedimiento sancionador, nos encontramos ante una decisión que alarga el tiempo que un administrado debe soportar las consecuencias negativas derivadas de este tipo de procedimientos prolongándose de esta manera, las cargas que ello suponen.

Siendo la sanción administrativa un acto administrativo de contenido gravoso sobre los derechos de los administrados, en la medida que entraña la atribución de un comportamiento ilegal, el solo hecho que se le impute a una persona haber cometido una infracción administrativa, genera un riesgo de lesión de los derechos del sujeto imputado si, al término del procedimiento o, posteriormente, durante el proceso contencioso administrativo, el administrado inicialmente imputado resulta exonerado de toda responsabilidad.

De esta manera, se desprende la exigencia de un régimen jurídico que asegure, específicamente, los derechos e intereses legítimos del administrado que será afectado por tal decisión, lo que el TUO LPAG protege mediante la exigencia de motivación de la decisión de ampliación del plazo del procedimiento sancionador y su posible impugnación, aunque ésta deba ser postergada hasta el momento de la emisión de la resolución final del procedimiento, conforme a la regla de la inimpugnabilidad autónoma de los actos de trámite<sup>23</sup>.

La motivación es un elemento esencial en la configuración del acto administrativo. Sin perjuicio de las distintas perspectivas doctrinarias y jurisprudenciales respecto de su calificación como requisito material o formal del acto administrativo y, consecuentemente, del régimen aplicable ante su omisión, lo cierto es que la motivación del acto administrativo ha venido adquiriendo, progresivamente, una

---

a las situaciones singulares y tanto cuando se actúa en ejercicio de potestades regladas como, y con mayor razón, si se actúa en el ejercicio de potestades discrecionales. Esta es la misión del acto administrativo: operar la máxima concreción de la norma, que es su aplicación singular. Desde esta perspectiva no serían actos administrativos, en tanto no conllevan una declaración jurídica con los efectos indicados con anterioridad, los actos instrumentales o de procedimiento. Ayudan a la concreción de la norma. Son hitos, a veces indispensables, para la declaración que contiene el acto administrativo como resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento. Cuando esos actos instrumentales impiden ese final previsto -la declaración jurídica- se sitúan en la misión que corresponde al acto administrativo, determinan la declaración por vía negativa y por eso son recurribles." (MEILAN GIL, José Luis. *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*. Iustel. Escola Galega de Administración Pública. 2011. p. 134).

<sup>23</sup> La regla de inimpugnabilidad autónoma de los actos de trámite, supone que cualquier vicio que afecte a un acto de trámite únicamente podrá ser objeto de impugnación luego de la emisión del acto administrativo para el cual sirvió de antecedente, salvo que produzca una situación de indefensión, entre otros supuestos. Para el derecho peruano ver: DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "La impugnación de los actos de trámite en el procedimiento administrativo y la queja". En *Derecho & Sociedad*. N° 2008. 2007. p. 267-271. Respecto del derecho español, debe tenerse presente que: "Dice el art. 23.2 LPAC que contra el acuerdo de ampliación de plazo no cabe recurso. Pero, naturalmente, sí que es posible que, con ocasión del recurso que se interponga contra la resolución final, se combata ese acuerdo ampliatorio del plazo. Y entonces el tribunal, si aprecia la ilegalidad de la ampliación, partirá de que el procedimiento debió terminar en el *dies ad quem* originario y, de no ser así, anulará la resolución final por caducidad." (REBOLLO PUIG, Manuel. Op. cit. p. 238).

mayor importancia y relevancia, trascendiendo el interés subjetivo del destinatario directo del acto y comprendiendo, también, al conjunto de la sociedad<sup>24</sup>.

La motivación del acto administrativo es la expresión formal de las razones, fácticas y jurídicas, que sustentan la decisión adoptada por la Administración. Se trata, pues, de hacer cognoscible (y, por lo tanto, debatible) el proceso lógico y argumentativo que le ha permitido a un órgano administrativo arribar a una cierta conclusión.

En este sentido, debe tenerse presente que: “Lo que se exige de los órganos que adoptan decisiones jurídicas es que justifiquen sus decisiones, caracterizándose el razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a demostrar, acreditar o fundamentar tales decisiones.”<sup>25</sup>

El deber de motivación de los actos administrativos está consagrado en el ordenamiento jurídico como un medio para asegurar y satisfacer un conjunto amplio de finalidades: previene la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas al obligar a la autoridad a mostrar un razonamiento justificativo de sus decisiones<sup>26</sup>; asegura la transparencia en el ejercicio de la función pública y, en esa medida, permite conocer y confrontar las razones que justifican una decisión<sup>27</sup>; garantiza los derechos de los interesados en el acto administrativo, porque conocer la razón que sustenta la decisión, permite comprender su apego a la legalidad así como facilita el control (en vía de recurso administrativo o judicial) de la decisión

---

<sup>24</sup> “(...) la exigencia de la motivación es inapelable en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo una pieza esencial del Estado de Derecho como garantía ineludible del ciudadano en sus relaciones con la Administración, resultando, por ello, determinante la necesidad de acotar y asentar los rasgos fundamentales de la misma en una sociedad en la que el halo de la transparencia ha embargado la actuación de los poderes públicos.” (NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. *La motivación de los actos administrativos*. Prólogo de Eduardo Gamero Casado. Thomson Reuter. Aranzadi. 2017. p. 32-33).

<sup>25</sup> NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. Op. cit. p. 43.

<sup>26</sup> “La frontera, la línea divisoria entre el poder constitucionalmente legítimo y el que no lo es, está, pues, en las razones, que, en el primer caso, aportan una justificación objetiva a la decisión en que el poder se expresa y, en el segundo, o bien faltan o no pueden proporcionar esa imprescindible justificación, en la existencia, por lo tanto, de razones justificativas. Esta es la idea primigenia de lo arbitrario (...) No puede haber duda, pues, de que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos incorporado en nuestro ordenamiento fundamental (...) tiene el alcance y la significación antes destacados, primero como proscripción y erradicación de nuestro sistema jurídico-político del poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta y, después, como exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón. El único poder que la Constitución acepta como legítimo ha de ser, pues, el que se presente como resultado de unvoluntad racional.” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Quinta edición. Thomson-Civitas. 2008. p. 229-232).

<sup>27</sup> “(...) en los procedimientos aplicativos que tienen por objeto inmediato garantizar derechos e intereses individuales, en los que la respuesta material ya está predeterminada en la ley y la transparencia sirve a los fines de defensa y del ulterior control judicial, se exigirá una adecuada motivación de la resolución adoptada de los hechos y fundamentos de Derecho en los que se sustenta mientras que aquellos procedimientos en los que se decide lo que la ley no ha resuelto, donde se innova y se crea Derecho, la motivación adquiere sustantividad propia actuando como verdadera estrategia de la transparencia que se resuelve a través de un juicio en el que han de ponderarse bienes o intereses, como ocurre en el ejercicio de potestades discrecionales.” (NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. Op. cit. p. 168-169).

adoptada, garantizando de esta manera el derecho de defensa del interesado afectado, entre otros<sup>28</sup>.

Una decisión administrativa (sea un acto administrativo en sentido estricto o un acto de trámite) que carezca totalmente de motivación o que muestre una insuficiente o indebida motivación implicará una violación de los derechos del administrado afectado y deberá ser declarada nula, por lesionar derechos fundamentales del administrado, según lo tiene establecido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional<sup>29</sup>.

Esta exigencia de motivación es, incluso, más relevante en el caso del ejercicio de potestades discrecionales<sup>30</sup> ya que en estos casos la ley configura las potestades administrativas estableciendo un margen de apreciación en el órgano administrativo para que adopte, en un caso concreto, una previsión posible dentro de las opciones que la ley le permite<sup>31</sup>.

Para los efectos de esta monografía, esta discrecionalidad se aprecia en dos niveles: el primero, admitir la posibilidad de extender el plazo de duración de un procedimiento sancionador; el segundo, determinar el plazo exacto de dicha extensión que, en todo caso, no podrá ser superior a tres meses<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> “La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.” (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décimo novena edición. Civitas. Thomson-Reuters. 2020. Madrid. p. 612).

<sup>29</sup> “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, en los procesos administrativos sancionadores, la motivación <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>.” (Tribunal Constitucional. Expediente N° 01485-2018-PA/TC. Párrafo 11).

<sup>30</sup> “La potestad discrecional permite un margen de actuación a la Administración, que de forma deliberada le concede el legislador para que elija de entre diversas soluciones posibles, igual de válidas y justas, la que atienda del modo más satisfactorio al interés general (...) Los límites jurídicos del ejercicio de las potestades discrecionales no son solo de carácter sustantivo sino también organizativos y procedimentales y en atención a estos últimos, se puede afirmar que la potestad ha de ejercerse por el órgano competente a través de un procedimiento establecido y motivando expresamente la decisión que se adopte.” (NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. Op. cit. p. 356).

<sup>31</sup> “La motivación exige incorporar en todos los actos administrativos alguna referencia racional que permita colegir con facilidad los argumentos lógicos y concatenados que fundamentan dicha resolución administrativa. La motivación es una herramienta fundamental para justificar el debido ejercicio de una potestad discrecional, de modo que, si la decisión que la materializa no se motiva, el acto administrativo se encuentra en el campo de la arbitrariedad.” (GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda. *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021. p. 305).

<sup>32</sup> “La motivación del acto de ampliación del plazo máximo para resolver y notificar no puede, por un lado, basarse en condiciones genéricas sino por referencia singularizada a las circunstancias del caso y por otro, no puede adoptarse de forma apriorística, sino que procederá tan solo

Llegados a este punto corresponde discutir qué razones pueden justificar válidamente la ampliación del plazo de un procedimiento sancionador<sup>33</sup>.

Un primer grupo de razones por las cuales cabría disponer la ampliación del plazo de un procedimiento sancionador se encuentra en la ocurrencia de hechos ajenos a la voluntad de los intervinientes que tengan efectos, precisamente, sobre la posibilidad misma de su tramitación. Este sería el supuesto de la ocurrencia de eventos de fuerza mayor que hayan hecho imposible la tramitación de ciertas actuaciones procedimentales como, por ejemplo, una orden gubernamental que disponga la inamovilidad social y la suspensión de la actividad de las entidades públicas, un desastre natural, o cualquier evento que impida, materialmente, la continuación de un procedimiento, entre otros supuestos similares.

Un segundo grupo de razones estaría conformado por aquellos supuestos en los que se presentan situaciones que, de forma objetiva, han dificultado la instrucción del procedimiento sin que se presente un comportamiento de mala fe por parte de los administrados. Sería el caso, por ejemplo, de procedimientos en los que concurre un número elevado de sujetos denunciados, por lo que las actuaciones instructoras tomen más tiempo de lo habitual<sup>34</sup>; o en el caso que deban actuarse un elevado número de medios probatorios o que éstos resulten técnicamente complejos, como podría ser el caso de requerirse peritajes o informes profesionales; o en el caso que sea necesario realizar notificaciones en el extranjero; o, en fin, cualquier otro supuesto que, no siendo habitual o común, tampoco sea consecuencia de la mala fe de los participantes del procedimiento.

Un tercer grupo de razones sí que podrían estar relacionadas con la mala fe de un participante en el procedimiento. Este podría ser el caso, por ejemplo, de la presentación recurrente de recusaciones contra los funcionarios integrantes de un

---

después de haber agotado todos los medios pertinentes para resolver en el plazo establecido.” (NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. Op. cit. p. 250).

<sup>33</sup> “El tercer presupuesto es la justificación de la ampliación de la caducidad. Esto lleva a colegir que la voluntad del legislador es limitar el ámbito de discrecionalidad de la Administración en el momento en que analice si procede o no la ampliación. Desde el punto de vista del administrado, parece una decisión acertada y respetuosa del marco jurídico y las garantías de los administrados, ya que impondrá a la Administración el deber de sustentar debidamente sus razones y motivos para ampliar el plazo perentorio. De lo contrario, dicha decisión sería arbitraria y, evidentemente, cuestionable por aquel que haya sido afectado.” (SÁNCHEZ POVIS Lucio y VALVERDE ENCARNACIÓN, Gianpierre. Op. cit. p. 89)

<sup>34</sup> “En tal sentido, es evidente que, a la fecha, en el presente PAS el administrado cuenta con un plazo para ejercer su derecho a la defensa, mediante la presentación de sus descargos al Informe Final y su audiencia de informe oral no presencial, programada para el 08 de abril de 2022, que excede el plazo de caducidad del citado PAS. Asimismo, conforme se puede apreciar de lo descrito líneas supra, en el trámite del presente PAS, no se evidencia inacción en la Administración, toda vez que, permanentemente se impulsó su tramitación y se otorgaron los plazos pertinentes para las actuaciones del administrado. (...) Por consiguiente, a fin de que la Autoridad Decisora pueda emitir su pronunciamiento en un plazo razonable y en resguardo del derecho de defensa del administrado, comprendido dentro del principio del debido procedimiento, corresponde ampliar el plazo de caducidad del presente PAS por un periodo de quince (15) días calendario adicionales, es decir, hasta el 22 de abril de 2022, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 259° del TUO de la LPAG.” (Resolución Subdirectorial N° 110-2022-SFAP-OEFA).

órgano administrativo con competencia en el procedimiento sancionador. O la reiterada solicitud de postergación de actuaciones procedimentales.

Los casos descritos en los párrafos anteriores se refieren a situaciones ajenas a la voluntad o actuación de la Administración y exhiben una causa que podría fundamentar la extensión del plazo de tramitación de un procedimiento que no depende de la voluntad o del comportamiento de la propia Administración.

A diferencia de los ejemplos anteriores, no sería procedente alegar una circunstancia bajo el control o dominio de la propia Administración para justificar la ampliación del plazo de duración de un procedimiento sancionador, porque ello sería admitir que el incumplimiento del deber de impulso del procedimiento pudiera ser una razón válida para prolongar el efecto negativo que debe soportar el administrado por estar comprendido, precisamente, en un procedimiento sancionador.

Lo anterior se encuentra directamente relacionado con los alcances del principio de impulso de oficio<sup>35</sup>, el cual impone a las autoridades administrativas el deber de desarrollar un comportamiento activo en la realización de todas las acciones, materiales o procedimentales, que resulten necesarias para resolver en forma oportuna un procedimiento a su cargo<sup>36</sup>.

De esta manera, podemos concluir que únicamente motivos ajenos a la voluntad de la Administración o fuera de su capacidad de control podrían ser considerados como fundamentos válidos para justificar la decisión de ampliar el plazo de tramitación de un procedimiento sancionador.

Esta conclusión es consistente con la jurisprudencia comparada que señala que:

(...) la validez de la prolongación de un procedimiento (...) dependerá de la naturaleza y entidad efectiva de las circunstancias valoradas (...) sin que sea suficiente con su invocación formal, pues ha de constar su real incidencia en el discurrir del procedimiento. Por otro lado, tampoco bastan las que pueden ser consideradas ordinarias y previsibles y, desde luego, la constancia de la lentitud del mismo [procedimiento] excluye la procedencia de la prolongación.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo IV. Principios generales.

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

(...)

Principio de impulso de oficio. - Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento de las cuestiones necesarias.”

<sup>36</sup> JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. „Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo“. En *Derecho-PUCP*. N° 67. 2011. p. 189-206.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español 402/2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

De ello se desprende que un argumento inconsistente sería aquel que propone como causa de la extensión del plazo de tramitación de un procedimiento, la necesidad de concluir con las actuaciones de instrucción sin explicar cómo o por qué dichas actuaciones no se han podido realizar. Ante la falta de una razón que lo justifique, estaríamos, más bien, ante la consecuencia de la propia inactividad formal en que ha incurrido la Administración, es decir, la imposibilidad de concluir oportunamente con las actuaciones de instrucción del procedimiento.

Si se admitiera como válido este argumento, no existiría incentivo para que la Administración cumpla sus actuaciones de instrucción en los plazos legalmente establecidos porque siempre podría fundamentar en ese incumplimiento la necesidad de extender el plazo del procedimiento sancionador. Este razonamiento, además, dejaría sin contenido la exigencia de celeridad y eficiencia que forma parte del contenido del principio de impulso de oficio reconocido por el TUO LPAG.

Tratándose de una atribución extraordinaria (“Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional ...”), la interpretación de sus alcances debe ser igualmente restrictiva y no debe permitirse la utilización de razones más bien ordinarias, recurrentes o previsibles para justificar la extensión del plazo de tramitación, pues el resultado sería, precisamente, la desnaturalización del citado carácter excepcional de la ampliación del plazo de duración de los procedimientos sancionadores<sup>38</sup>.

Este sería el caso de un procedimiento en el que se evidenciara una inactividad durante ocho meses y que, con motivo de dicha inactividad, se extendiera el plazo para su resolución. En la medida en que no se acredite ninguna razón que explique las razones por las cuales se produjo dicha inactividad, resulta jurídicamente imposible aludir a ella para justificar la decisión de ampliar el plazo de duración del procedimiento.

Como lo hemos señalado anteriormente, el TUO LPAG configura como una potestad discrecional la extensión del plazo del procedimiento sancionador. Por lo tanto, si la ley permite que la Administración pueda decidir la extensión del plazo del procedimiento sancionador hasta en tres meses adicionales, constituye una exigencia legal ineludible explicitar las razones por las cuales la Administración opta por un plazo determinado, especialmente si ha decidido extenderlo hasta el máximo legal.

---

<sup>38</sup> En el mismo sentido, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo español 402/2020, se ha señalado que: “Lo interesante de este pronunciamiento del Tribunal Supremo es la interpretación tan restrictiva que hace de la motivación por circunstancias excepcionales (...)” (LOZANO CUTANDA, Blanca. ¿Cuándo puede la Administración ampliar el plazo para resolver y evitar así la caducidad del procedimiento sancionador o restrictivo de derechos? Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/Cua%CC%81ndo-puede-la-Administracio%CC%81n-ampliar-el-plazo-.pdf>)

Lo anteriormente expuesto se encuentra en sintonía con los criterios utilizados por algunos tribunales administrativos<sup>39</sup>.

Así, por ejemplo, en relación a la necesidad de extender el plazo del trámite de un procedimiento sancionador con el fin de cumplir con emitir el informe final de instrucción y la posterior resolución final, el citado Tribunal ha señalado que:

Asimismo, con relación al tiempo que requería la Autoridad para emitir el I[nforme] F[inal] de I[nstrucción], la Resolución Directoral, así como a efectos de otorgar al administrado el plazo legal para que este pueda formular sus descargos, presentar medios probatorios para un mejor resolver, en atención al debido procedimiento y el derecho de defensa, es preciso señalar que dichas actuaciones son ordinarias y propias de todo procedimiento administrativo sancionador; por lo que no constituye un sustento válido para prorrogar el plazo de caducidad administrativa (...) En ese sentido, la ampliación de la caducidad administrativa no puede sustentarse en la falta de realización de actuaciones que no se realizaron de manera oportuna como consecuencia de una demora injustificada (...) siendo este un hecho únicamente atribuible a la misma Administración.<sup>40</sup>

En relación con la exigencia de motivación del acto que dispone la ampliación del plazo para la tramitación del procedimiento sancionador, el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha señalado que:

(...) considera importante precisar que la resolución de ampliación del plazo de caducidad administrativa debe exponer los motivos por los cuales se requiere la prórroga excepcional del plazo primigenio; así como sustentar el plazo prorrogado, reflejando el tiempo que razonablemente se requiera a fin de cumplir con las actuaciones que se precisen –detalladas y que brinden sustento de la referida ampliación de caducidad administrativa.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Las normas sobre la caducidad del procedimiento sancionador se encuentran establecidas por el TUO LPAG, por lo que las normas sectoriales, ordinariamente de rango reglamentario, no pueden reducir sus alcances. Además, el propio TUO LPAG no permite que las normas especiales puedan establecer condiciones menos favorables para los administrados. Por este motivo, resulta ilustrativo conocer la interpretación utilizada por otros tribunales administrativos respecto de las normas de caducidad.

<sup>40</sup> Resolución N° 098-2021-OEFA/TFA-SE. En el mismo sentido, la Resolución N° 180-2020-OEFA/TFA-SE, señala lo siguiente: "(...) con relación al tiempo que requería la Autoridad para emitir el Informe Final de Instrucción, así como el que precisaba a efectos de otorgar al administrado el plazo legal para que este pueda formular sus descargos a dicho pronunciamiento, es preciso señalar que, dichas actuaciones son ordinarias y propias de todo PAS (...) que conforme a lo desarrollado, pudo realizarse dentro del plazo primigenio, por lo que no constituye un sustento válido para prorrogar el plazo de caducidad administrativa."

<sup>41</sup> Resolución N° 098-2021-OEFA/TFA-SE. En el mismo sentido, el Tribunal de Fiscalización Ambiental ha señalado que: "En efecto, dicha motivación reviste especial importancia en dos supuestos de la referida ampliación: i) en el sustento de la ampliación en sí misma; y, ii) la justificación del plazo prorrogado; sobre este último punto, la Autoridad tiene la facultad de establecer un determinado periodo de tiempo, que puede ser prolongado hasta tres (3) meses, por lo que su decisión debe reflejar el tiempo que razonablemente se requiera a fin de cumplir con las actuaciones que se precisen." (Resolución N° 223-2021-OEFA-TFA/SE).

Adicionalmente, debe tenerse presente que la posibilidad de extender el plazo de tramitación del procedimiento sancionador es una excepción a la regla general, que fija el plazo en nueve meses, por lo que: "(...) la excepcionalidad de esta medida lleva consigo interpretar de manera restrictiva los supuestos en los que es posible su aplicación; en ello radica la exigencia de que la Autoridad exteriorice las razones que fundamentan y respaldan su decisión, a efectos de verificar si, en efecto, las circunstancias que rodean el caso en concreto plantean la necesidad de la ampliación del plazo primigenio."<sup>42</sup>

El TUO LPAG establece que la motivación es un requisito de validez del acto administrativo<sup>43</sup> y, en consecuencia con ello, su omisión constituye una causal de nulidad del mismo<sup>44</sup> y la doctrina nacional así lo ha considerado<sup>45</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha fijado, en una larga y consistente línea interpretativa, las lesiones de derechos y principios constitucionales que la falta de motivación del acto administrativo implica, al señalar que: "El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad; presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación

---

<sup>42</sup> Resolución N° 257-2021-OEFA/TFA-SE.

<sup>43</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4.- Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."

<sup>44</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 10°.- Causales de nulidad.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

El defecto o la omisión de algunos de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°."

<sup>45</sup> "(...) si se pretende caracterizar el régimen jurídico peruano de la motivación, puede afirmarse que él mismo establece la regla general de la obligatoriedad de la motivación así como los supuestos de excepción, y que se ha valorado este instituto jurídico como un elemento esencial intrínseco del acto administrativo y sustento de su validez, con lo que se ha asumido una postura garantista respecto de las relaciones que mantiene la Administración con el administrado." (ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La resolución en el procedimiento sancionador y el derecho de defensa. en ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Víctor BACA ONETO (Coordinadores). *La Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de ponencias de las jornadas por los diez años de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Palestra Editores. Lima. 2011. p. 356).

administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.”<sup>46</sup>

### **iii. Efectos de la caducidad del procedimiento sancionador**

Una vez transcurrido el plazo del procedimiento (sea el ordinario o el extendido) sin que se haya emitido y notificado la correspondiente resolución final acaecerá, sin necesidad de declaración alguna, la caducidad del procedimiento, concluyéndose de forma definitiva.

Para que se produzca tal efecto, no es necesario que el administrado lo solicite ni, por supuesto, que la autoridad lo declare formalmente. Basta, pues, el mero transcurso del plazo aunque, como es evidente, para disponer la conclusión del procedimiento y el correspondiente archivo, sí que será necesaria una resolución expresa que lo establezca.

Además, eventualmente, habría que determinar si se configuran los supuestos que habiliten considerar la existencia de responsabilidad administrativa en los funcionarios responsables de que haya acaecido dicha caducidad procedimental.

Una vez vencido el plazo para la conclusión del procedimiento sancionador sin que se haya cumplido con notificar la resolución final, si la autoridad administrativa emite un acto administrativo o procede a notificarlo, deberá considerarse que dichas actuaciones son nulas, en tanto la autoridad administrativa ha perdido competencia porque ha transcurrido el plazo en que podía ejercerla.

Hay, sin embargo, una precisión que el TUO LPAG introduce en el tratamiento de los efectos de la caducidad. Aunque se establece que el procedimiento debe concluir y disponerse su archivo, el artículo 259.4 del TUO LPAG permite que las medidas preventivas, correctivas y cautelares<sup>47</sup> que se hubieran dictado mantengan su vigencia durante tres meses, a la espera del inicio de un nuevo procedimiento sancionador<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N° 03670-2014-PA/TC. Párrafo 6.

<sup>47</sup> Hemos abordado la cuestión relativa al sentido y contenido de los conceptos de medidas correctivas, medidas preventivas y medidas cautelares en nuestro trabajo *Las medidas administrativas para la protección ambiental según la legislación peruana*. (TIRADO BARRERA, José Antonio. *La actividad de fiscalización en el procedimiento administrativo peruano*. ESAN Ediciones. Lima 2022. p 115-156).

<sup>48</sup> “Evidentemente se trata de un intento de debilitar los efectos de la caducidad como un instrumento útil para garantizar el derecho al plazo razonable y una innecesaria tolerancia a la pereza administrativa. Carece de ningún sentido dogmático afirmar que un procedimiento administrativo sancionador ha caducado pero queden vigentes sus resoluciones incidentales, como son las medidas correctivas, las preventivas y las cautelares dictadas durante su vigencia. Es una ficción legal dispuesta por la norma, que se agrava además porque se les da un plazo de supervivencia anómalo por tres meses adicionales.” (MORON URBINA, Juan Carlos. Op. cit. p. 541).

**iv. La caducidad de un procedimiento sancionador y las consecuencias respecto de la prescripción de las infracciones imputadas inicialmente por aquél**

Si la caducidad del procedimiento tiene como consecuencia la conclusión del mismo aún falta determinar qué consecuencias se derivan de dicha situación pues, como es obvio, el inicio de un procedimiento sancionador tiene ciertos efectos sobre la situación jurídica creada por la comisión de una infracción, destacadamente, la interrupción del decurso del plazo prescriptorio.

En una situación ordinaria, la notificación de la imputación de cargos tiene como consecuencia que el plazo de prescripción de una infracción se vea suspendido, es decir, que el cómputo del plazo transcurrido desde la fecha de la comisión de la infracción se detiene, pudiendo retomarse dicho cómputo (adicionando al ya transcurrido el plazo que empieza a correr nuevamente) cuando, como lo establece el artículo 252.2 TUO LPAG, el trámite del procedimiento se mantuviera paralizado por 25 días hábiles sin responsabilidad del imputado.

En el caso que el procedimiento caducara, aparece la discusión sobre qué efectos tiene dicha caducidad sobre el cómputo del plazo de prescripción. Si se asumiera que la caducidad no produce ningún efecto sobre el cálculo del plazo de prescripción, entonces entenderíamos que el procedimiento caducado mantiene una de sus principales consecuencias; por el contrario, si admitiéramos que la caducidad del procedimiento tiene como consecuencia que no debe tomarse en cuenta el efecto suspensivo sobre el cómputo de la prescripción, inevitablemente el plazo del procedimiento ahora caducado (de ordinario, 9 meses o más si hubiera sido ampliado) tendría necesariamente que adicionarse al plazo transcurrido desde la comisión de la infracción hasta la fecha de notificación de la imputación de cargos.

Cada una de estas opciones tiene efectos distintos: en el primer caso, el comportamiento negligente o doloso de la Administración no produciría ningún efecto en su contra y mantendría, a pesar de esta actuación ilegal, los efectos gravosos sobre el imputado porque éste tendría que seguir soportando el efecto de un posible procedimiento sancionador en su contra; en el segundo caso, la negligencia de la Administración tendría una consecuencia favorable para el imputado que, ahora, podrá adicionar al cómputo del plazo de prescripción ya iniciado, el plazo de duración del procedimiento ahora caducado, lo que puede producir, en ciertas circunstancias la prescripción de la infracción inicialmente imputada<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> En una situación extrema, si el procedimiento sancionador fue iniciado una vez transcurrido 3 años y 6 meses de la comisión de una infracción y se declara su caducidad, a dicho plazo se tendrá que agregar el de duración del procedimiento caducado (por ejemplo, 9 meses), dando lugar a que se sumen dichos plazos y se supere el plazo ordinario de prescripción de las infracciones, que es de 4 años.

La doctrina se inclina a aceptar que la caducidad del procedimiento tiene como consecuencia eliminar todo efecto suspensivo del plazo de prescripción de la infracción imputada porque:

Si hay algo indiscutido es que el procedimiento caducado no interrumpe la prescripción. A estos efectos, si puede decirse que <el procedimiento caducado se hace inexistente>. Tampoco tendrán efectos interruptivos las actuaciones tendentes a la ejecución de la resolución inválida por caducidad. Y, por supuesto, si la Administración negó la caducidad y sólo se consigue su declaración con sentencia tras recurso contencioso administrativo, ese recurso no interrumpe la prescripción y durante el tiempo transcurrido antes de la sentencia habrá corrido el plazo de prescripción.<sup>50</sup>

**v. Acerca del reinicio del procedimiento caducado y la garantía del non bis in idem**

Una vez declarada la caducidad de un procedimiento se abre la cuestión respecto de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento respecto de los mismos hechos. Nuestra ley procedimental lo admite sin ambigüedades en su artículo 259.4

Ahora bien, que el TUO LPAG lo admita no significa que se trate de una cuestión pacífica, pues cabría formular contra esta posibilidad que el inicio de un nuevo procedimiento sancionador implicaría una lesión al principio non bis in idem y que, estrechamente vinculado a lo anterior, la posibilidad de reabrir o reiniciar un procedimiento caducado priva de todo contenido a la institución de la caducidad del procedimiento<sup>51</sup>.

La garantía del non bis in idem contempla una vertiente procedimental que prohíbe la sucesión de procedimientos sancionadores dirigidos contra el mismo sujeto, por los mismos hechos y por el mismo fundamento jurídico<sup>52</sup>. Aunque la garantía del non bis in idem plantea diversos problemas<sup>53</sup>, en este punto podemos

<sup>50</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit. p. 269.

<sup>51</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. Op. cit. p. 261-262.

<sup>52</sup> “El sometimiento a un proceso o procedimiento supone por sí mismo (sin necesidad de imponer sanción alguna) una carga o gravamen para el ciudadano, por lo que su reiteración por unos mismos hechos carecerá normalmente de justificación y se traducirá en un atentado a los principios de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica. La prohibición de enjuiciar varias veces los mismos hechos no sólo garantiza tales principios, sino que evita, además, la posibilidad de una doble sanción y que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio (18). Comparto, por ello, la opinión de quienes consideran que el non bis in idem constituye un principio que no sólo prohíbe la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos, sino también su doble enjuiciamiento (penal o administrativo).” (CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador. En *Revista de Administración Pública*. N° 156. 2001. p. 200).

<sup>53</sup> Sobre el contenido de la garantía del non bis in idem y sus distintos alcances y perspectivas ver: ALARCON SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel. Madrid. 2008; BUENO ARMIJO, Antonio. “Non bis in idem en el Derecho europeo: garantía sustancial y procesal”. En MONTAÑA PLATA, Alberto y Jorge Iván RINCON CORDOBA (Editores). *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018. p. 951-994; BUENO ARMIJO,

detenernos en el supuesto más recurrente amparado por el TUO LPAG, que no es otro sino la posibilidad de disponer el inicio de un nuevo procedimiento sancionador exactamente idéntico al caducado<sup>54</sup>.

La razón de ser de la prohibición de la sucesión de procedimientos sancionadores se encuentra en la necesidad de garantizar al administrado que el ejercicio de la potestad sancionadora se conduzca de forma proporcional y no implique una respuesta punitiva exagerada o desorbitada respecto de la lesión de los bienes jurídicos afectados<sup>55</sup>.

De esta manera, si se admite la sucesión de procedimientos sancionadores, seguidos contra el mismo sujeto, por los mismos hechos y por el mismo fundamento, como lo hace el TUO LPAG, se termina poniendo en cuestión la vigencia de la vertiente procedimental de la garantía del non bis in idem, el cual, de esta forma, terminaría vaciado de contenido.

Por otro lado, pero muy estrechamente vinculada a esta cuestión, resulta sorprendente constatar que, si el fundamento de la caducidad procedimental es fijar una garantía a favor del administrado para impulsar la actuación administrativa en el plazo legal, el régimen legal de la caducidad permita que el administrado continúe sujeto a los efectos desfavorables que todo procedimiento sancionador implica, como consecuencia del posible inicio de un nuevo procedimiento<sup>56</sup>.

Así, se ha señalado que: “(...) resulta inadmisibles que le acusado tenga que pagar con una nueva pena de banquillo por haber sufrido un primer procedimiento administrativo carente de las debidas garantías o aquejado de un vicio esencial, máxime cuando este vicio no le es imputable a él, sino a la Administración que ha

---

Antonio. El principio <non bis in idem> en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español. en REBOLLO PUIG, Manuel y otros (Directores) *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (2021). Civitas. Thomson Reuters. Navarra. 2021. p. 271-307; CANO CAMPOS, Tomás. Los claroscuros del non bis in idem en el espacio jurídico europeo. en REBOLLO PUIG, Manuel y otros (Directores). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*. Civitas. Thomson-Reuters. Navarra. 2022. p. 27-69; GOMEZ TOMILLO, Manuel. “Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH”. En *InDret*. N° 2. 2020. p. 421-456; VIGNOLO CUEVA, Orlando. “La reducción a la mínima expresión del non bis in idem en el régimen disciplinario peruano”. En DANOS ORDOÑEZ, Jorge y otros (Coordinadores). *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional del Derecho Administrativo*. Thomson Reuters. Lima. 2014. p. 387-413.

<sup>54</sup> No es casual que el TUO LPAG establezca que las medidas correctivas dictadas en el procedimiento caducado se mantengan vigentes durante tres meses luego de la declaración de caducidad, a la espera, digámoslo amablemente, del inicio de un nuevo procedimiento.

<sup>55</sup> “El fundamento de la prohibición de bis in idem reside realmente en la desproporción y arbitrariedad que implica la imposición de dos o más sanciones por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento en dos o más procesos o procedimientos.” (CANO CAMPOS, Tomás. Op. cit. p. 202).

<sup>56</sup> “(...) esta facultad de incoar nuevo procedimiento no solo devasta la virtualidad de la caducidad sino que es contraproducente; o sea, que el remedio es peor que la enfermedad porque agrava la lesión del derecho de las personas a que sus asuntos sean resueltos por la Administración en un plazo razonable. La resolución real se retrasará aún más que si se permitiera a la Administración culminar el procedimiento con algún retraso.” (REBOLLO PUIG, Manuel. Op. cit. p. 264).

incumplido la obligación de ejercer su potestad sancionadora en los términos establecidos por la ley. De esta manera, no se crean los incentivos adecuados para que la Administración cumpla puntualmente su obligación de resolver sobre el fondo y notificar la resolución adoptada.”<sup>57</sup>

Lamentablemente, esta es una cuestión que difícilmente podrá revertirse, al menos en el corto plazo, porque no solo se encuentra recogida taxativamente en la ley sino que es admitida, con amplitud, en el derecho comparado a pesar de las serias objeciones a las que se enfrenta.

#### **vi. La caducidad en procedimientos donde intervienen dos o más imputados**

Una cuestión no tratada específicamente por el TUO LPAG es la relativa a la aplicación de la caducidad en procedimientos donde intervienen dos o más imputados.

No es inusual que el ordenamiento contemple ciertas infracciones administrativas en las que deban concurrir la conducta de dos o más sujetos para la configuración de la infracción (por ejemplo, los acuerdos colusorios en materia de conductas anticompetitivas, o las infracciones en materia de publicidad comercial que pueden involucrar al anunciante, al medio de comunicación social y a la agencia de publicidad, de ser el caso) o los casos en que se admita la responsabilidad conjunta de una persona jurídica y sus representantes legales (como ocurre en materia de conductas anticompetitivas, protección al consumidor, banca y seguros).

En todos estos supuestos, es perfectamente posible que se inicie un procedimiento sancionador donde sean imputados dos o más sujetos. Evidentemente, cada uno de ellos, por tratarse de sujetos de derecho autónomos, tendrá que ser notificado de la correspondiente imputación de cargos (que podría contener una apreciación parcialmente distinta de los hechos imputados a cada uno y de su nivel de responsabilidad en la comisión del ilícito).

A partir de esta constatación, cabe preguntarse cuál es la respuesta al caso en que la notificación de los cargos a dos o más sujetos imputados se haya realizado en fechas diferentes y si, de esa situación, se deriva la posibilidad de que el cómputo del plazo de caducidad tenga que realizarse respecto de cada imputado o, por el contrario, deba efectuarse de manera común.

El TUO LPAG no ofrece ninguna respuesta a esta cuestión y es posible que ninguna opción ofrezca una solución plenamente satisfactoria. Así, es posible encontrar, por lo menos, tres alternativas de solución a este problema: la primera, considerar que el plazo de caducidad se aplica para cada sujeto imputado, por lo que las vicisitudes de uno no afecten a los demás; la segunda, optar por considerar que el procedimiento se ha iniciado con la primera notificación realizada y

---

<sup>57</sup> DOMENECH PASCUAL, Gabriel. “¿Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento administrativo sancionador caducado?” En *Revista Española de Derecho Administrativo*. N° 136. 2007. p. 753.

computar el plazo de caducidad desde ese momento para todos los imputados; la tercera opción sería la contraria a la anterior, considerando que el procedimiento recién se inicia con la notificación al último de los interesados, de tal modo que es recién cuando se haya diligenciado la puesta en conocimiento de la imputación de cargos a todos los imputados es que se entenderá iniciado el procedimiento así como el inicio del cómputo del plazo de caducidad.

Con la primera opción se afecta la unidad del procedimiento que, por más que hayan distintos imputados, expresa un tratamiento uniforme de una cuestión igualmente uniforme, porque la razón por la cual se ven comprendidos en un procedimiento es por el rol que dichos sujetos han desempeñado en la configuración de la infracción, lo que obliga a su procesamiento en conjunto.

En el caso de la segunda opción se produciría una situación paradójica, pues se entendería iniciado un procedimiento respecto de quienes todavía no han sido notificados de la imputación de cargos, pudiendo generarse una situación injustificada a su favor, pues ganarán un plazo (el que transcurra entre la notificación al primer imputado y la notificación a cada uno de los demás) que los beneficiaría sin que exista razón para ello.

Y en el caso de la tercera opción, se produciría un perjuicio injustificado pues, al postergarse el cómputo de la caducidad hasta el momento de la notificación del último de los imputados, el primer sujeto imputado y notificado verá que el plazo de caducidad no empezará a correr hasta que la Administración no cumpla con aquella notificación (y podría estar interesada en demorarse en realizar dicha notificación)<sup>58</sup>.

Como se puede apreciar, pues, todas estas opciones generan efectos negativos, no son opciones libres de críticas y producen distorsiones en el procedimiento, pero si hubiera que optar por la opción menos problemática sería necesario considerar que lo menos lesivo a los derechos de los imputados es considerar que el plazo de caducidad corresponde a cada sujeto imputado, aún cuando esta opción de lugar a complicar la conducción del procedimiento a la autoridad administrativa. Pero ello siempre será mejor que cargar a los administrados las consecuencias desfavorables de facilitarle el cumplimiento de sus tareas a la Administración<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Esta es la sorprendente (y manifiestamente ilegal) opción adoptada por una simple directiva emitida por el Indecopi que regula los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor. Ver: ALEJOS GUZMAN, Oscar. La caducidad del procedimiento sancionador en el Perú. en *Derecho & Sociedad*. N° 54. Volumen I. 2020. p. 423-424.

<sup>59</sup> Esta es la opción adoptada por una sentencia del Tribunal Supremo español que, también, llama la atención de Manuel Rebollo Puig por las inconsistencias que se pueden producir. (REBOLLO PUIG, Manuel. Op. cit. p. 242).

## vii. La caducidad del procedimiento sancionador donde interviene un denunciante interesado

El último de los problemas que vamos a revisar es el relativo a la aplicación de las normas de caducidad del procedimiento sancionador en los casos en que intervenga un denunciante interesado.

Existen procedimientos sancionadores donde, además de la protección de los intereses generales, cuya tutela tiene asignada la Administración, pueden intervenir otros sujetos administrados distintos del imputado. La intervención de estos sujetos administrados habitualmente se encuentra justificada por la posibilidad de obtener una declaración jurídica con efectos favorables para sus intereses, como ocurre normalmente cuando del procedimiento sancionador, además de la sanción, sea posible conseguir la declaración de una medida correctiva que incida directa e inmediatamente en la posición jurídica de ese otro sujeto administrado (que habitualmente, pero no necesariamente, será el denunciante) o, también, cuando la declaración administrativa pueda servir de base o fundamento para una posterior pretensión indemnizatoria<sup>60</sup>.

A pesar de que la figura del denunciante interesado ha sido objeto de un tratamiento amplio desde hace ya algunos años<sup>61</sup>, en nuestra legislación ha merecido una escasa atención y en algunos regímenes sectoriales ha sido ignorada.

Uno de los casos en que la figura del denunciante interesado podría servir para ofrecer una solución armónica a algunos problemas procedimentales, pero donde no se le presta suficiente atención, es el régimen de protección al consumidor<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Hemos trabajado estas cuestiones en: TIRADO BARRERA, José Antonio. "Sanción, reposición e indemnización como consecuencias autónomas de la infracción administrativa: una lectura a partir del artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General". En *Revista de Derecho - Universidad de Piura*. 2016. Volumen 17. p. 51 - 87.

<sup>61</sup> Entre otros, puede consultarse: COBREROS MENDAZONA, Edorta. El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador. En SOSA WAGNER, Francisco (Coordinador). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. 2000. Tirant lo Blanch. Volumen II; DOMINGUEZ LUIS, Carlos. Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*. 2005. Nº 21. Disponible en [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1142296737844&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142296593940&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU&siteName=CM\\_Revista\\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142296737844&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142296593940&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU); GOSALBEZ PEQUEÑO, Humberto. Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?) en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Ricardo ALONSO GARCIA (Coordinadores). *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Volumen I. España. Liber Amicorum Tomás - Ramón Fernández*. Civitas - Thomson Reuters. 2012; MARTIN TIRADO, Richard. El rol del denunciante en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores. en *Praeceptum*. Año 1. Número 1. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Lima. 2014; REBOLLO PUIG, Manuel. Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador. en BARNES VASQUEZ, Javier (Coordinador). *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Civitas. Madrid. 1993.

<sup>62</sup> Hemos trabajado este problema en: TIRADO BARRERA, José Antonio. "El desestimamiento del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Especial énfasis en el caso del

A pesar de que el TUO LPAG se encuentra configurada como una norma común y de garantías mínimas aplicables para todo procedimiento sancionador, la participación de un denunciante interesado en el procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor ha motivado que distintas autoridades administrativas adopten decisiones, sin base legal suficiente, que alteran dicho carácter común y garantista del TUO LPAG, llegando al extremo de no aplicar la caducidad en este tipo de procedimientos.

Un ejemplo lo encontramos en el Acuerdo de Sala Plena N° 007-2018, del Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud – Susalud<sup>63</sup>, que señaló lo siguiente:

El usuario o consumidor al presentar su queja pretende una medida correctiva, por ende la diferencia del procedimiento trilateral respecto del PAS (procedimiento administrativo sancionador) está en el interés, toda vez que la actividad del primero es producto de una queja, motivada por un interés particular o privado. La LPAG si bien establece la caducidad para los procedimientos iniciados de oficio (PAS), los cuales poseen un interés público o común y persiguen una sanción por el incumplimiento normativo, sin embargo, en Susalud el procedimiento trilateral sancionador es uno especial, porque interviene el tercero (usuario) buscando tutela administrativa motivada por un interés particular, por lo que su inicio ya no es de oficio, pues incluso aquél tiene la atribución de impugnar en caso de denegación del trámite de su queja; lo que no sucede en un PAS puro.

En este párrafo se puede apreciar el punto central del problema: lo que le interesa al Tribunal de Susalud es evitar que el vencimiento del plazo de tramitación de un procedimiento impida la adopción de una medida correctiva a favor del denunciante, que sería lo único respecto de lo cual dicho denunciante tiene interés.

Sin embargo, ese objetivo no puede ser conseguido evitando la aplicación de la ley procedimental<sup>64</sup> que, como ya se ha señalado, tiene un carácter común para todo tipo de procedimiento y de base mínima de garantías en el caso del procedimiento sancionador, que ninguna norma especial puede reducir.

En primer lugar, no se ofrece ninguna razón por la cual el efecto garantista que posee la caducidad no debe aplicarse respecto del administrado imputado en un procedimiento sancionador que, como resulta obvio señalarlo, mantiene todos sus derechos procedimentales. Desconocer el derecho de uno para asegurar el derecho de otro, sin base normativa, no es, precisamente, una forma razonable de interpretar las normas. En este escenario, la mera invocación del principio pro consumidor no debe ser utilizado como un comodín para ofrecer una solución (meramente aparente) para cualquier problema interpretativo<sup>65</sup>.

---

procedimiento sancionador de protección al consumidor”. En *Praeceptum*. N° 2. 2015. Indecopi. Lima. p. 105-143.

<sup>63</sup> Publicado en el diario oficial el 20 de diciembre de 2018.

<sup>64</sup> Nótese la forma en que esta resolución omite referirse a la figura del denunciante interesado.

<sup>65</sup> Como ocurre en esta resolución emitida por la Sala de Protección al Consumidor del Indecopi: “De esta forma, la caducidad en los procedimientos de oficio (por iniciativa de la autoridad)

Por otro lado, tan importante como este desconocimiento del carácter común y garantista del TUO LPAG lo es que se utilice un argumento contradictorio e inconsistente, pues si el fundamento para no aplicar la caducidad en los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor es que el denunciante interesado no pierda la oportunidad de obtener una medida correctiva a su favor como consecuencia del incumplimiento del plazo para resolver ¿por qué en los procedimientos sancionadores en que no existe un denunciante interesado sí se admite que pueda frustrarse la posibilidad de dictarse una medida correctiva dirigida, por ejemplo, a un número indeterminado de beneficiarios o, incluso, donde no se pueda identificar a un beneficio<sup>66</sup>?

Avanzando con este argumento, se tendría que afirmar que la caducidad de cualquier procedimiento sancionador siempre es una medida perjudicial porque limitaría la capacidad de la Administración de proteger los intereses generales puestos a su resguardo, lo que, como es claro advertir, no es afirmado o sostenido por ningún autor.

Aunque estos criterios contrarios a la ley gozan de aceptación, incluso, en sede jurisdiccional<sup>67</sup>, es evidente que una buena intención no basta para justificar la inaplicación de una norma legal. Se trata de interpretaciones contra el texto expreso de la ley, sin una justificación razonable y consistente, que tiene por consecuencia el desconocimiento o el vaciamiento de la figura de la caducidad del

---

garantiza al proveedor denunciado contar con una decisión sobre su responsabilidad dentro de un plazo específico y a la vez promueve la proactividad y eficiencia de la Administración Pública en la persecución de una infracción, siendo distinto el caso de los procedimientos iniciados a solicitud de parte, pues es un procedimiento que tiene una naturaleza especial, ya que el consumidor tiene la expectativa de la tutela por parte de la administración. En efecto, cuando se trata de un procedimiento por iniciativa de parte, en este caso un consumidor, esta Sala considera que no se podría aplicar la caducidad del procedimiento, pues se estaría castigando a un consumidor interesado -que ha acudido a la autoridad administrativa para la tutela de un derecho- por una circunstancia que no le es atribuible (la falta de actuación oportuna de la autoridad). En este punto conviene tener en cuenta el Principio Pro Consumidor, el cual establece lo siguiente: 'Principio Pro Consumidor. En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor. Por ende, a criterio de este Colegiado, las disposiciones sobre caducidad, contenidas en el artículo 257° del TUO de la LPAG, deben ser entendidas, como aplicables únicamente a aquellos procedimientos de oficio por iniciativa de la autoridad, pues en estos procedimientos: (i) no existe una pretensión particular de un consumidor que se vea perjudicado por la falta de diligencia de la autoridad; y, (ii) constituye un mecanismo que opera en garantía del administrado (proveedor) quien tiene la expectativa de que exista un límite temporal para que su situación jurídica se vea resuelta'. (Resolución N° 0099-2019/SPC-INDECOPI de fecha 14 de enero de 2019). Tomamos la cita de SUPO CALDERON, Daniela y Ana Ximena DEL ROSARIO GAMERO. "Apuntes respecto al carácter de norma común de la Ley del Procedimiento Administrativo General en los procedimientos administrativos sancionadores en materia de protección al consumidor". En *Forseti. Revista de Derecho*. Volumen 8. N° 11. p. 137.)

<sup>66</sup> El mismo argumento cabría exhibir en casos donde no existe un interés individual o individualizable, como puede ocurrir, por ejemplo, en ciertas materias relativas a la protección del patrimonio cultural, donde se puede ordenar la adopción de medidas correctivas para resguardar la integridad de una edificación protegida.

<sup>67</sup> Por todas, la sentencia recaída en el Expediente N° 9926-2019, emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, con sub especialidad en temas de mercado, de fecha 31 de agosto de 2023. Disponible en: <https://lpderecho.pe/plazo-caducidad-aplicable-procedimientos-proteccion-consumidor-expediente-9926-2019/>

procedimiento e introducir una distorsión en el carácter común y garantista del TUO LPAG.

#### **IV. La caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas**

En el presente apartado nos dedicaremos a revisar la interpretación que de la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, han realizado la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia, órganos integrantes del Indecopi, en su condición de órganos encargados de la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>68</sup>.

Nos interesa analizar la forma en que se ha aplicado la figura de la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas porque se trata de un sector de referencia, particularmente sensible y especializado y que, como se apreciará, obligó a las autoridades competentes a adoptar decisiones desde, prácticamente el momento mismo de la incorporación de la caducidad del procedimiento sancionador en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

##### **i. ¿Cómo han interpretado los órganos resolutivos en defensa de la competencia las normas sobre caducidad del procedimiento sancionador?**

Para el caso del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, el primer momento en que discutió la aplicación de la caducidad fue a propósito de la Consulta Jurídica N° 015-2017-JUS/DGDNCR, emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a solicitud del Indecopi entidad que requirió formalmente: “(...) opinión sobre los alcances del artículo 257 del TUO de la Ley N° 27444 y los procedimientos tramitados bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Legislativo N° 1034 (...)”<sup>69</sup>

A efectos de abordar esta cuestión, la Consulta Jurídica, luego de dar cuenta de algunos de los aspectos teóricos de la figura de la caducidad, ingresa directamente a la determinación del plazo de caducidad en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, señalando lo siguiente: “El Título V del Decreto Legislativo N° 1034, se encarga de regular el procedimiento administrativo sancionador en materia de represión de conductas anticompetitivas. Si bien dicho título no establece de forma precisa el plazo de caducidad del procedimiento

---

<sup>68</sup> Mediante el Decreto Legislativo N° 1034 se aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en el año 2008. Años después, luego de algunas modificaciones, se aprobó, mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Debe tenerse presente que, mediante la Ley N° 3112 se aprobó la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, y esta Ley remite su régimen sancionador al procedimiento establecido por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

<sup>69</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consulta Jurídica N° 015-2017-JUS/DGDNCR. p. 1.

sancionador, este plazo lo podemos sacar [sic] del iter procedimental establecida en la citada norma.”<sup>70</sup>

Como se puede apreciar, para el Ministerio de Justicia es claro que el Decreto Legislativo N° 1034 no establece de forma precisa el plazo de caducidad aplicable a los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Justicia se permite afirmar que dicho plazo se puede *sacar* [sic] o *extraer* del conjunto de etapas procedimentales establecidas por dicha norma, sin haber ofrecido una razón que explique o justifique esta conclusión.

En otras palabras, aunque el Ministerio de Justicia es consciente que el Decreto Legislativo 1034 no establece un plazo de caducidad de forma expresa y literal, se propone obtenerlo por vía interpretativa, aunque no ofrezca, repetimos, razón alguna que así lo permita fundamentar.

De este modo, la Consulta Jurídica N° 015-2017-JUS/DGDNCR procede directamente a sumar los plazos establecidos legalmente para cada una de las etapas procedimentales de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para señalar inmediatamente que:

(...) los plazos para la tramitación del procedimiento administrativo sancionador en materia de represión de conductas anticompetitivas, contados a partir de la contestación de la demanda [sic], transitando por la etapa de instrucción, la emisión del informe técnico, hasta la resolución final en primera instancia, *establecen un plazo que supera los 427 días calendario* para la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, tal como sustenta el memorando 056-2017/ST-CLC-INDECOPI (...)

De este modo, la Consulta Jurídica -siguiendo el criterio expuesto por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia al momento de formular la consulta- obtiene un plazo de caducidad a partir de la sumatoria de los plazos establecidos para cada una de las etapas procedimentales previstas por el Decreto Legislativo N° 1034, aun cuando esta norma en ningún momento utiliza el término *caducidad* ni tampoco contempla alguna disposición de la cual se pueda desprender, de manera directa o indirecta, alguna consecuencia respecto del incumplimiento de los plazos por ella establecidos.

Como bien se puede entender, la Consulta Jurídica que hemos reseñado se limita a afirmar que el Decreto Legislativo N° 1034 contempla un plazo de caducidad sin ofrecer ninguna razón que lo justifique.

Sin perjuicio del déficit argumentativo que exhibe la Consulta Jurídica N° 015-2017-JUS/DGDNCR, resulta importante conocerla porque refleja el criterio interpretativo utilizado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Competencia que, como se verá a continuación, resultará contradictorio con el

---

<sup>70</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consulta Jurídica N° 015-2017-JUS/DGDNCR. p. 4.

criterio que la propia Comisión de Defensa de la Libre Competencia asumirá, en un primer momento, sobre esta cuestión.

Un segundo hito relevante en esta materia lo encontramos en el Proyecto de Ley 2271/2017-PE, de fecha 20 de diciembre de 2017, sobre modificación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Antes de ingresar en el análisis de su contenido, es muy importante dar cuenta de un detalle formal que, a nuestro entender, es sumamente revelador, como es el hecho que este Proyecto y su Exposición de Motivos hayan sido visados y rubricados por la Comisión de Defensa de la Competencia del INDECOPI<sup>71</sup>. Este detalle demuestra que el órgano resolutor en materia de defensa de la competencia ofreció su respaldo, de forma explícita, al contenido y fundamento del citado proyecto normativo.

Este Proyecto de Ley contiene una serie de referencias a las características de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia, que sirven como fundamento para proponer la introducción de causales de suspensión del cómputo de plazos para resolver.

Así, se señala que: “(...) la reciente emisión del Decreto Legislativo 1272 ha introducido reglas de caducidad en la Ley del Procedimiento Administrativo General (aprobada mediante Ley 27444) con el plausible objetivo de impedir que los administrados se encuentren sujetos a procedimientos administrativos sancionadores de manera indefinida, promoviendo que la Administración Pública emita decisiones ajustadas a derecho, pero además oportunas, en el contexto de un procedimiento garantista.”<sup>72</sup>

Más adelante refiere que: “(...) debe considerarse que en la tramitación de los procedimientos sobre conductas anticompetitivas bajo el ámbito de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas suelen presentarse incidentes que objetivamente impiden la conclusión de alguna de sus etapas por razones ajenas a la autoridad instructora o resolutoria. Por ello, resulta imperativo establecer reglas claras y predecibles acerca del cómputo del plazo de los procedimientos para efectos de la aplicación del artículo 257 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...)”<sup>73</sup>

Además, deja expresamente establecido que: “(...) las reglas de caducidad introducidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General -aplicables de forma transversal a todos los procedimientos administrativos sancionadores-, buscan tutelar el derecho a un plazo razonable a favor del administrado, promoviendo una actuación diligente por parte de la autoridad a cargo del procedimiento (...)”<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> El texto original del Proyecto puede consultarse en <http://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021>

<sup>72</sup> Proyecto de Ley N° 2271/2017-PE. p. 5-6.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 7.

Finalmente, concluye afirmando que; “De hecho, cabe resaltar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no define propiamente un plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas contado a partir del inicio del procedimiento. La Ley únicamente regula una consecución de etapas, de las cuales la mayoría tiene plazos establecidos (...) la Ley no prevé un plazo máximo para resolver el procedimiento desde su inicio sino a partir de las alegaciones finales.”<sup>75</sup>

Como se puede comprender, sin dificultad, el Proyecto de Ley 2271/2017-PE no tiene por objeto la ampliación o extensión del plazo de caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, en la medida en que reconoce de forma expresa que ese plazo no se encuentra establecido legalmente. Su objeto se limita al establecimiento de causales de suspensión del cómputo de plazos de tramitación.

Así, pues, el Proyecto de Ley expresamente reconoce que: “(...) la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no define propiamente un plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas contado a partir del inicio del procedimiento.” y, por otro lado, afirma sin ambigüedades que: “(...) la Ley no prevé un plazo máximo para resolver el procedimiento desde su inicio sino a partir de las alegaciones finales.”

Resulta especialmente importante resaltar estas afirmaciones formuladas en el Proyecto de Ley 2271/2017-PE, debidamente visadas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, porque resultan contrarias a las conclusiones ofrecidas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el Memorándum 056-2017/ST-CLC, en relación a la existencia de un plazo para resolver los procedimientos sancionadores en materia de conductas anticompetitivas, conforme lo hemos expuesto líneas arriba<sup>76</sup>.

De igual modo, el texto del Proyecto de Ley 2271/2017-PE se distancia de lo expresado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la Consulta Jurídica 015-2017-JUS/DGDNCR, pues abandona, de forma absoluta, la tesis sobre la existencia de un supuesto plazo de caducidad en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas regulador por el Decreto Legislativo N° 1034.

Luego de estas vicisitudes extra procedimentales, la discusión sobre la eventual aplicación del plazo de caducidad del procedimiento sancionador establecido por el TULO LPAG aterrizó, como era inevitable, en un procedimiento que debía ser

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>76</sup> El Memorándum N° 056-2017/ST-CLC se envió adjunto a la Carta N° 216-2017/PRE-INDECOPI, recibida por el Ministerio de Justicia el día 9 de marzo de 2017, por lo que su emisión debió ser, necesariamente, anterior a dicha fecha. Por su parte, el Proyecto de Ley 2271/2017-PE se presentó ante el Congreso de la República el día 20 de diciembre de 2017. La secuencia temporal es relevante para confirmar que la posición de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es posterior en el tiempo a la expuesta por la Secretaría Técnica. Es decir, es plausible sostener que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia tuvo conocimiento del criterio de la Secretaría Técnica respecto de la existencia de un plazo de caducidad resultante de la simple sumatoria de plazos procedimentales y que lo descartó conscientemente.

resuelto por el órgano de primera instancia, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Ello, porque a partir de la vigencia formal del Decreto Legislativo N° 1272 (que ocurrió en el mes de diciembre de 2016) se inició el decurso del plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores, según las reglas establecidas por aquella norma. En este sentido, resultaba inevitable que, conforme se acercara el cumplimiento del plazo de un año establecido por la Disposición Complementaria Décima del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se presentara la oportunidad para discutir su aplicación en procedimientos específicos.

De este modo, la determinación y aplicación de las normas sobre caducidad de los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas fue una materia discutida y resuelta por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en una fecha cercana al primer año de vigencia del Decreto Legislativo N° 1272.

Ello ocurrió con la Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI, que se pronunció expresamente sobre la cuestión relativa a la aplicación de las normas de caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas. Antes de reseñar el sentido de su pronunciamiento, es particularmente importante tener presente que esta resolución final fue expedida con ocasión del Expediente N° 005-2014-CLC-INDECOPI, es decir, de un procedimiento iniciado ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia más de tres años antes.

La Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI, de fecha 7 de diciembre, ante el planteamiento de la caducidad del procedimiento, formulado por algunos de los denunciados señaló, expresamente, lo siguiente:

Conforme puede advertirse, los procedimientos administrativos sancionadores que se encontraban en trámite a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1272 (21 de diciembre de 2016) caducan en el plazo de un año de emitido dicho dispositivo legal, debido a que la propia norma ha otorgado una fecha perentoria para la entrada en vigencia de la regla de caducidad a los procedimientos en trámite. *Por tanto, considerando que el presente procedimiento se encontraba en trámite a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1272, su fecha de caducidad sería el 21 de diciembre de 2017. En ese sentido, no resultan aplicable al presente caso los plazos establecidos en el artículo 257 de la LPAG.*<sup>77</sup>

De esta manera, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia reconoció expresamente y sin género de dudas, que la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas se regía por el plazo establecido por el artículo 257° del TUO LPAG y su Décima Disposición Complementaria.

Cuando la Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI establece, de manera expresa y directa, que le corresponde aplicar los plazos de caducidad previsto por el TUO

---

<sup>77</sup> Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI, de fecha 7 de diciembre de 2017. Párrafos 182 y 183.

- LPAG del mismo modo descarta, por resultar contradictoria con su postura, la tesis sostenida por la Secretaría Técnica de la Comisión respecto de un supuesto plazo de caducidad previsto por el Decreto Legislativo N° 1034, que resultara de la sumatoria de los plazos de tramitación de las diversas etapas o fases del procedimiento<sup>78</sup>.

De este modo, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia deja sin ningún tipo de respaldo a la tesis defendida por su Secretaría Técnica.

Si lo anterior no fuera suficiente para reconocer la aplicación del régimen de caducidad establecido por el TUO-LPAG, la Comisión se pronunciará, de forma expresa y directa, sobre las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los plazos procedimentales establecidos en el Decreto Legislativo N° 1034. Es decir, abordará la cuestión relativa al incumplimiento de los plazos establecidos legalmente respecto de cada una de las etapas que configuran el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas.

En este sentido, la Comisión señaló lo siguiente:

A partir de la revisión de los plazos establecidos por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, esta Comisión ha podido constatar que efectivamente ha transcurrido un plazo mayor a los establecidos en dicha norma. Sin embargo, ello no conlleva a la conclusión inmediata o automática de la etapa o del procedimiento; y, menos aún, a la nulidad de las actuaciones efectuadas de forma posterior por el órgano instructor. Así, como se indicó anteriormente, el artículo 149 de la LPAG establece claramente que el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de una autoridad administrativa no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público. De este modo, la actuación administrativa fuera de término no queda afectada de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo. Además, en el presente caso, **los plazos legales establecidos por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no constituyen plazos perentorios en términos de la referida norma, toda vez que se ubican en el marco de un procedimiento administrativo sancionador y el dispositivo legal no contempla la nulidad en el supuesto de exceso del referido plazo**, pudiendo la Secretaría Técnica y la Comisión seguir ejerciendo sus facultades y obligaciones.<sup>79</sup>

Como puede apreciarse sin dificultad, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia concluyó que el incumplimiento de los plazos procedimentales establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no ocasionaba, en ningún caso, la nulidad de las actuaciones ni impedía la continuación de la tramitación del procedimiento en tanto no se cumpliera el plazo de caducidad.

---

<sup>78</sup> Es decir, desestima de plano la propuesta interpretativa expuesta en el Memorandum N° 056-2017/ST-CLC.

<sup>79</sup> Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI, de fecha 7 de diciembre de 2017. Párrafos 185 y 186.

La anterior afirmación le quita, igualmente, todo sentido al esfuerzo argumentativo desplegado por la Secretaría Técnica de la propia Comisión para explicar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contemplaba un conjunto de etapas procedimentales sometidas a plazos que, sumados todos ellos, arrojaban como conclusión un plazo máximo de duración cuyo incumplimiento tendría como consecuencia la caducidad del procedimiento, a pesar de que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no recoge, en ningún momento, la expresión “caducidad” o cualquier otra a la que se pudiera dotar de igual sentido.

En este mismo sentido, refuerza estas conclusiones el hecho que en el caso español (repetimos, utilizado como referente de nuestra legislación procedimental y de nuestra legislación en materia de defensa de la competencia) la caducidad del procedimiento estuviera ligada, exclusivamente, al cumplimiento del plazo máximo para resolver establecido por ley y no por el incumplimiento de los plazos de las etapas procedimentales internas<sup>80</sup>.

Todo lo anterior permite apreciar que, en el mes de diciembre del año 2017 la Comisión de Defensa de la Libre Competencia entendía, sin duda alguna, que el plazo de caducidad aplicable al procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas era el previsto por el TUO - LPAG y que cualquier incumplimiento de los plazos de tramitación previstos en el Decreto Legislativo N° 1034 no implicaba, desde ningún punto de vista, ni la nulidad de las actuaciones ni la conclusión del procedimiento.

Unos pocos meses después de este primer pronunciamiento, en el mes de mayo del año 2018 la Comisión de Defensa de la Libre Competencia tuvo ocasión de pronunciarse nuevamente sobre la aplicación de la caducidad en un procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas. Fue con motivo del Expediente N° 003-2017/CLC-INDECOPI, que se inició el día 13 de marzo de 2017.

Como se puede apreciar, en este caso nos encontramos ante un procedimiento sancionador iniciado con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, razón por la cual debió definir la aplicación del plazo de caducidad ordinario previsto por el TUO LPAG.

Confrontado con esta situación por algunos de los denunciados, la Comisión se pronunció respecto de la caducidad en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas en los siguientes términos:

En su escrito de alegatos al Informe Técnico, así como en el informe oral, [el sujeto imputado] ha indicado que la Comisión debe declarar la conclusión del presente procedimiento porque habría caducado. Ello, en aplicación de las reglas previstas por el artículo 257 de la Ley del Procedimiento

---

<sup>80</sup> “El reforzamiento del automatismo en el cómputo del plazo de caducidad se puso también de manifiesto en el rechazo implícito del legislador de 1999 (y también el de 1992) a basar la caducidad en el transcurso de plazos internos de tramitación, conectados o no con una situación de inacción administrativa: lo que cuenta a efectos de la caducidad, en lo sucesivo, es el transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento, no de sus plazos parciales internos.” (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit. p. 24).

Administrativo General, al no existir un plazo máximo para resolver en la norma especial y haber transcurrido más de nueve meses de haberse iniciado (o doce meses, contando con una ampliación de tres meses prevista en la referida Ley) (...) Para sustentar la inexistencia de un plazo máximo para resolver en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (...) hizo referencia al Proyecto de Ley 2271/2017-PE. Para esta Comisión no es posible compartir los argumentos sostenidos por [el sujeto imputado] sobre este punto. En particular, llama la atención de esta Comisión que (...) no solo realice una lectura errónea del citado Proyecto de Ley 2271/2017-PE, sino que desconozca los plazos legalmente establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (norma especial aplicable al presente procedimiento) (...) A diferencia de lo señalado por [el imputado], el Proyecto de Ley 2271/2017-PE únicamente reconoce que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no define <propriadamente> un plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo sancionado <contado a partir del inicio del procedimiento> sino que establece una <consecución de etapas> concatenadas, la mayoría de las cuales cuenta con plazos legalmente establecidos y cuya suma supera, en todo caso, los catorce meses contados a partir del inicio del procedimiento.<sup>81</sup>

Como puede apreciarse, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia se vio confrontada, muy rápidamente, a un nuevo caso en el cual tenía que analizar la aplicación del régimen legal de la caducidad de un procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas.

En esta segunda ocasión, apenas cinco meses después de la primera decisión al respecto y conformada por los mismos funcionarios integrantes<sup>82</sup>, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia adoptó una decisión completamente diferente respecto del mismo problema (la determinación del régimen legal de la caducidad de los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas) sin exponer ningún argumento que pudiera, eventualmente, justificar el apartamiento de su propia decisión anterior, la cual ni siquiera es citada por la Comisión.

Este pronunciamiento de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia configura una lesión del derecho fundamental a la igualdad, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, porque implica la existencia de dos pronunciamientos emitidos por la misma autoridad, respecto de la misma cuestión a resolver, que resultan contradictorios entre sí y que, además, no expone ninguna razón que pueda servir para justificar el tratamiento diferenciado que ahora ofrece la autoridad administrativa.

Si bien es cierto, la Constitución consagra que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y dicho mandato está orientado a asegurar un trato igualitario

---

<sup>81</sup> Resolución N° 030-2018-CLC, de fecha 14 de mayo de 2018. Párrafos 151 y siguientes.

<sup>82</sup> La Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI fue emitida por cuatro comisionados, mientras que la Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI fue emitida por tres de los comisionados que se habían pronunciado en el caso anterior.

a todas las personas sometidas al imperio de la ley, el principio de igualdad ha trascendido esta configuración formal y, sin dejar de reconocer la enorme importancia de su consagración, es preciso señalar que la protección del valor igualdad requiere ampliar su ámbito de acción, no solo al momento de la creación de la norma sino que también debe comprender el momento de la aplicación de la norma, completándose así el marco de la protección del ciudadano<sup>83</sup>, ya no únicamente limitado al momento de la creación de la norma (restringiendo la capacidad del legislador para realizar un tratamiento diferenciado entre las personas) sino también al momento de la aplicación de la norma (restringiendo la capacidad del juez o de la administración al momento en que reconoce derechos, impone deberes o, en general, resuelve situaciones de incertidumbre jurídicamente relevantes).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que el control jurídico sobre la igualdad en la aplicación de la ley requiere de la existencia de sentencias o pronunciamientos administrativos contradictorios entre sí, emitidos por el mismo órgano, respecto de hechos similares y que no exista una razón debidamente expuesta y fundamentada que justifique o explique el cambio del criterio aplicado inicialmente que, luego, es abandonado<sup>84</sup>.

Como lo hemos expuesto anteriormente, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ha realizado en dos resoluciones administrativas, interpretaciones distintas y contradictorias entre sí, respecto de la misma cuestión (la determinación del régimen legal aplicable a la caducidad de los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas), sin haber ofrecido ninguna razón que justifique dicho trato diferenciado, incurriendo de este modo en una flagrante violación del derecho a la igualdad, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley.

Desde la perspectiva de la normativa administrativa, resulta de especial importancia tener presente el reconocimiento expreso del principio de predictibilidad o de confianza legítima reconocido por el TUO LPAG<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y María Fernanda FERNANDEZ LOPEZ. *Igualdad y discriminación*. Tecnos. Madrid. 1986. p. 22. En el mismo sentido se pronuncia nuestro Tribunal Constitucional cuando señala que: "El derecho a la igualdad, en efecto, no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva o razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas." (Tribunal Constitucional. Expediente N° 1279-2002-AA/TC).

<sup>84</sup> DIEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Cuarta edición. 2013. Thomson Reuters. Civitas. Madrid. p. 198-201.

<sup>85</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. "Título Preliminar (...)

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:

El principio de predictibilidad o de confianza legítima (como es denominado en la doctrina comparada) ha sido recogido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico y es de aplicación ineludible por parte de las administraciones públicas, teniendo como objeto la protección de las actuaciones de los ciudadanos generadas como consecuencia de las expectativas legítimamente creadas por el comportamiento y la actuación de las Administraciones públicas<sup>86</sup>.

Como ha sido destacado por la doctrina: "El principio (...) se orienta decididamente así a la preservación del valor de la seguridad jurídica y del sistema de economía de mercado frente a la acción, eventualmente, incontrolada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos."<sup>87</sup>

De esta manera, la Comisión de Defensa de la Competencia ha defraudado las expectativas generadas<sup>88</sup> por su primer pronunciamiento sobre el régimen de caducidad de los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas (a través de la Resolución N° 099-2017/CLC-Indecopi) cuando, en un plazo muy breve, adopta un criterio distinto y contradictorio, sin que tal cambio interpretativo haya sido objeto de una motivación o justificación.

El cambio injustificado de los criterios de interpretación de una norma por parte de un órgano administrativo constituye, además, una clara expresión de ejercicio arbitrario de las potestades públicas<sup>89</sup>, que encuentran, precisamente, en la

---

(...)

1.15.- Principio de predictibilidad o de confianza legítima

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

*Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

*La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables." (énfasis agregado)*

<sup>86</sup> TIRADO BARRERA, José Antonio. "El principio de predictibilidad (o de confianza legítima) en la Ley del Procedimiento Administrativo General". En DANOS ORDOÑEZ, Jorge y otros (Coordinadores). *Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra. Lima. 2012. p. 183- 197.

<sup>87</sup> CASTILLO BLANCO, Federico. *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons. Madrid. 1998. p. 98.

<sup>88</sup> "(...) la defraudación de la confianza se produce cuando la Administración se aparta de su criterio anterior." (DIEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Marcial Pons. Madrid. 2008. p. 392).

<sup>89</sup> "Este Tribunal en reiteradas oportunidades, ha establecido la relación conceptual entre el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones y el de interdicción de la arbitrariedad. Así, se ha sostenido que "[e]l derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional" (cfr. Sentencia 5601-2006-PA, fundamento 3; 0728-2008-PHC, fundamento 8; entre otras). En esa línea, se ha agregado que "[1]o expuesto se fundamenta (...) en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3 y 43 de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión" (cfr.

motivación de sus decisiones el instrumento técnico indispensable para asegurar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad<sup>90</sup>.

Lamentablemente, este criterio se ha mantenido en las siguientes resoluciones emitidas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, y ha sido confirmado por la segunda instancia administrativa hasta la actualidad<sup>91</sup>.

**ii. ¿De verdad existe un plazo de caducidad del procedimiento sancionador en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas?**

Luego de exponer las consideraciones legales en torno a la figura de la caducidad del procedimiento sancionador y de analizar la forma en que el TUO LPAG ha tratado esta figura, así como la aplicación que han efectuado los órganos resolutivos en materia de defensa de la competencia de esta figura, corresponde responder la pregunta sobre la posible existencia de la caducidad del procedimiento sancionador en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La respuesta a esta pregunta es simple y directa: la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no recoge la figura de la caducidad del procedimiento sancionador.

La primera razón para sostener que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla un plazo de caducidad del procedimiento sancionador es bastante evidente, pues, la palabra *caducidad* no se encuentra en su texto. Una atenta lectura del Decreto Legislativo 1034 y de su exposición de motivos nos conducen, directamente, a esa conclusión.

Esta falta de referencia expresa a la figura de la caducidad es, además, plenamente consistente con la legislación administrativa general aplicable en la fecha de su aprobación, la misma que no recogía esta categoría procedimental.

La segunda razón para desestimar la existencia de un plazo de caducidad en el texto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es que el TUO LPAG no establece como una consecuencia del incumplimiento de los plazos legales de un procedimiento ni la conclusión de dicho procedimiento ni la nulidad de las actuaciones administrativas realizadas con posterioridad al vencimiento de un plazo procedimental. Es decir, debemos tener presente que el artículo 151° del TUO LPAG señala que el incumplimiento de plazos en un procedimiento

---

Sentencia 0728-2008-PHC, fundamento 9)." (Tribunal Constitucional. Expediente N° 04101-2017-AA/TC. Párrafo 20)

<sup>90</sup> "La frontera, la línea divisoria entre el poder constitucionalmente legítimo y el que no lo es, está, pues, en las razones, que, en el primer caso aportan una justificación objetiva a la decisión en que el poder se expresa y, en el segundo, o bien faltan o no pueden proporcionar esa imprescindible justificación, en la existencia, por tanto, de razones justificativas." (FERNANDEZ, Tomás - Ramón. Op. cit. p. 229).

<sup>91</sup> Por todas, la Resolución N° 0094-2022/SDC-Indecopi, párrafo 36, que señala lo siguiente: "Como ha sido indicado por la Sala en un pronunciamiento anterior, la sumatoria de los plazos del procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas constituye el plazo para resolver aplicable a fin de determinar si opera la caducidad administrativa."

administrativo no tiene como consecuencia la nulidad de los actos dictados fuera de plazo ni la conclusión del procedimiento, salvo que una ley así lo establezca de modo expreso.

En tanto la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no lo señala así, el incumplimiento de sus plazos no tiene ninguna consecuencia ni quedan afectadas de nulidad las actuaciones realizadas fuera de plazo<sup>92</sup>.

Por otro lado, la posibilidad de *descubrir* un plazo de caducidad a través de la sumatoria de plazos procedimentales genera un alto grado de incertidumbre e inseguridad respecto de una cuestión (la conclusión de un procedimiento sancionador) que debe estar regida por el mayor grado posible de certeza<sup>93</sup>.

La demostración de la falta de certeza en el plazo máximo de tramitación de un procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas que se calcule en función a la sumatoria de los plazos atribuidos a cada etapa procedimental se demuestra, fácilmente, reseñando los plazos que el Ministerio de Justicia, la Secretaría Técnica y la propia Comisión de Defensa de la Libre Competencia han manejado al respecto.

Así tenemos lo siguiente:

Institución/Órgano	Plazo
Ministerio de Justicia	más de 427 días calendario <sup>94</sup> .
Comisión de Defensa de la Libre Competencia	más de catorce meses <sup>95</sup> .
Comisión de Defensa de la Libre Competencia	7 meses y 191 días hábiles <sup>96</sup> .
Comisión de Defensa de la Libre Competencia	7 meses y 237 días hábiles (en caso de ampliación de plazo probatorio) <sup>97</sup> .

<sup>92</sup> Cabe señalar que el texto del actual artículo 151.3 del TUO LPAG es el mismo que estaba recogido en su versión original en el artículo 140.3 de la Ley N° 27444, vigente desde el 2001. Esto quiere decir que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1034, de junio del 2008, siempre ha estado regida por esta regla.

<sup>93</sup> “El problema está en pretender interpretar instituciones administrativas sancionadoras comunes (previstas en la LPAG) como la caducidad en forma distinta desde las leyes especiales, ya que, conforme hemos señalado, el instituto de la caducidad en el procedimiento sancionador supone la existencia de un plazo máximo para resolver y notificar que no admite interrupciones ni suspensiones (al menos en el diseño del ordenamiento general peruano). De acuerdo con esto último, no corresponde que mediante leyes especiales se cree artificialmente un plazo máximo de caducidad mediante la sumatoria de eslabones de plazos de tramitación procedimental. Ello conspira y subvierte el marco normativo común de la caducidad-perención sancionadora regulada en el TUO de la LPAG y resiente su carácter de norma común en materia sancionadora.” (ZEGARRA VALDIVIA, Diego y Ramón HUAPAYA TAPIA. “Problemas del procedimiento administrativo sancionador con referencia al ordenamiento jurídico peruano”. En REBOLLO PUIG, Manuel y otros (Directores). *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (2023). Civitas. Thomson Reuters. 2023. Se cita por su versión electrónica.).

<sup>94</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Consulta Jurídica 015-2017-JUS/DGDNCR pág. 8.

<sup>95</sup> Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI. Párrafo 154.

<sup>96</sup> Resolución N° 104-2018/CLC-INDECOPI. Párrafo 494.

<sup>97</sup> *Idem*.

Sala de Defensa de la Competencia	7 meses y 191 días hábiles (ampliables sin límite expreso) <sup>98</sup> .
-----------------------------------	--

Como puede apreciarse, sin ninguna dificultad, incluso para los propios órganos administrativos encargado de forma exclusiva de la interpretación y aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no existe certeza ni claridad acerca del plazo máximo de duración del procedimiento sancionador regulado por la antedicha Ley<sup>99</sup>.

Tratándose la caducidad de una modalidad de terminación del procedimiento administrativo, que da lugar al archivo de sus actuaciones, la determinación del plazo legal no puede estar sujeta a consideraciones subjetivas o valorativas, sino que debe venir predeterminada expresamente por la ley.

Finalmente, cabe señalar que las normas tomadas como referencia para la elaboración o configuración del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas en nuestro país, fijan de manera expresa e indubitable el plazo legal de la caducidad del procedimiento, como es el caso de la Ley de Defensa de la Competencia española<sup>100</sup>.

Todo lo expuesto permite concluir, sin género de dudas, que la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

De igual modo, la interpretación alternativa propuesta (sumar los plazos de cada etapa procedimental) para determinar un plazo de caducidad, carece de fundamento normativo suficiente y demuestra, por el contrario, un grado intolerable de incertidumbre resultante de no ofrecer un resultado uniforme, como lo demuestra el hecho que los órganos resolutivos en materia de defensa de la competencia han afirmado, de forma contradictoria, la existencia de plazos de caducidad distintos.

<sup>98</sup> Resolución N° 0094-2022/SDC-Indecopi. Párrafo35. Sin embargo, se admite la posibilidad de ampliarlo si la Comisión requiere la actuación de medios probatorios adicionales, sin fijarse límite a dicho plazo adicional.

<sup>99</sup> Es más, los plazos señalados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia incurren en graves contradicciones. Solo por poner un ejemplo nótese que, respecto de la convocatoria y realización de informe oral, se cuenta el plazo mínimo de 5 días hábiles con que deben ser citados los interesados, aunque dicho plazo puede ser mayor ni se consideran los plazos de notificación de dicha citación. También se omite el hecho que la audiencia de informe oral podría durar más de un día, en aquellos casos en los que la complejidad de la materia y el número de sujetos involucrados así lo exija. También debe tenerse presente que la Ley no establece plazo para que la Comisión determine si procede a citar o no a la realización de informe oral. En el ejemplo propuesto por la Comisión se da a entender que dicha decisión es, prácticamente, automática. Estos ejemplos dan cuenta de lo artificial de la argumentación expuesta por la Secretaría Técnica y por la propia Comisión en el “descubrimiento” de un plazo de caducidad resultante de la sumatoria de plazos de cada etapa procedimental.

<sup>100</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, Ley de Defensa de la Competencia.

“Artículo 38.- Efectos del silencio administrativo

El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento.”

Finalmente, cabría añadir la manifiesta incoherencia de la posición de la Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia. En resumen, sostienen que la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas se encuentra regulado por las disposiciones establecidas en la ley especial que los rige y no por el TUO LPAG. Si ello fuera cierto, habría que afirmar, también, que dicha *caducidad* es aplicable desde antes que el TUO LPAG lo estableciera en el año 2016. Si esto fuera así ¿en cuántas oportunidades la Comisión o la Sala declararon la caducidad de procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas?

Si recordamos que, conforme a la información oficial proporcionada por el propio Indecopi<sup>101</sup>, el promedio de duración de los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas en primera instancia (para los años 2013 y 2017) oscilaba entre los 555 y 901 días naturales, los órganos competentes tendrían que haber declarado la caducidad en más de una oportunidad porque tales plazos superan cualquiera de los plazos establecidos como plazos de caducidad, según el detalle expuesto. Como no lo han hecho nunca, ¿eso quiere decir que han incumplido la ley? La respuesta es que nunca declararon la caducidad de un procedimiento porque siempre se ha interpretado que ninguna ley había establecido dicha figura para el caso del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas. Esta situación cambió con la introducción de la caducidad dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1272 conforme lo hemos expuesto líneas arriba.

Así, no existe duda interpretativa respecto de la inexistencia de un plazo de caducidad del procedimiento sancionador contemplado en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, en consecuencia, de la necesaria aplicación en tales procedimientos del régimen común de la caducidad de los procedimientos sancionadores establecido por el TUO LPAG<sup>102</sup>.

## **V. A modo de conclusión**

En la presente monografía hemos intentado ofrecer una mirada panorámica de la configuración de la caducidad del procedimiento sancionador, de acuerdo con su configuración por parte del TUO LPAG. Posteriormente, con base a lo trabajado, nos hemos aproximado a la interpretación que los órganos administrativos en

---

<sup>101</sup> Ver el Gráfico N° 3 Duración media (en días naturales) de los procedimientos de competencia hasta que la Comisión emite su resolución (2013-2017) en OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*. 2018. p. 50.

<sup>102</sup> Esta fue, también, la solución aplicable en el ordenamiento jurídico español (que ha servido de antecedente y referencia de nuestro ordenamiento jurídico administrativo y de defensa de la competencia). Así, la anterior Ley de Defensa de la Competencia española no contemplaba la figura de la caducidad y se aplicaba la regla establecida por su norma procedimental común, como nos lo indica el profesor José María Baño León: “No prevista en la LDC [Ley de Defensa de la Competencia], la caducidad del procedimiento tiene vigencia también de acuerdo con la aplicación supletoria del artículo 45.4 de la LRJAP [Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas].” (BAÑO LEÓN, José María. *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Mac Graw Hill. Madrid. 1996. p. 262). A la misma conclusión arriban FERNANDEZ LOPEZ, Juan Manuel y Jesús RUBI NAVARRETE. “La caducidad del procedimiento administrativo de defensa de la competencia”. En *Anuario de la Competencia*. N° 1. 2002. p. 341-344.

materia de defensa de la competencia han realizado de esta cuestión. A nuestro entender, los resultados son desalentadores.

A pesar de la claridad conceptual que la caducidad del procedimiento sancionador ofrece, hemos podido apreciar en el ámbito de la defensa de la competencia, un esfuerzo, digno de mejor causa, por tratar de escapar a las reglas y criterios sólidamente establecidos respecto de la caducidad del procedimiento, apreciando una falta de coherencia en el tratamiento de esta cuestión y dejando de respetar cuestiones que, por fundamentales, no deben ser desestimadas alegremente. Nos referimos, por supuesto, al cambio de un criterio interpretativo realizado sin justificación alguna e inmune a todo argumento posterior.

Pero también llamamos la atención por la **originalidad** o **innovación** en la interpretación de las normas para, literalmente, escapar del inevitable transcurso de los plazos procedimentales.

La defensa de los intereses generales, cuya responsabilidad asigna la ley a la Administración Pública, no puede ejercerse mediante el desconocimiento y la transgresión de las normas reguladoras de las potestades públicas con que la ley cubre la actuación administrativa. Tarde o temprano, el ejercicio desbordado de las potestades públicas trae consecuencias y no serán, nunca, positivas ni para la Administración, ni para los ciudadanos ni para la protección de los intereses generales.

La forma en que nuestras autoridades públicas -a todo nivel- se han comportado respecto de la incorporación de la caducidad del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas supone un comportamiento alejado de estándares mínimos de coherencia, previsión y apego a la legalidad, ofreciendo un resultado, a todas luces, decepcionante. Ojalá encontremos, algún día, que todavía hay jueces en Berlín<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> ESTEVE PARDO, José. *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*. Marcial Pons. Madrid. 2020.

# La gestión predial y las Asociaciones Público-Privadas: Un análisis teórico y práctico del desarrollo de proyectos infraestructura

Diana Briones Morey\*  
Diego Morales Alferrano\*\*

**Resumen.-** El presente artículo destaca la importancia de una correcta y oportuna gestión de los terrenos para la ejecución de proyectos de infraestructura implementados bajo el régimen de Asociaciones Público-Privadas. Para tal efecto, los autores analizan el marco legal aplicable, así como los mecanismos legales y contractuales otorgados a los concesionarios para mitigar los impactos de una incorrecta gestión predial.

**Abstract.-** This article emphasizes the relevance of an appropriate and time effective management of the lands for the development of infrastructure projects executed under the Public-Private Partnerships regime. For this purpose, the authors analyze the applicable legal framework and the legal and contractual mechanisms granted to the concessionaires to mitigate the impacts of the mismanagement of lands.

**Palabras clave.-** Proyectos - Infraestructura de Transporte - Asociaciones Público-Privadas - Gestión Predial.

**Keywords.-** Projects - Transport Infrastructure - Public-Private Partnerships - Lands Management.

---

\* Abogada por la Universidad de Lima, con maestría en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona. Socia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Se especializa en las áreas de desarrollo de proyectos de infraestructura, regulación de servicios públicos y solución de controversias regulatorias.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados desde el 2018, especializado en las áreas de desarrollo de proyectos de infraestructura, regulación de servicios públicos y solución de controversias regulatorias.

Los autores agradecen a Isabela García Salazar por su colaboración en la investigación y preparación de este artículo.

## **I. Introducción**

Este artículo tiene como propósito analizar la regulación aplicable a la gestión de terrenos para el desarrollo de proyectos de infraestructura mediante la modalidad de Asociaciones Público-Privadas (“APP”), con especial enfoque en el sector transportes.

Se trata de un análisis que, partiendo del marco legal aplicable y de los esquemas plasmados en los contratos de concesión, nos muestra que, si bien en la teoría el Estado ha tratado de establecer una estructura legal sólida, que permita gestionar los terrenos de manera eficaz, lo cierto es que, en la práctica, ello no se viene obteniendo los resultados esperados.

Esta situación ha generado una serie de efectos negativos para todas las partes involucradas: (i) respecto al Estado, pues incurre en incumplimientos contractuales frente a los inversionistas y falla en proveer, de manera oportuna y eficaz, los servicios comprometidos a los ciudadanos; (ii) respecto al inversionista, que enfrenta un alto nivel de incertidumbre y se ve sujeto a escenarios imprevistos y de muy compleja solución, de cara al desarrollo del proyecto a su cargo y; lo más relevante, (iii) respecto al ciudadano, que además de no recibir el servicio, asume, con el pago de sus impuestos, las compensaciones ordenadas al Estado por causa del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Así, por ejemplo, en el marco del seminario que se llevó a cabo el 20 de junio de 2016, en Santiago de Chile, en el contexto del PPP Américas Chile, se mencionó que el Perú contaba con 5.400 kilómetros de concesiones en carreteras y, lamentablemente, todas ellas mostraban algún problema relacionado con expropiaciones y, por consecuencia de ello, todas las obras tuvieron retrasos<sup>1</sup>.

Sin perjuicio de que nuestro país enfrenta muchos problemas que deben ser atendidos con absoluta urgencia y prioridad, el propósito de este artículo es generar un espacio de discusión respecto a cómo optimizar las normas con las que se cuenta actualmente, para lograr una mejor gestión de los terrenos necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, dado que el destrabe y promoción efectiva de estas inversiones es, sin duda, un factor que permitirá promover el crecimiento económico y, con éste, el desarrollo y bienestar de todos los peruanos.

---

<sup>1</sup> FIORAVANTI, Reinaldo, et al. *Asignación de Riesgos en Contratos de Asociaciones Público Privadas (APPs) en infraestructura de transporte: Consideraciones sobre América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 18.

## **II. Sobre las APP y la necesidad de obtener los terrenos para la correcta ejecución de los proyectos**

### **i. Breve descripción de las APP en el Perú**

En la actualidad, el régimen que regula las APP en el Perú se encuentra conformado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362<sup>2</sup> (el “TUO del DL 1362”)<sup>3</sup> y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 240-2018-EF (el “Reglamento”)<sup>4</sup>.

De conformidad con las normas antes citadas, las APP consisten en modalidades de participación de la inversión privada mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública, y uno o más inversionistas privados para desarrollar proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

En complemento de ello, el artículo 29 del Reglamento señala que mediante las APP se distribuyen de manera adecuada los riesgos y se destinan recursos, preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen niveles de servicios óptimos para los usuarios<sup>5</sup>.

Las APP se clasifican en cofinanciadas y autofinanciadas. Las primeras son aquellas que requieren de cofinanciamiento u otorgamiento o contratación de garantías financieras o no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento por parte del Estado<sup>6</sup>. Por otro lado, las APP autofinanciadas se caracterizan por contar con capacidad propia de generación de ingresos, no requerir de cofinanciamiento y cumplir con las condiciones del artículo 30 del Reglamento.

En relación con su origen, de acuerdo con el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, las APP pueden ser el resultado de una iniciativa estatal o de una iniciativa privada. En el caso de las iniciativas estatales, se convoca un concurso destinado a asignar el proyecto a un agente privado para que éste se encargue de su desarrollo.

Por su parte, en el caso de las iniciativas privadas, son las empresas privadas, nacionales o extranjeras, las que plantean la posibilidad de desarrollar un proyecto bajo la modalidad de APP. De esa manera, las autoridades competentes tienen la

---

<sup>2</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo 195-2023-EF.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Decreto Supremo 240-2018-EF. Publicado el 30 de octubre de 2018.

<sup>5</sup> *Ibid.*, Artículo 29

<sup>6</sup> Al respecto, el artículo 31 del Reglamento define cofinanciamiento como “cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo Contrato”. Esta disposición del Reglamento también establece los supuestos que no califican como cofinanciamiento.

facultad de determinar si existe interés público en la implementación del proyecto que ha sido propuesto por el privado.

Es importante mencionar que, conforme con el artículo 48.5 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, las iniciativas privadas tienen carácter de peticiones de gracia, por tanto, las entidades públicas no se encuentran obligadas a aceptar dichas iniciativas<sup>7</sup>. Por ello, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante la autoridad competente.

Los proyectos materia de las iniciativas privadas serán adjudicados: (i) de manera directa a favor del proponente, en caso no se presenten terceros interesados en la ejecución del proyecto; o, (ii) a través de un proceso de selección, en el supuesto que existan terceros interesados en el desarrollo del proyecto<sup>8</sup>.

Ahora bien, independientemente de su clasificación y de su origen, los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP, de manera general, se desarrollan en las siguientes cinco fases: (i) planeamiento y programación; (ii) formulación; (iii) estructuración; (iv) transacción; y, (v) ejecución contractual.

## **ii. Sobre la necesidad de efectuar una correcta planificación para contar con los terrenos necesarios para el desarrollo de un proyecto de APP**

Habiendo expuesto, de manera general, las características principales de las APP en nuestro país, es relevante destacar que la gestión predial constituye un hito clave durante el diseño y el desarrollo de un proyecto.

Un planeamiento inadecuado o la demora en la obtención de los terrenos puede derivar en retrasos en el cumplimiento del cronograma de ejecución de obras (generando, por ejemplo, sobrecostos que deberán ser asumidos por las partes) o, en última instancia, si se determina la imposibilidad de acceder a los terrenos, que la ejecución del proyecto se torne inviable, frustrando todos los intereses volcados en el desarrollo de la obra, tanto por parte del Estado, del inversionista (y todos los terceros de los cuales se valga), así como de la ciudadanía en general.

Al respecto, Lama y Vargas señalan que los incumplimientos relacionados a la entrega de terrenos “tienen como principal efecto el retraso de las inversiones en las oportunidades establecidas en los contratos de concesión con los consiguientes impactos en costos y disminución de su rentabilidad financiera y social”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo 195-2023-EF.

<sup>8</sup> El artículo 91 del Reglamento señala que, en los casos en que el proponente participe en el proceso de selección que se convoque y cumpla con presentar la documentación requerida en las bases a efectos de ser considerado un postor precalificado, así como una oferta técnica y económica válidas, tiene derecho a igualar la oferta que hubiera quedado en primer lugar. De ejercer este derecho, se procede a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiere quedado en primer lugar, presentando cada uno una mejor oferta en función del Factor de Competencia.

<sup>9</sup> LAMA MORE, Antonio y VARGAS PRÍNCIPE, Tito. “Retraso en la entrega de predios, un problema a resolver en las APP: efecto en los usuarios.” En: *Pensamiento Crítico, Volumen 19*,

Adicionalmente, corresponde destacar que los problemas que surgen en el marco de la obtención de los terrenos atacan al proyecto en un estadio muy crítico, por lo que el efecto de las demoras en la obtención de éstos tiene la potencialidad de afectar la viabilidad de los proyectos de manera especialmente significativa.

Entonces, debido a su relevancia, el artículo 33 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362 señala de manera expresa que es obligación de la entidad pública titular del proyecto iniciar tempranamente el proceso de identificación, adquisición, saneamiento, y expropiación de los predios y áreas necesarias y de respaldo para la ejecución del proyecto, así como la liberación de interferencias, bajo responsabilidad<sup>10</sup>. En ese sentido, la entidad pública titular del proyecto se encuentra facultada para realizar los procesos de reubicación o reasentamiento que permitan la liberación y saneamiento de los terrenos necesarios para la implementación del proyecto, en los plazos previstos. Asimismo, se establece que la entidad pública titular del proyecto puede destinar una partida presupuestal específica para los fines antes señalados, incluso antes de la declaración de viabilidad del proyecto.

En consonancia con ello, el artículo 44 del Reglamento dispone que el informe de evaluación, cuyo propósito es definir si es técnica, económica y legalmente conveniente desarrollar un proyecto bajo el mecanismo de APP, y que será emitido durante la fase de formulación, debe contener, entre otros aspectos relevantes, un plan de implementación del proyecto que incluya:

- a. Una identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, señalando su naturaleza pública o privada, así como de las interferencias y una estimación de su valorización, según corresponda;
- b. Un cronograma preliminar para la liberación de interferencias y/o saneamiento de los predios; y,
- c. La meta de liberación de predios y áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado.<sup>11</sup>

Adicionalmente, destacamos que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362 no es el único cuerpo normativo en el que se pone en relieve la necesidad de contar oportunamente con los terrenos para la ejecución de los proyectos. A través de la Resolución Directoral 001-2019-EF-68.01, el Ministerio de Economía y Finanzas (“MEF”) Semitió los “Lineamientos para el Diseño de Contratos de APP” (“Lineamientos”)<sup>12</sup>. Estos Lineamientos tienen como objetivo identificar y

---

*Número 1.* Lima, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014, p. 79.

<sup>10</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo 195-2023-EF.

<sup>11</sup> Decreto Supremo 240-2018-EF. Publicado el 30 de octubre de 2018.

<sup>12</sup> Resolución Directoral 001-2019-EF-68.01. Publicada el 17 de mayo de 2019.

establecer los principales aspectos que deben regular los contratos de APP para asegurar su consistencia con la política de promoción de la inversión privada.

En particular, por medio de los Lineamientos, el MEF ha determinado cuáles son las condiciones que, de manera conjunta, deben cumplirse para iniciar la ejecución de las obras. Una de estas condiciones es, precisamente, “contar con los predios necesarios para ejecutar el proyecto”.

De acuerdo con los Lineamientos, es primordial contar con los terrenos para el inicio de la ejecución de obras del proyecto, independientemente del título mediante el cual se obtengan. Siendo ello así, el contrato puede establecer que el concedente contará con los terrenos a título de propiedad, usufructo, cesión en uso, posesión, entre otros, siempre que permitan su entrega al concesionario para la correspondiente ejecución de las obras.

De manera excepcional, se establece que el contrato puede permitir el inicio de la ejecución de las obras cuando se realicen entregas parciales de los predios, siempre y cuando ello resulte compatible con el proceso constructivo del proyecto.

Siendo ello así, a continuación, hacemos referencia a los que, en nuestra opinión, son los principales aspectos recogidos en los Lineamientos que se deben tomar en cuenta en la regulación contractual sobre las áreas de la concesión:

- a. Pautas para el diseño de la cláusula: El contrato debe regular las principales condiciones para la entrega de las áreas que se requerirán para el desarrollo del proyecto (como, por ejemplo, posibilidad de entregas parciales, plazos para efectuar la entrega, condiciones para la recepción, defensas posesorias y responsabilidad frente a terceros, entre otras).

Los Lineamientos indican que es fundamental, siempre que la naturaleza y los alcances del proyecto lo permitan, que el proceso de obtención de áreas sea iniciado por el concedente de manera previa al proceso de promoción, para cumplir con la meta y el cronograma de entrega de áreas establecidos en el informe de evaluación y en el respectivo contrato.

- b. Condiciones para la recepción de áreas: El contrato debe establecer las condiciones en las que se realizará la entrega de las áreas según el tipo de proyecto, precisando que el concesionario estará obligado a aceptar los terrenos, siempre que no existan circunstancias que impidan la ejecución física de las obras. Por su parte, el concedente estará obligado a entregar las áreas en los términos y condiciones establecidos en el respectivo contrato.
- c. Gestión de riesgo de obtención de áreas: De acuerdo con los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en Contratos de APP”, aprobados por el MEF mediante la Resolución Directoral 167-2016-EF/15<sup>13</sup>, la responsabilidad de obtener las áreas suele ser asumida por el concedente, toda vez que, generalmente, éste tiene control del procedimiento expropiatorio y de la

---

<sup>13</sup> Resolución Directoral 167-2016-EF/15. Publicada el 31 de mayo de 2016.

fijación del precio cuando no sea posible arribar a un acuerdo con las personas afectadas.

Este último cuerpo normativo señala que, con el objetivo de mitigar este riesgo, es recomendable que el procedimiento de adquisición o expropiación de los predios se inicie de manera previa al comienzo de la fase de estructuración del proyecto de APP. En particular, el concedente debería apuntar a que, antes de la firma del respectivo contrato, se haya adquirido un porcentaje significativo de los terrenos, de manera que no se afecte, entre otros, el cumplimiento de los hitos del cronograma de ejecución de obras.

Esto es consistente con las recomendaciones internacionales relacionadas a la gestión del riesgo en proyectos de APP en el sector transporte. En particular, de acuerdo con la información presentada por el Banco Interamericano de Desarrollo, es necesario realizar una buena planificación del proyecto. Ello, entre otras labores, implicaría contar con “una política catastral adecuada, incluyendo un mapeo del estado previo a la adjudicación con terrenos saneados y limpios para los primeros tres años del proyecto”<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de ello, en la medida que este riesgo está relacionado a la gestión que se deberá realizar con terceros, cuando la naturaleza o alcances del proyecto lo permitan, el contrato puede trasladar este riesgo, total o parcialmente, al concesionario.

Esto se sustenta en que el concesionario podría ser más eficiente que el concedente al momento de efectuar los trámites destinados a la obtención de los derechos superficiales sobre los terrenos. Sobre este asunto, Lama y Vargas identifican que “(...) existe un problema de agencia para la entrega de terrenos (...) [toda vez que] no existen suficientes incentivos y penalidades a los actores del Estado para que realicen de manera oportuna y eficiente sus actividades (...)”<sup>15</sup>.

En ese escenario, el contrato deberá asignar a favor del concedente la opción de encargar al concesionario las labores necesarias para la adquisición de los predios y/o la liberación de interferencias, para lo cual se deberán desplegar diversas labores destinadas a, entre otros, la identificación de los predios, la elaboración de expedientes técnico-legales, el inicio y la conducción de trato directo con los poseedores o propietarios, reubicaciones o el reasentamiento. Estas acciones permitirían al concesionario obtener mejores resultados en términos de tiempo y manejo social.

---

<sup>14</sup> FIORAVANTI, Reinaldo, LEMBO, Carolina y QUEIROZ, Cesar. *Asignación de Riesgos en Contratos de Asociaciones Público Privadas (APPs) en infraestructura de transporte: Consideraciones sobre América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 18.

<sup>15</sup> LAMA MORE, Antonio y VARGAS PRÍNCIPE, Tito. “Retraso en la entrega de predios, un problema a resolver en las APP: efecto en los usuarios.” En: *Pensamiento Crítico, Volumen 19, Número 1*. Lima, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014, p. 79.

De trasladarse esta responsabilidad al concesionario, el contrato deberá incorporar mecanismos para alinear incentivos, especialmente cuando se presenten circunstancias, ajenas a la voluntad del privado, que no permitan alcanzar el porcentaje o la meta de predios requeridos para una correcta y oportuna ejecución de las obras.

En vista de lo regulado por la normativa de APP, se puede concluir que se identifica la relevancia de la gestión de los terrenos, como hito clave para correcta ejecución y, en definitiva, éxito de los proyectos de APP y que se han establecido diversas disposiciones que buscan prevenir la grave problemática derivada de las demoras e incumplimientos en materia de entrega de los terrenos necesarios para el desarrollo de los proyectos de infraestructura, bajo esta modalidad de ejecución de inversiones.

### **III. Base legal sobre liberación de terrenos y expropiaciones**

En adición a lo anterior, corresponde hacer referencia al marco legal aplicable a la adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de bienes y liberación de interferencias, cuya finalidad es viabilizar la gestión de los terrenos necesarios para la ejecución de obras de infraestructura.

El artículo 2 de la Constitución Política del Perú, consagra en su numeral 16 el derecho de toda persona a la propiedad. Asimismo, dentro del Título III del Régimen Económico de la Constitución, el artículo 60 dispone que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad (y empresa) y, a su turno, el artículo 70 declara que el derecho de propiedad es inviolable y que “a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”<sup>16</sup>.

Esta garantía constitucional, de alcance fundamental, ha sido desarrollada por diversas normas. En relación con las APP, las normas han buscado promover una gestión más eficiente y célere para fines de la obtención de las áreas requeridas para la ejecución de estos proyectos, de tanta relevancia para el país.

En concreto, empezaremos por mencionar a la Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país<sup>17</sup>.

Entre otros aspectos, esta norma desarrolla procedimientos especiales para el saneamiento físico legal de predios para proyectos de inversión pública y privada: (i) declarados de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura por ley; y, (ii) que cuentan con concesiones otorgadas por el

---

<sup>16</sup> Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 70. (29 de diciembre de 1993).

<sup>17</sup> Ley 30230. Publicada el 12 de julio de 2014.

Gobierno Nacional o con la participación de PROINVERSIÓN, autorizaciones ministeriales anteriores o posteriores a la vigencia de la norma.

Se establece que las solicitudes de acceso a los procedimientos especiales de saneamiento físico legal de predios pueden ser realizadas por entidades públicas a cargo del proyecto de inversión o por los titulares de los proyectos incluidos bajo el alcance de la norma, siendo competentes para ejecutar los procedimientos especiales el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales ("SBN").

Adicionalmente, la Ley 30230 recoge un procedimiento para la modificación física de predios para proyectos de inversión pública y privada, a través de la independización o desmembración (independización, subdivisión, acumulación, parcelación y otros) de los predios afectados.

De otro lado, dispone una sección referida a la inscripción de la anotación preventiva y/o carga registral de áreas comprendidas por el derecho de vía de las obras de infraestructura vial, a efectos de que toda persona tenga conocimiento de la existencia de la afectación sobre el respectivo predio, por la ejecución de una obra vial, la cual va a ser materia de adquisición, a través de trato directo o expropiación, por parte de la entidad ejecutante.

Finalmente, como disposición a destacar para fines del presente artículo, la Ley 30230 regula el derecho y la obligación de todas las entidades del gobierno nacional, gobierno regional o gobierno local, de repelar todo tipo de invasiones u ocupaciones ilegales que se realicen en los predios de su competencia, administración o propiedad. Para dicho fin, se prevé que, si los organismos estatales omiten ejercer la recuperación extrajudicial, la SBN requerirá al titular del organismo para que inicie, bajo responsabilidad, la recuperación; en caso contrario, la SBN iniciará o continuará las acciones de recuperación extrajudicial<sup>18</sup>.

De otro lado, encontramos a la Ley 30327<sup>19</sup>, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, cuyo fin es promover la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión. Esta norma regula la figura de la servidumbre sobre terrenos eriazos de propiedad estatal para proyectos de inversión, comúnmente conocida como "servidumbre de inversión", la cual sirve para facilitar y agilizar la obtención de terrenos en el marco del desarrollo de proyectos, incluyendo la posibilidad de una entrega provisional del terreno en un plazo corto y cierto, reduciendo la incertidumbre que aqueja a muchas inversiones en este aspecto.

Asimismo, la norma contempla disposiciones para la protección de derechos de vía y medidas para el fortalecimiento del acompañamiento y seguimiento efectivo del Estado para la eliminación de trabas en la obtención de permisos, licencias y autorizaciones para la ejecución de proyectos de gran envergadura, incluyendo la declaración de interés nacional y necesidad pública de la optimización de los

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> Ley 30327. Publicada el 21 de mayo de 2015.

trámites y procedimientos administrativos vinculados a la inversión privada, así como la participación activa y eficaz en el seguimiento de las inversiones de gran envergadura.

Para dicho fin, la Ley ordena al Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI) del MEF, asumir competencias para realizar el acompañamiento efectivo y seguimiento proactivo, en todas las etapas de los proyectos de inversión. Estas acciones incluyen la coordinación con las entidades públicas y privadas, a efectos de brindar el soporte técnico, legal, administrativo y, en general, toda acción que sea necesaria para que el proyecto de inversión se ejecute adecuadamente, lo cual comprende el levantamiento de cualquier problema, interferencia u observación que se pueda presentar.

Sumado a lo anterior, corresponde resaltar al Decreto Supremo 015-2020-VIVIENDA, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192<sup>20</sup> (“TUO D. Leg. 1192”)<sup>21</sup>.

Esta norma señala que es de interés público primordial la adquisición y expropiación de inmuebles, así como la transferencia de inmuebles de propiedad del Estado y la liberación de interferencias para la ejecución de obras de infraestructura, las cuales, según la definición de este instrumento: “Comprenden la ejecución de proyectos de inversión pública, asociaciones público privadas y aquellos mecanismos de promoción de la inversión privada creados o por crearse”.

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192 es aplicable a todas las entidades del sector público, en todos los niveles de gobierno, así como a personas naturales y jurídicas y se rige, entre otros, por los siguientes principios, de particular relevancia de cara a la ejecución de proyectos de infraestructura:

3.1. Armonización de intereses: En el desarrollo de los procesos regulados en el presente Decreto Legislativo, las entidades públicas deberán armonizar los intereses del Estado que requieren procesos ágiles y expeditivos para desarrollar las Obras de Infraestructura necesarias para el desarrollo del país con los derechos de los Sujetos Pasivos.

3.2. Celeridad y eficacia: Quienes participan en los procesos regulados en el presente Decreto Legislativo deben ajustar su actuación a fin de lograr la obtención oportuna de los inmuebles, evitando actuaciones que constituyan meros formalismos, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido proceso o vulnere el ordenamiento jurídico.

Conforme al artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192, serán objeto de adquisición y expropiación todos los bienes inmuebles de dominio

---

<sup>20</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, aprobado por Decreto Supremo 015-2020-VIVIENDA.

<sup>21</sup> El Decreto Legislativo 1192 fue publicado el 23 de agosto de 2015. El Decreto Supremo 015-2020-VIVIENDA, fue publicado el 26 de octubre de 2020.

privado, el sujeto activo será el Estado y el sujeto pasivo el propietario del inmueble.

Con el fin de agilizar la obtención de los terrenos, la norma establece la posibilidad de adquirir el inmueble mediante la figura del trato directo, contemplando como incentivo el pago de un precio que incluya el 20% adicional al valor comercial del inmueble, en caso el sujeto pasivo acepte el trato directo.

Asimismo, la norma establece que, en caso el contrato lo disponga, el inversionista efectuará la implementación, gestión y/o culminación del proceso de adquisición por trato directo y liberación de interferencias. En dicho escenario, el inversionista se obliga a obtener la propiedad del inmueble, a favor del Estado, mediante la adquisición por trato directo. El costo podrá ser asumido por el inversionista o por el sujeto activo, a criterio del organismo de promoción de la inversión privada, conforme a lo que se regule en el respectivo contrato.

En el escenario en el que el inversionista informe el agotamiento de las gestiones para adquirir el inmueble por adquisición o transcurrido el plazo establecido en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192, el sujeto activo iniciará el proceso de expropiación.

Finalmente, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192 dispone que los predios y edificaciones de propiedad estatal, de dominio público o de dominio privado, y de las empresas del Estado, de derecho público y de derecho privado, requeridos para la ejecución de obras de infraestructura declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, son transferidos en propiedad u otorgados a través de otro derecho real, a título gratuito y automáticamente al sector, gobierno regional o gobierno local o titular del proyecto al cual pertenece el proyecto, cuando estos lo soliciten y por el solo mérito de la resolución emitida por la SBN.

En la misma línea, la norma señala que la liberación de interferencias para el desarrollo de proyectos de infraestructura es de interés prioritario del Estado y constituye un elemento esencial en las relaciones entre el Estado y las empresas prestadoras de servicios públicos o titular de las interferencias. Con dicho sustento, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192 regula el procedimiento y plazo aplicables a la remoción de interferencias<sup>22</sup>, estableciendo mecanismos para promover la rápida remoción de las interferencias.

Al respecto, se prevé que en caso las empresas prestadoras de servicios públicos no cumplan con los plazos aplicables, la entidad pública o quien ejecute la obra de infraestructura informará al organismo regulador competente para el inicio de los procedimientos sancionadores y la imposición de medidas complementarias y/o

---

<sup>22</sup> Definidas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192, como “las instalaciones existentes a cargo de empresas o entidades prestadoras de servicios públicos y otras instalaciones o bienes que se encuentren dentro del área del derecho de vía o de ejecución de Obras de Infraestructura. Incluyen de manera no limitativa, a los bienes muebles e inmuebles que sirven para la prestación directa e indirecta del servicio público, los paneles, canales, paraderos, señalización, semáforos”.

correctivas correspondientes. En la misma línea, se establece que al momento de la renovación y/o ampliación del plazo de los contratos suscritos con las empresas prestadoras de servicios públicos, las entidades públicas evaluarán el cumplimiento de lo señalado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192.

Continuando con los esfuerzos llevados a cabo por el Estado para dinamizar el desarrollo de proyectos de infraestructura, corresponde mencionar al Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022 - 2025 ("PNISC 2022 - 2025")<sup>23</sup>, instrumento que constituye una guía y herramienta que busca promover el crecimiento económico, la mejora de la competitividad, el cierre de brechas y el destrabe de proyectos de infraestructura.

En esa línea, El PNISC 2022 - 2025 prioriza 72 proyectos en todo el territorio nacional, por un monto de inversión de S/ 146,622 millones, en los sectores de transportes, comunicaciones, agua y saneamiento, electricidad, hidrocarburos, ambiente, producción, agricultura y riego, educación y salud.

El PNISC 2022 - 2025 reconoce que la obtención de terrenos es una prioridad en el marco de la dinamización de los proyectos de infraestructura. Con base en ello, este documento contiene, entre otros puntos, un objetivo específico que expresamente persigue fortalecer las capacidades de las unidades formuladoras y ejecutoras, así como las áreas encargadas de la supervisión de obras y del saneamiento físico legal en los tres niveles de gobierno. Además, dispone que se revisará y actualizará la normativa y/o las estrategias de intervención con relación al saneamiento físico legal, para asegurar la disponibilidad oportuna de terrenos. Para tal fin, se señala que se aplicarán incentivos para nuevas oportunidades de financiamiento, para el cumplimiento de cronogramas.

En adición al marco legal revisado hasta este punto, adicionalmente, contamos con el Decreto Legislativo 1553<sup>24</sup>, Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica. Esta norma no contiene disposiciones relacionadas expresamente con la adquisición de predios para la ejecución de proyectos, aunque recoge otro tipo de disposiciones que tienen como objetivo impulsar el desarrollo de estos (por ejemplo, disposiciones en materia de habilitaciones urbanas).

En la misma línea, encontramos al Decreto Legislativo 1569<sup>25</sup>, Decreto Legislativo que establece medidas especiales para la promoción e implementación de los proyectos priorizados en el PNISC 2022 - 2025. Este instrumento contiene disposiciones relativas a la liberación y registro de interferencias, exoneración de licencias habilitación o edificación.

---

<sup>23</sup> Publicado el 24 de octubre de 2022.

<sup>24</sup> Decreto Legislativo 1553. Publicado el 10 de mayo de 2023.

<sup>25</sup> Decreto Legislativo 1569. Publicado el 28 de mayo de 2023.

Finalmente, resaltamos que el esfuerzo más reciente del Estado en relación con la ejecución de proyectos de infraestructura, consistente en la Ley 31841<sup>26</sup>, por la cual se dispuso la creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 115-2023-PCM<sup>27</sup>, no es relevante para el presente análisis, toda vez que el artículo 5.4 del Reglamento establece expresamente que “los proyectos o programas de inversión de la Cartera de Infraestructura no se ejecutan mediante las modalidades de asociación público – privada.”<sup>28</sup>

En mérito al marco normativo revisado, consideramos que existe una estructura legal, que ha ido evolucionando en el tiempo con el objetivo de poder alcanzar un esquema que permita contar con los terrenos necesarios para el desarrollo de proyectos de infraestructura, de manera efectiva y celeridad. Sin embargo, si bien en teoría encontramos muchas medidas, en la práctica, no podemos considerar que el objetivo se ha conseguido.

#### **IV. Mecanismos de mitigación y consecuencias contractuales**

Como hemos mencionado anteriormente, una inadecuada gestión predial puede tener consecuencias muy significativas en la ejecución de los proyectos de APP.

En ese contexto, los contratos suelen regular determinados mecanismos que podrán ser activados por el concesionario con el propósito de mitigar los impactos derivados del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de entrega de terrenos o liberación de interferencias. Estos abarcan desde las suspensiones y ampliaciones de plazo, modificaciones, la aplicación de compensaciones, hasta la invocación de la caducidad de la concesión.

A continuación, analizamos algunos de los mecanismos más relevantes:

##### **i. Mecanismos de compensación**

El MEF, a través de los Lineamientos, ha señalado que los contratos pueden establecer la posibilidad de que el concedente otorgue una compensación a favor del concesionario cuando se configure un incumplimiento de los plazos para la entrega de predios y/o liberación de interferencias.

Para tal efecto, se deberá determinar qué mecanismo de compensación resulta consistente con la naturaleza y los alcances del proyecto, así como con el posible impacto a la ruta crítica del proyecto. En particular, de acuerdo con los Lineamientos, se podrá regular como formas de compensación la ampliación de plazo, la suspensión de obligaciones o el pago de una indemnización.

---

<sup>26</sup> Ley 31841. Publicada el 12 de julio de 2023.

<sup>27</sup> Decreto Supremo 115-2023-PCM. Publicado el 11 de octubre de 2023.

<sup>28</sup> Decreto Supremo 240-2018-EF. Publicado el 30 de octubre de 2018.

## **ii. Modificación de los contratos**

Por otro lado, no es extraño que, debido a la problemática expuesta, las partes recurran a los procedimientos para la modificación o renegociación de los términos contractuales.

Según una publicación efectuada en el año 2015 por la Contraloría General de la República, a dicha fecha, es decir, hace aproximadamente ocho años atrás, una de las principales causas para modificar los contratos de APP se encontraba relacionada al “saneamiento y actualización del área de terrenos”.

En específico, la referida entidad destacó lo siguiente:

Esta es la tercera materia con mayor recurrencia en las renegociaciones contractuales (6 en total), y se han realizado en tres (3) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos - Inambari, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto de Irrigación de Olmos). Ello representa el 10% de recurrencias<sup>29</sup>.

Lo anterior, es consistente con lo analizado por la doctrina especializada en la materia, que encuentra en el saneamiento inadecuado de los terrenos uno de los motivos que ha ocasionado la modificación de los contratos de APP, especialmente, en el sector transporte:

El saneamiento de los terrenos afectados en el área de la concesión es otro de los temas recurrentes en las adendas; está presente en los contratos de la Red Vial 5, de la Red Vial 6, de la IIRSA Sur tramo 3 y del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, y representa el 50% de recurrencia en los contratos analizados en este trabajo. El problema lo constituye fundamentalmente la demora en la entrega de terrenos por parte del concedente, con lo cual se retrasa el inicio de las obras por parte del concesionario.<sup>30</sup>

Esta problemática, lamentablemente, no ha mejorado en los últimos años.

## **iii. Mecanismos de solución de controversias**

La falta de cumplimiento oportuno de las obligaciones vinculadas a la entrega de terrenos y/o la liberación de interferencias puede derivar en controversias o disputas que deberán ser resueltas en virtud de los mecanismos establecidos en el respectivo contrato.

---

<sup>29</sup> Contraloría General De La República. *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú*. Lima, 2015, p. 283.

<sup>30</sup> SUTO, Fénix y otros. *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. Lima: Universidad ESAN, 2013, p. 99.

De manera general, el arbitraje (que, dependiendo de la cuantía del caso, será nacional o internacional) es la vía para resolver las controversias que se originan durante la ejecución contractual<sup>31</sup>.

El Perú es uno de los países de la región más demandados a nivel internacional. Si bien los reclamos efectuados por los privados versan sobre diversas materias, podemos encontrar algunos casos en los que la discusión se centra en el incumplimiento del Estado de sus obligaciones respecto de los terrenos o áreas de la concesión.

Así, por ejemplo, en el año 2019, Autopista del Norte S.A.C. interpuso una demanda en contra de la República del Perú (Caso CIADI ARB/18/17) por el supuesto incumplimiento de, entre otras disposiciones, la cláusula 5.12 del Contrato de Concesión de los tramos viales de la Red Vial N° 4 (Pativilca - Santa - Trujillo y Salaverry - Empalme R01N) suscrito el 18 de febrero de 2009. La referida disposición contractual regula la obligación del Estado de dar acceso a los terrenos necesarios para la ejecución de las obras, libres de interferencias.

Después de realizar el análisis correspondiente, el Tribunal Arbitral concluyó que la referida obligación en efecto había sido incumplida por el concedente, razón por la cual condenó al Estado Peruano a efectuar un pago a favor de la concesionaria por más de ocho millones de dólares.

#### **iv. Caducidad**

Finalmente, en el supuesto de que la indisponibilidad de los terrenos torne la ejecución del proyecto en imposible, el concesionario podrá activar la cláusula de terminación o caducidad del contrato.

Es importante destacar que en la mayoría de los contratos de APP se regula la posibilidad de que el concesionario dé término a la relación contractual en caso el concedente no cumpla con poner a disposición las áreas necesarias para la correcta y oportuna ejecución de las obras.

A modo de ejemplo, presentamos algunas cláusulas que se han incluido en los diversos contratos adjudicados a la fecha bajo la modalidad APP en el sector transporte:

---

<sup>31</sup> Previamente al arbitraje, se deberá realizar un trato directo entre las partes (cuyo plazo dependerá de la naturaleza de la controversia). Sin embargo, es importante destacar que el trato directo ha demostrado ser una vía ineficaz para que las partes efectivamente arriben a soluciones o acuerdos respecto de los puntos en discusión, razón por la cual las materias controvertidas suelen ser resueltas en un arbitraje.

Proyecto	Causal de terminación
<b>(a) Carreteras:</b>	
<b>IIRSA SUR TRAMO 5</b>	<p>16.6. El CONCESIONARIO podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso que el CONCEDENTE incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales.</p> <p>16.7. Habrá incumplimiento grave de las obligaciones del CONCEDENTE en los siguientes casos: (...) c) Incumplimiento del CONCEDENTE en la entrega de la totalidad de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión en los plazos previstos en las Cláusulas 5.44 a 5.46 del Contrato.</p>
<b>LÍNEA AMARILLA</b>	<p>16.7. El CONCESIONARIO podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso que el CONCEDENTE incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales.</p> <p>16.8. Habrá incumplimiento grave de las obligaciones del CONCEDENTE en los siguientes casos: (...) b) Incumplimiento del CONCEDENTE en la Entrega del Área de la Concesión en los plazos previstos en el Capítulo V.</p>
<b>(b) Vías férreas:</b>	
<b>LÍNEA 2 DEL METRO DE LIMA Y CALLAO</b>	<p>15.7. El CONCESIONARIO podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso que el CONCEDENTE incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales.</p>

Proyecto	Causal de terminación
	<p>15.8. Se considerarán causales de incumplimiento grave de las obligaciones del CONCEDENTE, aquellas calificadas expresamente así en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:                      (...)                      (v) Incumplimiento injustificado en la entrega de la totalidad de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión, conforme a lo previsto en las Cláusulas 5.16 a 5.19 y Anexo N° 08, siempre que el mismo obedezca a causas imputables al CONCEDENTE.</p>
<b>(c) Aeropuertos:</b>	
<b>SEGUNDO GRUPO DE AEROPUERTOS DE PROVINCIA</b>	<p>15.4.1. El CONCESIONARIO podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso el CONCEDENTE incurra en incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo. Se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del CONCEDENTE, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:                      (...)                      d) Incumplimiento del CONCEDENTE en la entrega de las áreas de terreno comprendidas en el Área de la Concesión en la Fecha de Cierre.</p>
<b>(d) Puertos:</b>	
<b>TERMINAL PORTUARIO DE PAITA</b>	<p>15.1.4 Término por Incumplimiento del CONCEDENTE                      El CONCESIONARIO podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso el CONCEDENTE incurra en incumplimiento grave de las</p>

<b>Proyecto</b>	<b>Causal de terminación</b>
	obligaciones a su cargo, que se detalla a continuación: (...) b) Incumplimiento injustificado en la entrega de los Bienes del CONCEDENTE en el plazo establecido en el Contrato.
<b>TERMINAL PORTUARIO MULTIPROPÓSITO DE SALAVERRY</b>	14.1.4. Término por Incumplimiento del CONCEDENTE El CONCESIONARIO podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso el CONCEDENTE incurra en incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo, que se detalla a continuación: (...) b) Incumplimiento injustificado en la entrega del Área de la Concesión establecida en el Anexo 1, en el plazo establecido en el Contrato.

## V. Conclusiones

A la luz de lo revisado en el presente artículo, concluimos lo siguiente:

- a. La regulación aplicable a la gestión de terrenos para el desarrollo de proyectos de infraestructura mediante la modalidad de APP es un aspecto absolutamente fundamental para el éxito de las inversiones bajo este esquema. Sin terrenos, no hay obra posible.
- b. A nivel teórico, encontramos que el Estado ha establecido y desarrollado un marco normativo y contractual que persigue dar una estructura legal sólida, que permita gestionar los terrenos de manera eficaz. Sin embargo, la experiencia nos revela que, en la práctica, ello no se viene cumpliendo conforme a lo esperado.
- c. Esto provoca diversos problemas respecto a todas las partes involucradas en el desarrollo de los proyectos de APP, incluyendo al Estado, que incumple sus contratos y sus obligaciones frente a la sociedad, al inversionista, pues se ve seriamente afectado en términos de tiempo, recursos y reputación, y; lo más relevante, al ciudadano, que no solo no accede a los servicios esperados del proyecto, sino que asumirá las indemnizaciones a cargo del Estado con el pago de sus impuestos.

- d. Si bien se han dado muchos esfuerzos para intentar resolver esta problemática, concluimos que lamentablemente ello no ha sido suficiente, por lo que es prioritario analizar y promover la optimización del marco normativo existente, a efectos de garantizar una gestión predial correctamente planificada, célere y efectiva. No parece razonable emitir nuevas normas, si no procurar una aplicación eficiente y efectiva de las existentes.
- e. Ello, toda vez que estamos convencidos de que la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, mediante la modalidad de APP, es un factor clave para impulsar el desarrollo de nuestro país, con más oportunidades de desarrollo y crecimiento para todos sus ciudadanos.

# Proyecto de nueva ley de industrias: ¿Una mirada al futuro o un guiño al pasado? Análisis desde el punto de vista del Análisis de Impacto Regulatorio

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos\*

**Resumen.** - El presente artículo examina el Proyecto de Ley N° 5892/2023-CR de Perú, considerando los estándares de mejora regulatoria y evalúa su capacidad para impulsar el incremento de la productividad industrial. Se destaca, además, la posible controversia que podría generar tanto a nivel nacional como internacional, en relación con las normativas vigentes.

**Abstract.** - This article examines Peru's Draft Law No. 5892/2023-CR, considering the standards of regulatory improvement and evaluates its capacity to boost industrial productivity growth. It also highlights the possible controversy that it could generate both nationally and internationally, in relation to existing regulations.

**Palabras Clave.** - Tributario - Política - Mejora regulatoria - Industria.

**Keywords.** - Taxation - Politics - Regulatory improvement - Industry.

---

\* Abogado por la PUCP, con estudios de maestría en dirección de negocios internacionales y comercio exterior por la USIL y ESIC Marketing School. Ha sido ex presidente de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI y asesor en el Despacho Presidencial, así como en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Actualmente es miembro del Consejo Directivo de PROMPERU y del Consejo Nacional de Competitividad.

## **I. Introducción**

Cuando escuchamos la palabra “regulación”, generalmente se nos viene a la mente palabras como: burocracia, papeleo, tramitología, sobreregulación, costos, trabas, barreras, corrupción, entre otras. Pero la regulación no es mala *per se*, muchas veces es necesaria. Pero cuando se dé, debe atender un objetivo o finalidad concreta, sustentada en evidencia, y construirse de forma transparente y participativa. Y ello no se ha dado históricamente en el país, salvo excepciones muy particulares. En líneas generales, es un problema que los actores económicos enfrentan en el día a día, tanto frente al Gobierno central como a nivel local.

Por eso es tan importante que el Gobierno haya adoptado la política de mejora regulatoria. Si bien, en 2016, en un contexto de convicción al más alto nivel por ser parte de la OCDE, se recibió con mucho entusiasmo la promulgación del Decreto Legislativo N° 1310, que hace referencia por primera vez al análisis de calidad regulatoria, es con el Decreto Legislativo N° 1448 que se dispuso el proceso de mejora de la calidad regulatoria, incluyendo distintas herramientas, como la simplificación administrativa, el análisis de calidad regulatoria, el análisis de impacto regulatorio (AIR) *ex ante* y *ex post*, entre otras; que, posteriormente, en 2018, se incluyen dentro del Plan Nacional de Competitividad y Productividad.

Finalmente, con el Decreto Legislativo N° 1565 se aprobó este año la Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria, con lo que se termina de fortalecer la obligatoriedad (por lo menos para el Ejecutivo) del uso del AIR y el empleo de evidencia e intercambio de información para la adopción de decisiones.

Pero si bien resulta de aplicación solo para el Ejecutivo, el Congreso de la República también cuenta con ciertos estándares que debe cumplir en su proceso de formulación legislativa. Así, la contraparte parlamentaria de la mejora regulatoria se dio mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR, que dispuso la modificación de diversos artículos de su Reglamento, incluyendo en la práctica parlamentaria determinadas disposiciones que obedecen a los estándares del AIR.

Entre estas, resaltamos lo referido a la presentación de las propuestas legislativas. El artículo 75° del Reglamento dispone expresamente que las propuestas deben contener una exposición de motivos donde se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta, los antecedentes legislativos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar, así como el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Congreso de la República del Perú. (2021). Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR. Por lo cual se expide la modificación de diversos artículos del Reglamento del Congreso, para optimizar el procedimiento legislativo.

Lo anterior no hace más que garantizar que las propuestas de ley sean formuladas con debido sustento y evidencia, es decir, con altos niveles de calidad, lo que finalmente mejorará su debate y, de ser viable, su eventual aprobación.

Pero lo que se da en la teoría, difícilmente lo vemos plasmado en la realidad. Como ejemplo de ello, analizaremos el Proyecto Ley N° 5892/2023-CR, del congresista José Enrique Jerí Oré, del grupo parlamentario Somos Perú, presentado al Congreso en setiembre de este año (en adelante, “el Proyecto”).

## **II. Análisis del proyecto de nueva ley de industrias**

Según el artículo II del Proyecto, su objeto es el siguiente:

La presente ley tiene por objeto iniciar un proceso de industrialización en diferentes aspectos productivos del país e instituir el sustento de ordenación del sector industrial, así como los criterios de coordinación al interior de la administración pública, teniendo como principios rectores a los siguientes:

- a. Posicionar a la industria como eje central para el desarrollo del país.
- b. Establecer una estrategia de base productiva, sectorial que implemente una estrategia de fomento a la producción y el desarrollo de sectores industriales específicos.
- c. Promover una verdadera descentralización económica de las regiones que busque distribuir el desarrollo económico y las oportunidades industriales de manera equitativa en distintas regiones del país, evitando una concentración excesiva en un área específica.
- d. Impulsar una industria sostenible que tenga en cuenta la utilización de buenas prácticas industriales que sean socialmente inclusivas y ambientalmente responsables.
- e. Generar empleos con condiciones justas y adecuadas para los trabajadores.
- f. Lograr el desarrollo regional y territorial en un contexto de desarrollo equitativo y equilibrado en todas las regiones y territorios del país.
- g. Promover la asociatividad y generación de clústeres. Incentivando la colaboración y agrupación de empresas en clústeres industriales para fortalecer la competitividad y la innovación.<sup>2</sup>

Y claro, si uno lee lo anterior pensará que es un buen proyecto. Pero al leerlo en su integridad se dará cuenta que, para lograrlo, se basa, en su mayoría, en exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios. Y acá nos encontramos con un gran primer alejamiento de los estándares de mejora regulatoria descritos en el primer punto.

---

<sup>2</sup> Congreso de la República del Perú. (Septiembre 12, 2023). Proyecto Ley 5892/2023-CR. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTI3MDg2/pdf>

## **i. Marco general del Código Tributario**

El Código Tributario, en su Norma VII, dispone una serie de reglas que debe cumplir toda norma legal que contenga exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios.

Entre estas, que esté sustentada en una Exposición de Motivos que contenga el objetivo y alcances de la propuesta, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis cuantitativo del costo fiscal estimado de la medida, especificando el ingreso alternativo respecto de los ingresos que se dejarán de percibir a fin de no generar déficit presupuestario, el sustento que demuestre que la medida adoptada resulta más eficaz y eficiente respecto a otras opciones de política de gasto público considerando los objetivos propuestos, y la evaluación de que no se generen condiciones de competencia desiguales respecto a los contribuyentes no beneficiados. Estos requisitos son de carácter concurrente<sup>3</sup>. El cumplimiento de lo señalado en este inciso constituye condición esencial para la evaluación y aprobación de la propuesta legislativa.

Asimismo, la propuesta deberá ser acorde con los objetivos o propósitos específicos de la política fiscal planteada por el Gobierno nacional, consideradas en el Marco Macroeconómico Multianual (MMM) u otras disposiciones vinculadas a la gestión de las finanzas públicas.

De igual manera, la propuesta deberá señalar de manera clara y detallada el objetivo de la medida, los sujetos beneficiarios, los indicadores, factores y/o aspectos que se emplearán para evaluar el impacto de la exoneración, incentivo o beneficio tributario; así como el plazo de vigencia de la exoneración, incentivo o beneficio tributario, el cual no podrá exceder de tres (03) años. Toda exoneración, incentivo o beneficio tributario concedido sin señalar plazo de vigencia, se entenderá otorgado por un plazo máximo de tres (3) años. Para la aprobación de la propuesta legislativa se requiere informe previo del MEF.

Así, el Proyecto, tanto en su parte normativa como en la Exposición de Motivos, no contiene el análisis del costo fiscal; los plazos de vigencia exceden los 3 años; no se cuenta con informe favorable del MEF y el MMM 2024-2027 establece como una de las prioridades de la política tributaria la revisión de las exoneraciones con el fin de elevar los ingresos permanentes del Gobierno, lo que no es consistente con las medidas contenidas en el Proyecto.

Tal como detalla el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) en su opinión remitida al Congreso<sup>4</sup>, los gastos tributarios estimados del MMM 2024-2027, para los años 2023 y 2024, superan el 2% de PBI para cada año. Por ello, se debe cumplir el requisito de evaluar el costo tributario y sustentar que las medidas tributarias propuestas (como reinversión de utilidades y régimen especial de depreciación) resultan más eficaces y

---

<sup>3</sup> Texto Único Ordenado del Código Tributario. Decreto Supremo N° 133-2013-EF, Norma VII. 22 de junio de 2013.

<sup>4</sup> Banco Central de Reserva del Perú. Oficio N° 199-2023-BCRP. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTM5Mzkz/pdf>.

eficientes respecto de otras opciones de política económica, e identificar fuentes de ingreso alternativo que evite la erosión de la recaudación fiscal.

## **ii. Sectores privilegiados**

En cuanto al ámbito de aplicación del Proyecto, se establecen ocho (8) sectores priorizados con criterios de abundancia de materias primas, ventajas comparativas y competitivas reveladas; así como un mercado internacional abierto y de amplio desarrollo. Estos sectores son los siguientes:

- a. Alimentos y agroindustria
- b. Pesca y acuicultura
- c. Textil y confecciones
- d. Industria naval
- e. Energías renovables y electromovilidad
- f. Proveedores a la minería
- g. TIC y contenidos digitales
- h. Forestal

Respecto de ellos, se aplica un régimen de reinversión de utilidades (como mínimo el 20% de las utilidades netas) en adquisición de maquinarias, tecnología, contratación de nuevos trabajadores, infraestructura y mejoramiento de procesos productivos, pudiendo descontar hasta el 70% del impuesto a la renta; y uno especial de depreciación de activos, que comprende la maquinaria y equipo utilizados que hayan sido adquiridos en los ejercicios gravables del 2024 hasta el 2034, los cuales se podrán depreciar aplicando sobre su valor el porcentaje anual de depreciación hasta un máximo del 33.33%, hasta su total depreciación.

Sobre lo anterior, ya existen instrumentos normativos promotores de algunos de estos sectores, como el agrario (Ley N° 31110), forestal (Decreto Legislativo N° 1517 y Decreto Supremo N° 019-2022-MIDAGRI) y acuicultura (Ley N° 31666), así como políticas nacionales que los priorizan, como la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Decreto Supremo N° 009-2013-MINAGRI), la Política Nacional de Desarrollo Industrial (Decreto Supremo N° 016-2022-PRODUCE) o la Política Nacional de Acuicultura (Decreto Supremo N° 001-2023-PRODUCE).

Asimismo, según opinión remitida por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM)<sup>5</sup>, el marco legal minero ya regula las distintas actividades relacionadas con el sector, por lo que no corresponde al Proyecto incluir disposiciones relacionadas con él. Es más, las disposiciones del Proyecto contravendrían el marco legal minero. Además, no resultan

---

<sup>5</sup> Ministerio de Energía y Minas. Oficio N° 474-2023-MINEM/DM. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTM4OTg4/pdf>

necesarias, ya que a la fecha existe una regulación para las actividades extractivas de minerales y su beneficio, así como una política de sostenibilidad en su explotación.

Así pues, resulta controversial que se privilegien determinados sectores económicos, y que se considere la promoción de su competitividad en base solo a incentivos tributarios. Estos, si acaso necesarios, en función de rigurosa evaluación conforme a los estándares que dispone la Norma VII del Código Tributario, deben considerarse como parte del diseño más amplio de políticas públicas, que abarquen conectividad, desarrollo del capital humano, ambiente de negocios, entre otros elementos.

Las distorsiones que generan los incentivos tributarios son asignación menos eficiente de recursos, mayor complejidad del sistema tributario y de costos de cumplimiento y de administración, comportamientos no deseados, pérdida de recaudación innecesaria afectación de compromisos internacionales.

Según el Instituto Peruano de Economía (IPE)<sup>6</sup>, el sistema tributario como un todo, y no lo incentivos, es más importante para los inversionistas. Y dentro del sistema, la certidumbre sobre la aplicación de la normativa tributaria por encima de la existencia de incentivos.

¿Es el momento adecuado para pensar en incentivos tributarios? La recaudación fiscal en el Perú se ubica 10 puntos porcentuales por debajo del promedio de América Latina. Y los incentivos tributarios para la industria en el Perú son de mayor magnitud que en el resto de la región. Nada de esto se analiza en el Proyecto.

### **iii. Promoción de inversión en áreas geográficas**

El Proyecto dispone la creación de los llamados “Polos de Desarrollo Productivo”, los cuales pueden ser públicos o privados, y se constituyen en zonas altoandinas (por encima de los 2,500 msnm) o en la Amazonía, con aprobación de los Gobiernos Regionales.

Quienes se instalen en estos Polos gozan de las siguientes exoneraciones: impuesto a la renta de tercera categoría, tasas arancelarias a las importaciones de bienes de capital e insumos y materias primas con fines de uso productivo, e IGV a las importaciones.

Al respecto, ya existen antecedentes sobre medidas de promoción en la Amazonía y en las zonas altoandinas, bajo la figura de incentivos tributarios. ¿Por qué funcionaría ahora sí?

Según estudio de Escobal & Armas<sup>7</sup>, las medidas de promoción de la Amazonía (Ley N° 27037) no muestran señales claras de haber logrado resultados importantes, mientras que en las zonas altoandinas (Ley N° 29482), las exoneraciones tributarias no parecen haber tenido un impacto positivo sobre la actividad económica en las zonas de

---

<sup>6</sup> Instituto Peruano de Economía (2023). Opinión Institucional. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTQwODky/pdf>

<sup>7</sup> Escobal, J; Armas, C. (2018). Inclusión económica y tributación territorial: el caso de las exoneraciones altoandinas. *Grupo de Análisis para el Desarrollo*, (39), 1-4. <https://www.grade.org.pe/wp-content/uploads/GRADEap39.pdf>

intervención, y tampoco en los ingresos o gastos de consumo de los hogares, ni sobre las tasas de pobreza.

En el caso de los beneficios tributarios en la Amazonía, el costo tributario es de S/ 5,450 millones al año, lo que representa cerca de medio punto del PBI. Pese a ello, en esta zona aún predominan la pobreza y precarias condiciones de vida. Por ejemplo, en Loreto, casi el 40% de su población se encuentra en condición de pobreza, siendo la sexta región que registra mayor pobreza a nivel nacional. Asimismo, el 58.6% se mantiene en pobreza multidimensional, es decir, 3 de cada 5 loretanos carece de al menos un servicio básico que le asegure una calidad de vida digna.

Por ello, desde un punto de vista de política pública, se recomienda abandonar las políticas de exoneración tributaria a ciegas y más bien incrementar la inversión pública que reduzca los costos, para incentivar la inversión en estas zonas.

Un ejemplo es San Martín. Por Ley N° 28575 se eliminaron exoneraciones e incentivos tributarios. A cambio, el Gobierno central se comprometió a transferir anualmente un monto importante para proyectos de inversión prioritarios de la región<sup>8</sup>. Como resultado, creció el PBI y se redujo la tasa de pobreza.

Así pues, la evidencia indica que es mejor incrementar inversión pública que seguir desviando recursos hacia alternativas que no han mostrado impacto positivo.

Y en todo caso, asignar a los Gobiernos Regionales la propuesta, evaluación y aprobación de estos Polos de Desarrollo Productivo podría no ser tan positivo, por la incapacidad del recurso humano y la potencial corrupción que ello podría generar. Nada de esto tampoco se analiza en el Proyecto.

#### **iv. Preferencia por lo nacional**

El Proyecto dispone extender los incentivos tributarios de la Ley N° 30309, Ley que promueve la investigación científica, desarrollo e innovación tecnológicos (deducción de gastos) a las empresas que adquieran bienes nacionales y/o utilicen materias primas e insumos nacionales.

Lo que a primera vista podría considerarse acertado, ya que daría ciertas preferencias a los productos nacionales, no solo va en contra de disposiciones constitucionales que prohíben tratos discriminatorios, sino que incumple obligaciones internacionales asumidas por el Perú.

Por ejemplo, los principios de trato nacional y restricciones cuantitativas previstos en el Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Así, el artículo segundo de dicho Acuerdo establece lo siguiente:

---

<sup>8</sup> Ley N° 28575, Ley de inversión y desarrollo de la región San Martín y eliminación de exoneraciones e incentivos tributarios. (06 de julio de 2005). Diario Oficial El Peruano.

Artículo 2:

Sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones dimanantes del GATT de 1994, ningún Miembro aplicará ninguna Medida en Materia de Inversiones relacionadas con el gobierno (MIC) que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III u XI del GATT de 1994.

En el Anexo del presente Acuerdo figura una lista ilustrativa de las MIC que son incompatibles con la obligación de trato nacional, prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, (...).<sup>9</sup>

Y cuando vamos al referido Anexo, encontramos lo siguiente:

Las MIC incompatibles con la obligación de trato nacional (...) comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que prescriban:

La compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local; (...)<sup>10</sup>

Es decir, condicionar una ventaja (beneficio tributario) a la compra o utilización de productos nacionales constituye una clara violación a las normas de la OMC.

Pero no solo eso. Esta misma disposición ha sido recogida bajo los principios de trato nacional y requisitos de desempeño en los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLCs), así como en muchos de los Acuerdos Bilaterales de Inversión (BITs) con los que cuenta el Perú.

Es por ello que en el proceso de implementación del TLC con EE.UU se expidió el Decreto Legislativo N° 1035, que modificó todas aquellas disposiciones que contemplaban beneficios condicionados a producción local o uso de producción nacional, como la Ley de la Amazonia, las normas de promoción del sector agrario, la disposición del Decreto Legislativo N° 653 sobre prohibición del uso de la leche en polvo importada, y la derogatoria de la Ley N° 28242, que concedía bonificaciones en los procesos de ejecución de obras, de concesión y privatización, a quienes incorporen bienes elaborados en territorio nacional.<sup>11</sup>

Adicionalmente, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC considera los incentivos fiscales dentro de la definición de subvenciones, y dispone su

---

<sup>9</sup> Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, 01 de enero de 1995. [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/18-trims\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims_s.htm)

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Presidencia de la República. (2008). Decreto Legislativo N°. 1035. Por lo cual se aprueba la Ley de adecuación al "Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio" de la Organización Mundial del Comercio - OMC.

prohibición cuando se pretenda concederlos sujeto al uso de productos nacionales en vez de productos importados.

Por todo lo anterior, incluir estas disposiciones en el Proyecto viola diversos acuerdos comerciales internacionales, lo que enfrentaría al país a mecanismos de solución de controversias que derivarían en la aplicación de significativas sanciones económicas, además de medidas de retaliación comercial por parte de sus socios comerciales.

#### **v. Fondo de desarrollo**

El Proyecto dispone la creación de un llamado Fondo de Desarrollo Industrial (FDI), administrado por COFIDE (Banco de Desarrollo del Perú), a través del otorgamiento de una garantía del Gobierno Nacional a los créditos generados en favor de las empresas, así como del otorgamiento de un mecanismo de subsidio denominado Bono al Buen Pagador del Fondo de Desarrollo Industrial (BBP).

Al respecto, esta propuesta implicaría comprometer recursos fiscales, tanto para financiar el subsidio BBP como en caso las empresas prestatarias no devuelvan los créditos otorgados por las entidades financieras y las compañías de seguros, COFIDE y el Banco de la Nación.

Actualmente, según el BCRP, los montos máximos asignados de créditos con garantía estatal ascienden a S/ 2,443 millones (incluye programas FAE MYPE, PAE MYPE, FAE Turismo, FAE Agro y FAE Texco)<sup>12</sup>. Asimismo, se encuentra en ejecución el programa Impulso MYPERÚ, que otorga garantías y financia el subsidio “Bono a Buen Pagador de Impulso MYPERU” hasta por S/ 5,000 millones.

El Proyecto no indica el porcentaje de crédito que sería garantizado. Esto es importante para la distribución del riesgo crediticio en el sistema financiero y la calidad de la cartera de créditos con el consecuente costo fiscal. El Proyecto tampoco precisa el tratamiento de las empresas que actualmente ya cuentan con créditos garantizados por el Gobierno nacional.

#### **vi. Promoción de sector energético y de electromovilidad**

El Proyecto dispone incentivos particulares a empresas de electromovilidad, centrales de energías renovables, almacenamiento y transmisión eléctrica. En cuanto a la electromovilidad, se dispone la exoneración del IGV a la venta de vehículos eléctricos y tecnologías asociadas hechas en Perú, por 20 años; incentivos fiscales a la adquisición de vehículos eléctricos nacionales, como deducciones del impuesto a la renta y facilidades de financiamiento; incentivos tributarios de reinversión de utilidades y depreciación acelerada en caso de adquisición de tecnología asociada a la electromovilidad. Asimismo, incentivos a la industria nacional en la instalación y operación de puntos de carga eléctrica.

---

<sup>12</sup> Banco Central de Reserva del Perú. (2023). Reporte de Inflación: Panorama actual y proyecciones macroeconómicas 2023-2024. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2023/marzo/reporte-de-inflacion-marzo-2023.pdf>

En cuanto a energías renovables, se dispone que el Estado establecerá metas progresivas para la incorporación de energías renovables en el sector industrial, con el objetivo de alcanzar un porcentaje mínimo de generación eléctrica proveniente de fuentes renovables en los próximos 5 años. Los beneficios contemplados son reinversión de utilidades y depreciación acelerada; financiamiento a cargo del FDI; sistema de certificados verdes; subvenciones y fondos de inversión; procedimientos simplificados para obtención de licencias, permisos y autorizaciones para construcción y operación de centrales de energías renovables.

En cuanto a proyectos de almacenamiento y transmisión eléctrica que usen tecnologías derivadas de minerales estratégicos (cobre y litio), se dispondrá beneficios de reinversión de utilidades y depreciación acelerada, así como incentivos para investigación y desarrollo y formación de capital humano. Asimismo, el Estado promoverá la creación de Centros de Investigación y Desarrollo mediante apoyo económico y recurso para fomentar la innovación y avance tecnológico en el sector.

Sobre las centrales de energías renovables, estas ya cuentan con incentivos que se encuentran recogidos en el Decreto Legislativo 1002. Asimismo, se encuentra pendiente en el Congreso aprobar un proyecto de ley que fomentaría una mayor participación de las energías renovables no convencionales en la matriz energética.

En cuanto al almacenamiento de energía, en el Proyecto no se incluye sustento para el tratamiento de este tipo de tecnología, que por sus características es distinta a las actividades que actualmente se desarrollan en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

#### **vii. Industria digital y del conocimiento**

El Proyecto dispone beneficios de reinversión de utilidades y depreciación acelerada para este sector. Asimismo, contempla un beneficio tributario de deducción del 25% adicional de la remuneración pagada al personal con maestría, doctorado o título especializado, el cual podrá llegar al 50% en caso de las Mypes.

Tal como afirma el BCRP, lo anterior podría generar incentivos a la sustitución de trabajadores con estos títulos en detrimento de aquellos que no los tengan, incluso para actividades que no necesiten tales calificaciones<sup>13</sup>. Ello podría generar una distorsión, ya que se podría perjudicar a un trabajador sin título, con conocimiento de la labor que hace, para favorecer a un trabajador con un grado académico, pero menos productivo.

Asimismo, tomando en cuenta la baja calidad educativa, esta medida podría generar un mercado de otorgamiento de grados sin sustento de calidad, y un potencial beneficio a políticos propietarios de universidades.

---

<sup>13</sup> Banco Central de Reserva del Perú. (2023). Reporte de Inflación: Panorama actual y proyecciones macroeconómicas 2023-2024. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2023/marzo/reporte-de-inflacion-marzo-2023.pdf>

### **viii. Compras públicas**

El Proyecto contempla el otorgamiento de puntaje adicional a los bienes y servicios nacionales. Concretamente, 15% sobre el puntaje total obtenido por los postores, en la calificación final del proceso de contratación)

Al igual que lo comentado en el apartado de la preferencia al contenido nacional, los capítulos de Contratación Pública de los TLCs incluyen un principio de trato nacional. Como parte del proceso de implementación del TLC con EE.UU. se expidió, en ese entonces, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en el que se estipula que en aquellas contrataciones que se encuentren bajo el ámbito de tratados u otros compromisos internacionales, que impliquen la aplicación de los principios de Trato Nacional y No Discriminación, se deberá conceder a los bienes, servicios y proveedores de la otra parte, un trato similar o no menos favorable que el otorgado a los bienes, servicios y proveedores nacionales.<sup>14</sup>

Es decir, si se estipula algún tipo de preferencia a bienes nacionales en procesos de contratación pública, se tendrá que extender esa preferencia a los bienes de los países con los que tenemos TLC, que son muchos. Al ser tantos, pierde sentido la preferencia.

### **ix. Parques industriales**

El Proyecto dispone beneficios fiscales a las empresas que se trasladen a parques industriales, como exoneración del impuesto predial durante los primeros tres años de operación (posteriormente, reducción del 75% por los tres años siguientes y 50% por los tres subsiguientes), trámites simplificados y centralizados en la Ventanilla Única.

Al respecto, ya se cuenta con un marco legal que apoya la gestación de zonas económicas especiales (ZEE) y que promueve la creación del sistema nacional de parques industriales<sup>15</sup> y de sus respectivos planes de desarrollo.

Por un lado, como bien menciona la Sociedad de Comercio Exterior del Perú (ComexPerú), las intervenciones mediante ZEE no han logrado resultados significativos.<sup>16</sup> De otro lado, desde la creación del sistema de parques industriales en 2015, solo 3 parques industriales privados se han incorporado al sistema en 2022 (Chutana, Indupark y Sector 62).

Así, las exportaciones vía ZEE solo representan un 0.11% del total de nuestros envíos al mundo, participación que poco o nada ha variado en el tiempo. Según la experiencia internacional, lo que una ZEE requiere es infraestructura de transporte eficiente, acceso confiable a servicios básicos y mano de obra cualificada. Pero nada de esto se dispone en el Proyecto.

---

<sup>14</sup> Presidencia de la República. (2008). Decreto Legislativo 1035. Por lo cual se aprueba la Ley de contrataciones del Estado.

<sup>15</sup> Presidencia de la República. (2015). Decreto Legislativo 1199. Por lo cual se crea el sistema nacional de parques industriales

<sup>16</sup> ComexPerú. (29 de septiembre de 2023). *Zonas económicas especiales: Altas expectativas, bajos resultados*. <https://www.comexperu.org.pe/articulo/zonas-economicas-especiales-altas-expectativas-bajos-resultados>

#### **x. Acceso al mercado eléctrico**

El Proyecto dispone que los usuarios cuya máxima demanda anual sea igual o menor a 50 kW se considerarán regulados. Y los que tengan una demanda mayor a 50 kW hasta 2,500 kW, tendrán derecho a elegir entre se considerado regulado o libre. Para el caso de una demanda mayor a 2,500 kW, serán considerados libres.

Sobre esto, el Ministerio de Energía y Minas ha exigido mayor análisis por los efectos negativos que esta propuesta pueda traer. Reducir el umbral para ser usuario regulado, a fin de que las Pymes o Mypes puedan migrar al mercado libre podría provocar impactos negativos en dichos usuarios, debido a que estarían expuestos a la volatilidad de precios de mercado libre originado por las variaciones de los costos marginales de mercado spot.

### **III. Comentarios generales**

Desde el punto de vista del AIR, debemos partir de la identificación de un problema público. En este caso, parecería ser el estancamiento de la actividad industrial en el país. Partiendo de esa premisa, lo que el congresista Jerí debió hacer es poner el tema en debate, armar mesas de trabajo con representantes del sector público y privado (incluyendo sector empresarial, sociedad civil y academia), y comenzar un ejercicio de validación del problema identificado.

Fruto del trabajo de esas mesas podría confirmarse el problema, o tal vez identificar otros más, y analizar las distintas propuestas que podrían implementarse para atender los problemas identificados. Para finalmente proseguir, si fuera el caso, con una propuesta de ley.

Al no haberse dado lo anterior, el resultado generado es negativo. Al poner por adelantado un proyecto equivocado, que no dimensiona bien los problemas ni las soluciones, se orienta el debate a una posición muy crítica frente al Proyecto.

Y es que si bien pudiera considerarse como positivos algunos elementos aislados del Proyecto, como la creación del Consejo de Política Industrial como órgano consultivo público-privado o la de una Ventanilla Única MYPE e Industria, el balance es largamente negativo.

Para comenzar, lo dispuesto en el Proyecto no mejorará la productividad de la industria. Según el artículo *Some Casual Effects of an Industrial Policy*<sup>17</sup>, las políticas de impulso a empresas (subsidios) para promover inversiones tienen efectos sobre el empleo en pequeñas empresas, pero no en la productividad total de la industria ni menos en empresas de mayor tamaño.

Incluso se sostiene que este tipo de políticas resultan ser incentivos para el enanismo. Es decir, si en algún caso se establecieran “condiciones” de tamaño de empresas para gozar

---

<sup>17</sup> Criscuolo, C., Martin, R., Overman, H., & Van Reenen, J. “Some Casual Effects of an Industrial Policy”. En *American Economic Review*, Vol. 109, N° 1, January 2019, p. 48-85.

de beneficios tributarios, estas permanecerían siendo pequeñas para no perder tales beneficios.

Finalmente, una política industrial cuyo objetivo sea promover la competitividad del sector, no debería basarse en beneficios fiscales, que solo generan una competitividad artificial.

Por lo anterior, algunas herramientas que serían útiles debatir en el contexto de brindar mayor competitividad y productividad a las industrias son la institucionalización de las mesas ejecutivas como espacios continuos de relacionamiento público-privado a fin de levantar barreras sectoriales; impulso a la transformación digital y a la mejora regulatoria; promover calificaciones laborales; diversificación productiva, entre otras.

## ¡Ganamos! ¿Ahora, qué viene?: Algunas problemáticas alrededor del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales

Andrea Espejo Donaire\*

**Resumen.** – En un proceso arbitral, se despliegan esfuerzos para obtener resultados positivos, pero el laudo, como un "premio", no asegura efectos inmediatos. A menudo, se requieren pasos adicionales para materializar los resultados. Aunque una parte salga victoriosa, la ejecución del laudo no es automática, y puede ser necesario recurrir a un proceso de reconocimiento y ejecución. Este artículo explora los desafíos en dicho proceso bajo la ley peruana y tratados aplicables.

**Abstract.** – In an arbitration process, efforts are made to obtain positive results, but the result, as an "award", does not guarantee immediate effects. Often, additional steps are required to materialize the results. Even if a party is victorious, enforcement of the award is not automatic, and it may be necessary to rely on a recognition and enforcement process. This article explores the challenges in such a process under Peruvian law and applicable treaties.

**Palabras clave.** – Laudo arbitral – reconocimiento – proceso – ejecución.

**Keywords.** – Arbitration award - recognition – process – enforcement.

---

\* La autora posee un Máster (LLM) en Arbitraje Internacional de la Universidad de Miami. Se destaca como experta en la resolución de conflictos en ámbitos de arbitrajes internacionales y domésticos. Ha desempeñado roles representativos en nombre del Estado Peruano, así como en representación de entidades tanto públicas como privadas. Su experiencia abarca diversos sectores, destacándose en cuestiones relacionadas con energía, concesiones y construcción.

## **I. Efectos del Laudo**

El Decreto Legislativo 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje en el Perú (en adelante, Ley de Arbitraje Peruana), dispone que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.<sup>1</sup> En consecuencia, lo ordenado en el laudo debiera ser cumplido por las partes espontáneamente, esto es, en forma directa y voluntaria, desde el momento de su notificación.

En caso ello no suceda, cuando una de las partes se rehúsa a acatar lo laudado, puede ser necesario tener que exigirlo en forma coercitiva. La parte interesada podrá pedir el reconocimiento y la ejecución del laudo ante el propio tribunal arbitral, en caso las partes hayan acordado hacerlo o esté así previsto en el reglamento arbitral aplicable,<sup>2</sup> o ante la autoridad judicial competente.<sup>3</sup>

En este contexto, hay dos situaciones que se pueden presentar. Una de ellas es que se soliciten pedidos contra el laudo, como los pedidos de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión de laudo; y, un segundo escenario, es que una de las partes solicite la nulidad de todo o parte del laudo arbitral.

En el primer escenario, en caso haya existido pedidos de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión de laudo, el pedido de reconocimiento y ejecución se deberá solicitar luego de que el tribunal arbitral resuelva los referidos pedidos, puesto que los mismos forman parte integrante del laudo.<sup>4</sup>

En el segundo escenario, se debe considerar que el recurso de anulación de laudo no suspende los efectos del laudo; es decir, no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni suspende la posibilidad de pedir su ejecución por vía arbitral o judicial.

Si bien es posible solicitar la suspensión de los efectos del laudo, en el marco de un proceso de anulación de laudo, la parte impugnante deberá cumplir con otorgar la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable, a efectos de que se produzca la suspensión. En caso no se haya acordado algún requisito, será la corte la que concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis meses renovables durante todo el trámite del proceso de anulación y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.<sup>5</sup>

Por tanto, a menos que se haya otorgado expresamente la suspensión de los efectos del laudo por parte de la corte, el laudo surte plenos efectos desde su notificación

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 1071, artículo 59.1. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008.

<sup>2</sup> *Ibid.*, artículo 67.

<sup>3</sup> *Ibid.*, artículo 59.3.

<sup>4</sup> *Ibid.*, artículo 58.2.

<sup>5</sup> *Ibid.*, artículo 66.

a las partes, incluso si se hubiese interpuesto un recurso de anulación ante la corte competente.

## **II. El Proceso de Reconocimiento de Laudo en el Perú**

El reconocimiento y ejecución de un laudo se regula por la normativa del país donde se pretenda reconocer y ejecutar dicho laudo, además de los tratados que puedan resultar de aplicación, como podría ser la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York).

De conformidad con el artículo 74 de la Ley de Arbitraje, los laudos que califican como laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados en el Perú, de conformidad con alguno de los siguientes instrumentos:

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York);
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
- c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.<sup>6</sup>

Al respecto, es importante destacar que tanto el Artículo VII de la Convención de Nueva York como el artículo 78 de la Ley de Arbitraje Peruana consagran el principio de "máxima eficacia", debiendo aplicarse la norma que sea más favorable para el reconocimiento, sea que estén previstas en el derecho interno o en un tratado. Es decir, si la ley del lugar donde se busca el reconocimiento tiene requisitos más convenientes a que se otorgue el reconocimiento, estos prevalecerán sobre los requisitos previstos en la Convención de Nueva York, por ejemplo; sin embargo, en caso la Convención tengan requisitos más favorables al reconocimiento, estos prevalecen sobre el derecho interno del foro.

De acuerdo al denominado principio de "máxima eficacia", se establece que para el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero siempre prevalecerá aquella norma que sea más favorable al reconocimiento. Como bien nos ilustran, Fouchard, Gaillard y Goldman, el principio de máxima eficacia soluciona dos tipos de problemas:<sup>7</sup>

First, it resolves conflicts between international conventions: the convention which prevails is neither the most recent, nor the most specific, but instead that which is most favorable to enforcement of the award. This ties in with the idea of the "maximum effectiveness" of each treaty.

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, art. 74.1.

<sup>7</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. "Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration". Kluwer Law International, 1999, pp. 133-134.

The second type of conflict avoided through the application of the “more-favourable-right provision” is that between the rules of the New York Convention and those of the law of the contracting state in which the award is to be enforced. The traditional solution to such a conflict, whereby international treaties prevail over national laws, is thus rejected. The contracting states clearly intended that the Convention provide only the minimum level of protection for the beneficiary of the award.

De esta manera, se reconoce que:

La Convención trata de fomentar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales en el mayor número posible de casos. Con tal fin, en el párrafo 1 de su artículo VII se excluye la imposición por el derecho interno de condiciones para su reconocimiento y ejecución que sean más estrictas que las previstas en la Convención, si bien se acepta que continúe aplicándose toda disposición del derecho interno que conceda derechos especiales o más favorables a la parte que pida la ejecución de una sentencia.<sup>8</sup>

Es ampliamente reconocido tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial que la Convención de Nueva York resulta ser el instrumento más favorable al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.<sup>9</sup> En ese sentido, es importante destacar cuáles son los requisitos previstos en la Convención de Nueva York para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. El Artículo IV de la Convención requiere presentar lo siguiente:

- a. El original debidamente autenticado del laudo o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- b. El original del convenio arbitral, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Si el laudo o el convenio arbitral no estuvieran en el idioma oficial del país en que se solicita el reconocimiento, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Estos son los únicos requisitos impuestos por la Convención de Nueva York a efectos de presentar la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la Convención prevé también causales taxativas por las que se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, las cuales están contempladas en su artículo V, y en términos muy similares en el artículo 75 de la Ley Peruana de Arbitraje.

---

<sup>8</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York, 1958.

<sup>9</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. “*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International, 1999, pp. 133-134.

Las oposiciones que puede presentar una parte al reconocimiento del laudo no pueden significar de forma alguna una revisión del fondo de la controversia, sino que las mismas se encuentran restringidas únicamente a aquellas causales previstas de manera expresa en el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>10</sup> Se trata pues de un listado taxativo de causales, que deben ser interpretadas de manera restringida, teniendo en cuenta el principio de máxima eficacia, en favor del reconocimiento de los laudos.<sup>11</sup>

La mayoría de las causales deben ser invocadas por la parte que se opone al reconocimiento y solo dos de ellas pueden ser invocadas de oficio por la corte judicial que conoce el proceso de reconocimiento.

Las causales que deben ser invocadas por la parte que se opone al reconocimiento son, en términos generales, las siguientes: <sup>12</sup>

- a. la capacidad de las partes que forman parte del convenio arbitral;
- b. la validez del convenio arbitral, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido;

---

<sup>10</sup> Ver Convención de Nueva York, Artículo V:

**1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:**

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

**2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:**

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

<sup>11</sup> Ver Born, Gary; *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, pp. 3426-3427.

"It is clear that the exceptions enumerated in Article V of the New York Convention are the exclusive and exhaustive grounds available for denying recognition of a foreign award under the Convention. (...) Consistent with the text and the pro-enforcement policies of the Convention, national courts in both common law and civil law jurisdictions have uniformly held that "Article V's exceptions are "exclusive," "exhaustive" and "limitative"."

<sup>12</sup> Convención de Nueva York, Art. V.1.

- c. la correcta notificación de las actuaciones arbitrales a la parte frente a la cual se invoca el laudo;
- d. el cumplimiento del debido proceso de conformidad con el acuerdo celebrado entre las partes, o en su defecto, con la ley del Estado donde se llevó a cabo el arbitraje;
- e. que el laudo se haya pronunciado sobre materias no previstas en el convenio arbitral;
- f. la debida composición del tribunal arbitral;
- g. que el laudo no haya sido anulado o suspendido por la autoridad judicial competente del Estado en el que se dictó;

Por su parte, las causales que pueden ser invocadas a pedido de parte o de oficio por la corte que conoce el proceso de reconocimiento son las siguientes:<sup>13</sup>

- a. que el objeto de la controversia pueda ser susceptible de someterse a arbitraje, según el Derecho peruano; y
- b. que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público peruano.

Es así que si bien en aplicación del principio de máxima eficacia, un Estado parte de la Convención de Nueva York, como Perú, no podría exigir más de los requisitos ya señalados para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, también es cierto que existen causales de denegación de reconocimiento y ejecución previstas en la propia Convención, que son taxativas, deben ser probadas por la parte que las invoca y representan una alta carga probatoria.<sup>14</sup>

En resumen, en virtud del principio de máxima eficacia los Estados podrían convenir que no exista una determinada causal para denegar el reconocimiento que sí existe bajo la Convención de Nueva York o que no se exija un requisito para presentar el exequátur.<sup>15</sup>

Ahora, si bien puede resultar de aplicación la Convención de Nueva York para efectos del reconocimiento de Laudo, si se determina que es el instrumento más favorable, es importante considerar que los **requisitos procedimentales** para lograr dicho reconocimiento son los establecidos en la ley del lugar donde se solicita el reconocimiento y ejecución. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje Peruana, y supletoriamente lo dispuesto en el Código Procesal Civil peruano, pues se trata de un proceso judicial que se debe seguir ante las cortes locales.

---

<sup>13</sup> Convención de Nueva York, Art. V.2.

<sup>14</sup> REPETTO, José Luis y ESPEJO, Andrea. "La Convención de Nueva York: antecedentes y objetivos". Universidad del Pacífico Forseti 7, 2017, pp. 24-27.

<sup>15</sup> *Idem*.

De esta manera, los pasos a seguir para llevar adelante el proceso judicial de reconocimiento de laudo extranjero, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Arbitraje Peruana son los siguientes:

- a. En primer lugar, se deberá apostillar el laudo extranjero, puesto que la solicitud judicial de reconocimiento requiere presentar el original o copia del laudo autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.<sup>16</sup>
- b. Una vez cumplido lo anterior, se da inicio al proceso de reconocimiento de laudo (exequátur) a través de la presentación de la solicitud de reconocimiento ante la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, o en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del demandado.<sup>17</sup>
- c. Admitida la solicitud de reconocimiento, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente. Cabe destacar que estamos ante un procedimiento no contencioso, es decir, se trata de un proceso que tiene por objeto una materia no litigiosa entre las partes. Sin embargo, el emplazado puede presentar oposiciones al reconocimiento del laudo.

Como hemos visto, las oposiciones que puede presentar el emplazado al reconocimiento del laudo no pueden significar de forma alguna una revisión del fondo de la controversia, sino que las mismas se encuentran restringidas únicamente a aquellas causales previstas de manera expresa en el artículo V de la Convención de Nueva York.<sup>18</sup> Se trata pues de un listado taxativo de

---

<sup>16</sup> Se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje Peruana:

1. Todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español.
2. Todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.
3. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable

<sup>17</sup> Decreto Legislativo N° 1071, artículo 8. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008.

<sup>18</sup> Convención de Nueva York, Artículo V:

1. **Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si** esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
  - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
  - b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
  - c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

causales, que deben ser interpretadas de manera restringida, teniendo en cuenta el principio pro reconocimiento de los laudos.<sup>19</sup>

d. Una vez vencido el plazo para absolver el traslado por parte de la demandada, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar una de dos posiciones:

- Si se ha solicitado la anulación del laudo ante la autoridad judicial competente del país en el que se dictó el laudo, la Corte del reconocimiento podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a solicitud de la parte que pide el reconocimiento del laudo podrá ordenar a la otra parte que otorgue garantía.<sup>20</sup>

Como adelantábamos, el pedido de anulación de laudo no suspende los efectos del mismo, con lo cual, la corte que conoce el reconocimiento no se encuentra obligada a aplazar su decisión hasta que se resuelva el proceso de anulación en la sede del arbitraje. Esto está expresamente consagrado en el artículo VI de la Convención de Nueva York y el artículo 75 de la Ley de Arbitraje Peruana. Por tanto, es una prerrogativa del juez del reconocimiento decidir si postergará la decisión del exequátur hasta que se decida la anulación.

- En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

e. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo. Es decir, no cabe recurso de casación en caso se haya otorgado el reconocimiento del laudo.

Pese a que como puede verse del proceso descrito, los plazos previstos en las normas son más bien cortos, lo cierto es que en la práctica un proceso de reconocimiento de laudo extranjero, en el que se presente oposición por parte de

---

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

**2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:**

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país."

<sup>19</sup> BORN, Gary; *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, pp. 3426-3427.

"It is clear that the exceptions enumerated in Article V of the New York Convention are the exclusive and exhaustive grounds available for denying recognition of a foreign award under the Convention. (...) Consistent with the text and the pro-enforcement policies of the Convention, national courts in both common law and civil law jurisdictions have uniformly held that "Article V's exceptions are "exclusive," "exhaustive" and "limitative"."

<sup>20</sup> Decreto Legislativo N° 1071, artículo 75.8. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008.

la demandada, podría tomar varios meses, considerando la alta carga procesal que enfrentan las cortes peruanas. Asimismo, en caso se interponga un recurso de casación, el proceso ante la Corte Suprema podría tomar un plazo adicional.<sup>21</sup>

### **III. El Proceso de Ejecución de Laudo en el Perú**

Una vez reconocido el Laudo en el Perú, si la parte perdedora se niega a cumplirlo es posible ejecutarlo coercitivamente para lo cual es preciso iniciar un nuevo proceso, que es el proceso de ejecución de laudo.<sup>22</sup> Este proceso está regulado en la Ley de Arbitraje Peruana y, supletoriamente, en el Código Procesal Civil peruano.

Los pasos previstos en la Ley de Arbitraje para lograr la ejecución del laudo se pueden enumerar en los siguientes:<sup>23</sup>

- a. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia del laudo, incluyendo posibles recursos de interpretación o integración. En este caso además se debe incorporar la sentencia que otorga el reconocimiento.
- b. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, debe dictar mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
- c. Si hay oposición esta debe presentarse dentro de los cinco (5) días y la autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días.

Vencido este plazo, se establece que el Juez resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable, es decir, ante una denegación del pedido de ejecución es posible recurrir a una segunda instancia para lograr la ejecución. En principio en caso se declare infundada la oposición, y por ende se otorgue la ejecución, no debería admitirse una apelación. No obstante, en la práctica, en aplicación del derecho a la doble instancia, se admiten dichas apelaciones. Sin embargo, esto no suspende los efectos de la ejecución.

Es importante destacar que artículo 68 de la Ley de Arbitraje Peruana prohíbe a cualquier autoridad judicial, bajo responsabilidad, admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. De acuerdo con la norma citada, la parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita que ya cumplió con lo ordenado en el laudo.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> En principio la casación solo debe proceder en caso en que se niegue el reconocimiento.

<sup>22</sup> Decreto Legislativo N° 1071, artículo 77. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Art. 68.

<sup>24</sup> Ver Decreto Legislativo 1071, Art. 66.

Un segundo tema a tener en cuenta es que de acuerdo al Código Procesal Civil se requiere "que la obligación declarada en el laudo y cuyo cumplimiento se pretende en sede judicial sea cierta, expresa y exigible, y, en su caso, líquida o liquidable tratándose de dar sumas de dinero".<sup>25</sup> Este elemento será relevante observarlo con cuidado tanto al momento de plantearse las pretensiones (en el marco del proceso arbitral), como una vez se emite el laudo (por si se requiere algún pedido de interpretación o integración de laudo). Se debe considerar que, si las obligaciones que deben exigirse vía ejecución no están claramente establecidas en el laudo, ello puede dar lugar a cuestionamientos, dilaciones o, incluso, que se frustre la ejecución.

#### **IV. Particularidades de Ejecución de Laudo contra el Estado Peruano**

Al referirnos al reconocimiento y ejecución de laudos en la casuística peruana, no podemos dejar de mencionar las particularidades que se generan cuando el emplazado resulta ser un ente público, sea este de cualquier división estatal. Así pues, en el Perú existe la particularidad de que la parte demandada frente a la cual se requerirá la ejecución de lo dispuesto en el laudo podría ser un ente gubernamental, lo cual no es infrecuente en el mercado arbitral peruano, en la medida que los contratos celebrados con el Estado incluyen, por mandato legal, convenios arbitrales.

En el Perú, el número de contratos que celebra el Estado, los mismos que, en todos los casos, incorporan convenios arbitrales, superan los 7,000 contratos al año.<sup>26</sup> En línea con ello, los faros de transparencia de los principales centros de arbitraje del país identifican cientos de arbitrajes con entidades del Estado cada año.<sup>27</sup>

Es innegable que los laudos que se producen a partir de dichas controversias deben ser acatados por las partes en disputa, ya sean estas públicas o privadas. Sin embargo, cuando quien debe cumplir con obligaciones derivadas del laudo arbitral es un ente público, y decide no hacerlo espontáneamente, el proceso de reconocimiento y ejecución que hemos descrito hasta este punto enfrenta incluso mayores retos, si ese reconocimiento y ejecución decide hacerse en el Perú.

En línea con ello, existen determinadas disposiciones legales para hacer efectivo el cobro de obligaciones de dar suma de dinero por parte de una entidad pública, las mismas que se señalan a continuación.

Para efectos de hacer efectivo el cobro a una entidad gubernamental, en el marco de un proceso de ejecución, es necesario seguir el procedimiento para programar

---

<sup>25</sup> Ver Pleno Jurisdiccional Regional Comercial - Sobre Anulación y Ejecución de Laudos Arbitrales y embargo de bienes estatales, de fecha 1 de octubre de 2016.

<sup>26</sup> MONTEZUMA CHIRINOS, Alberto. "Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo 1071". Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen XI. 3. 2018.

<sup>27</sup> SIGEDA (Sistema de gestión de datos de arbitraje) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, Cuadro Comparativo N° de Arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado 2002-2020. 14 de enero de 2021. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2021/01/14173858/cuadro-comparativo-n-de-arbitrajes-civil-comercial-y-arbitrajes-con-el-estado.pdf>

el pago de deuda, al que se refiere el artículo 46 del Texto Único Ordenado de la Ley de Proceso Contencioso Administrativo<sup>28</sup> y el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto,<sup>29</sup> el cual se solicita fente al mismo juez que conoce el proceso de ejecución del laudo. Es este juez quien debe requerir a la oficina de administración de la entidad involucrada definir cómo se efectuará el pago de las obligaciones dictadas en el laudo.

---

<sup>28</sup> Artículo 46.- Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero

Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan:

46.1 La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

46.2 En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

46.3 De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o de quien haga sus veces, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, hacen de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias de conformidad con el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante el Decreto Supremo 304-2012-EF.

46.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 46.1, 46.2 y 46.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al artículo 73 de la Constitución Política del Perú.

<sup>29</sup> Artículo 70.- Pago de sentencias judiciales

70.1 Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), con excepción de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería y de deuda. Esta norma comprende, entre otros, la atención de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada por adeudos de beneficios sociales.

70.2 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público, procederá a la apertura de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación para cada Entidad que lo solicite, en la cual la Entidad deberá depositar, mensualmente, los montos de las afectaciones presupuestales mencionadas en el numeral precedente, bajo responsabilidad del Director General de Administración o quien haga sus veces en la Entidad.

70.3 Los pagos de las sentencias judiciales, incluidas las sentencias supranacionales, deberán ser atendidos por cada Entidad, con cargo a su respectiva cuenta bancaria indicada en el numeral precedente, debiendo tomarse en cuenta las prelación legal.

70.4 En caso de que los montos de los requerimientos de obligaciones de pago superen el porcentaje señalado en el numeral 70.1 del presente artículo, la Entidad debe cumplir con efectuar el pago en forma proporcional a todos los requerimientos existentes de acuerdo a un estricto orden de notificación, hasta el límite porcentual.

70.5 Los requerimientos de pago que superen los fondos públicos señalados en el numeral 69.1 del presente artículo se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

Así pues, en el marco del proceso de ejecución de laudo, la entidad estatal involucrada debe proponer una fórmula de pago. En caso el monto a pagar supere el 5% del Presupuesto Institucional de Apertura de la entidad, dicha obligación de pago se atenderá con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

En ese sentido, la entidad puede completar el pago del monto ordenado en el laudo hasta en cinco años, computados desde el momento en que la entidad propone la fórmula de pago ante el juez que conoce el proceso de ejecución.

Ahora, si la entidad no dispone cómo va a pagar; se presume que no tiene interés en efectuar el pago, y se habilita al demandante a conseguir medidas de ejecución forzada como, por ejemplo, trabar embargos. Esta medida es solicitada ante el mismo juzgado de la ejecución. Esta situación podría generarse también si la entidad no cumple con el calendario de pagos pactado.

No obstante, incluso en el supuesto de que el juez habilite a realizar una medida de ejecución forzosa, no es sencillo ejecutarlo contra una entidad estatal.

Es importante tener en cuenta que, en este tipo de procesos, donde se pretende ejecutar una obligación de pago contra el Estado, se suelen presentar inconvenientes al momento de determinar cuáles son los bienes y/o cuentas bancarias que -por ser dominio privado- son susceptibles de embargo (sobre los que recaería la ejecución forzada para cumplir el pago dispuesto en el laudo).

El patrimonio del Estado está comprendido: (i) por bienes de dominio público, los que de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución Política del Perú e interpretaciones del Tribunal Constitucional peruano cumplen una exclusiva función circunscrita al servicio y utilidad pública; y, como tal no pueden salir jurídicamente del dominio del Estado ni ser objeto de derechos privados;<sup>30</sup> y, (ii) bienes de dominio privado, que en contraposición a la definición anterior, son aquellos bienes no destinados a cumplir fines de servicio y utilidad pública, por lo que pueden ser susceptibles de diversas afectaciones como transferencias, embargos, entre otros.

En tal sentido, cuando nos enfrentamos a la ejecución de laudos frente a entidades públicas son varias las dificultades adicionales que aparecen: (i) existe regulación nacional que determina que el pago pueda hacerlo la entidad hasta en un plazo de cinco años, conforme a la fórmula de pago que proponga la propia entidad y debe ser aprobada por el juez de ejecución, en la práctica esto puede determinar que el proceso de ejecución dure meses o incluso años; (ii) no se establece cuál es la consecuencia si el monto adeudado supera el 5% del Presupuesto Institucional de Apertura de la entidad en el periodo de cinco años fiscales, pues puede ocurrir que los recursos del presupuesto de la entidad sean insuficientes para cubrir las obligaciones de pago derivadas de laudos arbitrales; y, (iii) si la entidad no dispone cómo va a pagar o incumple sus obligaciones de pago, se pueden buscar medidas

---

<sup>30</sup> Artículo 46.4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Proceso Contencioso Administrativo.

de ejecución forzada; sin embargo, esto enfrenta la dificultad de identificar bienes de la entidad pública que constituyan bienes de dominio privado y que, por ende, sean sujetos a embargo.

Ante esta situación, son otras las soluciones que deberán explorarse, como por ejemplo, solicitar el reconocimiento y la ejecución de un laudo contra una entidad pública en el extranjero, en un país en el que el Estado Peruano tenga recursos y pueda hacerse efectivo el cobro. En este escenario, se deberá analizar, a la luz de la regulación de lugar donde se busque el reconocimiento y ejecución del laudo, diversos factores como plazo de prescripción, cuál es el ente emplazado, si la regulación interna peruana puede constituir defensas, excepciones o causales para que se deniegue el reconocimiento, entre otras. Esta constituye una alternativa interesante que deberá ser materia de análisis a de mayor detalle, considerando las normas de la sede del arbitraje y las normas del lugar del reconocimiento y ejecución, así como los tratados que resulten aplicables.

## **V. Conclusiones**

No podemos negar la gran satisfacción que brinda ganar el premio o "laudo"; sin embargo, lamentablemente, muchas veces el reto continúa y se presentan múltiples problemáticas para hacer efectivo el cumplimiento de lo dispuesto en el laudo, tal como se ha expuesto en este artículo.

Pese a que, de acuerdo con la ley peruana, los laudos son de obligatorio cumplimiento desde su notificación, si estos no son ejecutados espontáneamente, esfuerzos importantes podrían tener que desplegarse para hacer efectivo el tan ansiado premio. En términos de tiempo y costo, las partes deberán seguir invirtiendo importantes recursos para dar inicio al proceso de reconocimiento de laudo y, posteriormente, el proceso de ejecución.

Si bien en ninguna de estas instancias se cuestiona el fondo de lo decidido en el arbitraje, sí podrían presentarse defensas para buscar que se no se reconozca el laudo o, al menos, para negligentemente buscar que se dilate dicho reconocimiento. Una vez en la etapa de ejecución, pese a que la norma dispone plazos muy cortos para que esta se haga efectiva, muchas veces esta puede tardar carios meses dada la carga que ostentan las cortes judiciales peruanas.

Finalmente, en caso lo anterior sea enfrentando a una entidad pública, la cumbre se hace aún más cuesta arriba. Las dificultades, como hemos visto, son diversas; desde regulación interna que permite al Estado pagar en un periodo de hasta cinco años, lo cual es a todos luces poco razonable y representa severos perjuicios a los privados que legítimamente han reclamado (y "ganado") sus derechos; hasta la posibilidad de que el Estado no establezca una forma de pago y no sea posible identificar bienes de dominio privado susceptibles de embargo. En este escenario, otras son las soluciones que conviene explorar, como la ejecución de esos laudos en el extranjero, lo cual deberá ser materia de análisis a mayor detalle.

## *IURA NOVIT ARBITER.* **Un breve análisis de su aplicación a nivel nacional e internacional**

Angello Rivera Domínguez\*

Renato Cjahuá Alvites\*\*

**Resumen.-** El presente artículo explica el origen del principio *iura novit arber* y, a partir de su controversial tratamiento internacional en el arbitraje de derecho, se propone aplicarlo en el Perú. Así mismo, se analizan las limitaciones que comparte del principio *iura novit curia*, el cual tiene un uso en sede judicial.

**Abstract.-** This article explains the origin of the *iura novit arber* principle and proposes its application in Peru based on its controversial international treatment in legal arbitration. Furthermore, the limitations said principle shares with the *iura novit curia* principle and its use in judicial proceedings are analyzed.

**Palabras clave.-** Arbitraje – *iura novit arber* – *iura novit curia*

**Keywords.-** Arbitration – *Iura novit arber* – *Iura novit curia*

---

\* Abogado. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Especialización en Arbitraje por la Universidad Católica del Perú. Asociado Principal y líder de la práctica de Derecho Inmobiliario y Saneamiento de Tierras en Osterling Abogados. Profesor de Derecho Civil y Derecho Inmobiliario en la UPC y ESAN. Árbitro independiente.

\*\* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios en Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad del Rosario de Colombia, egresado del Curso de Extensión Universitaria en Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión. Miembro del Círculo de Arbitraje con el Estado.

## **I. Introducción**

A lo largo de los últimos años, el arbitraje ha procurado constituirse como un proceso más eficiente y dinámico que permita a las partes acceder a un mecanismo de solución de controversias de mayor celeridad. Para ello, este sistema se vale de facultades otorgadas a los árbitros que permiten agilizar el proceso y proporcionar una solución especializada, pero (de)limitadas siempre por el acuerdo de las partes y la legalidad, ya sea mediante las reglas pactadas entre ellas, los reglamentos de los centros arbitrales, la **lex arbitri**, u otros.

Los límites y herramientas con las que cuenta el árbitro para una mejor labor y capacidad de resolver controversias resultan objeto de constante discusión y desarrollo. Existen facultades otorgadas a los árbitros que no resultan muy controversiales, como lo son las capacidades de ampliar o reducir plazos, bifurcar el procedimiento arbitral, requerir alguna audiencia adicional, determinar reglas del procedimiento, determinar lugar e idioma del arbitraje, distribuir los costos, entre otras. Todo ello en función de las necesidades y la razonabilidad de cada arbitraje, entendiéndose:

Una de las razones por las que los tribunales arbitrales gozan de amplia discrecionalidad sobre los procedimientos arbitrales es para adaptar dichos procedimientos a las necesidades y circunstancias de los litigios, las partes y los casos particulares. El objetivo de todos los procedimientos arbitrales deberá ser dar a las partes la oportunidad de aportar los hechos pertinentes a la controversia en cuestión (mediante pruebas materiales, testimoniales y de otro tipo) del modo más fiable, eficaz y justo posible<sup>1</sup>.

Sin embargo, en el marco de un arbitraje de derecho, existen otras facultades discutidas como la posibilidad de solicitar pruebas de oficio, aplicar el control difuso o el principio **iura novit arbiter**, siendo este último un principio recurrentemente discutido, sobre todo a nivel internacional, pudiendo ser una herramienta que podría ampliar las facultades de un árbitro o demarcar nuevos límites al arbitraje.

Instituciones como la London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA), la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) o el Singapore International Arbitration Centre (SIAC) han recogido este principio de manera más amplia que otras instituciones como el caso de la International Chamber of Commerce (en adelante, ICC), lo cual generó un entorno de discusión respecto a su aplicación.

La controversia se origina a raíz de que, entre otros aspectos que desarrollaremos posteriormente, no todas las facultades otorgadas a los árbitros o las consecuencias

---

<sup>1</sup> BORN, Gary. *International commercial arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2021, edición 3, p. 2367.

de estas se pueden contemplar de manera explícita o taxativa en los diversos cuerpos normativos referidos al arbitraje o recurridos por los árbitros.

Si bien existen detractores de la utilización de este principio - así como detractores de la normativización de este concepto - corresponde advertir que su uso, comprensión y adecuación a distintos contextos jurídicos (como en el caso del ordenamiento jurídico peruano) podría ser de gran provecho, más aún cuando ya se viene utilizando recurrentemente, aunque no existan señales que permitan contar con mayor claridad al momento de recurrir a su aplicación.

Esperamos que con esta entrega se pueda fomentar una posición sólida al respecto del concepto, tratamiento internacional y la posibilidad de aplicación de este principio en el Perú en el marco de un arbitraje de derecho, a fin de contribuir al debate respecto de los límites, criterios y el uso del que ha sido objeto.

## **II. Análisis**

### **i. ¿Qué se entiende por el principio de *iura novit arbiter*?**

Es esencial entender que el concepto del principio en cuestión se entiende como una adaptación del principio ***iura novit curia*** en el ámbito del arbitraje, entendiéndolo a este como aquel aforismo traducido al castellano como “el juez conoce el derecho”. A grandes rasgos, se refiere al poder del juez de aplicar la norma que considerase correspondiente, incluso cuando esta no haya sido alegada por las partes a lo largo del proceso<sup>2</sup>.

Este es un principio jurídico de larga data, desarrollado a nivel internacional en distintas instituciones y áreas del derecho. En tal sentido, siempre se ha tratado de dar aproximaciones a un concepto exacto del principio, como el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>, que se remitió a este de la siguiente forma:

Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, con base en el principio ***iura novit curia***, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, “en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”, en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan.

---

<sup>2</sup> BLACKABY, Nigel; CHIRINOS, Ricardo. “Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional”. En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 6, 2013, p. 80.

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2002, párr. 124 a 126. Disponible en web: [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=221](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221)

Así pues, podemos apreciar un aspecto otrora muy discutido dentro de la concepción que se tenía de este principio; ya que, si bien algunos autores lo refieren como el poder del juez de alterar la calificación jurídica de los hechos, aunque las partes no la hayan invocado, esto es solo la función correctora del juez como consecuencia o aspecto de lo que otros autores definen como el poder – deber de aplicar el derecho correspondiente. Esto último, no es más que el producto de la presunción de que el juez está instruido en el derecho, por lo que no se limita a las alegaciones de la parte, claro que sin vulnerar el principio de congruencia<sup>4</sup>. Esto no parecería generar problemas a nivel jurisdiccional o en un arbitraje doméstico incluso; sin embargo, puede generar cierta discusión a nivel de un arbitraje internacional, como lo veremos más adelante.

En la misma línea, recientemente el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 225/2022, con fecha 28 de junio de 2022, del Expediente 03463-2021-PA/TC, se refiere al principio **iura novit curia** como un deber, señalando:

Aunque en la demanda se alega la vulneración del derecho a la asociación, este Colegiado, estima aplicable el principio **iura novit curia**, según el cual “debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”. Por tanto, más allá de lo alegado por el recurrente, no corresponde resolver el presente caso desde la perspectiva del derecho fundamental de asociación, sino a la luz del derecho de propiedad<sup>5</sup>.

Asimismo, este principio se ha desarrollado a lo largo de la historia desde diversas perspectivas, no solo discutiéndose lo referido a su carácter de facultad, poder o poder-deber, sino también el principio **iura novit curia** como presunción, como principio o regla y como un “principio-construcción”, alegando al conocimiento del juez, al deber del juez y al carácter de construcción jurídica sistematizadora, respectivamente.

En tal sentido, algunos autores se han referido a esto a fin de comprender en mayor medida la extensión que alcanza este principio, como Meroi, quien señala:

Los conflictos sometidos a la jurisdicción judicial no pueden ser resueltos de cualquier modo sino aplicando la norma que regula el caso. De ahí que desde antiguo, (...) se haya repetido la regla **iura novit curia** (“el juez conoce el derecho”): a) como presunción, en tanto se presume que el juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exime a las partes de tener que probarlo; b) como principio o regla (conforme a la distinta denominación que se asigne a las líneas directrices del proceso), esto es, como un deber del juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por las partes; c) como “principio-construcción”, en la terminología de WRÓBLEWSKI, en tanto elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el

<sup>4</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Aplicación del principio Iura Novit Curia al arbitraje*. En *Ius Et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 44, 2013, p. 46.

<sup>5</sup> Sentencia 225-2022 del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Exp. 03463-2021-PA/TC, 28 de junio de 2022.

ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica<sup>6</sup>.

Así podemos advertir que el principio **iura novit curia** resulta ser más amplia que su traducción "el Juez conoce el Derecho"; ya que, además de la discusión respecto a su carácter de facultad o de poder-deber, cuenta con implicancias que se manifiestan en un deber, una facultad y una figura que permitiría cierto nivel de sostenimiento del ordenamiento jurídico, lo cual es recogido en el ámbito nacional en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil<sup>7</sup> señalando:

Artículo VII.- Aplicación de norma pertinente por el juez

Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

Del mismo modo, el inciso 2 del derogado artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>8</sup>, así como el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>9</sup>, logra recoger algunos aspectos mencionados en esta breve introducción al principio **iura novit curia**:

Artículo VII.- Juez y Derecho

El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Es así como se recoge no solo el carácter de deber del principio, sino también el efecto inmediato de la posibilidad de modificar la calificación jurídica alegada por la parte; sin embargo, también existen límites que se deben respetar como el principio de congruencia señalado por Hundskopf<sup>10</sup>.

## **ii. El principio iura novit arbiter en el Arbitraje**

Si bien es un principio concebido originalmente para una sede judicial, se ha recurrido a su aplicación en el arbitraje, a pesar de inicialmente tener un carácter controversial en un aspecto doctrinario, tanto a nivel internacional como en la

---

<sup>6</sup> MEROI, Andrea. "Iura Novit Curia y decisión imparcial". En *Ius et Praxis*, vol. 13, núm. 2, 2007, pp 382-383.

<sup>7</sup> Código Procesal Civil. Decreto Legislativo 768, 4 de marzo de 1992.

<sup>8</sup> Artículo 184.- Son deberes de los Magistrados:

(...)

2.- Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente.

<sup>9</sup> Código Procesal Civil. Decreto Legislativo 768, 4 de marzo de 1992.

<sup>10</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Aplicación del principio Iura Novit Curia al arbitraje". En *Ius Et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 44, 2013, pp. 39-57.

jurisprudencia peruana, habiendo autores que proponen la aplicación irrestricta, mientras que otros la rechazan completamente<sup>11</sup>.

Considerando que el aforismo **iura novit curia** ha sido utilizado mayormente en sede judicial, resulta más pertinente utilizar el término **iura novit arbiter** en el proceso arbitral, traducándose como “el árbitro conoce el derecho”, lo cual anuncia un aspecto discutible respecto del principio. Nos explicamos. Resulta muy posible exigir a un juez conocer el ordenamiento jurídico nacional, pero en el arbitraje internacional podría resultar complicado exigirle al árbitro conocer todo el ordenamiento jurídico de distintos países.

Al respecto, Matheus<sup>12</sup> afirma que, si ya resulta poco posible exigirle a un juez conocer todo el ordenamiento jurídico de un país, se multiplicaría exponencialmente esta limitación en el caso del arbitraje internacional al exigirse el conocimiento de distintos derechos nacionales, tradiciones jurídicas e idiomas. Sin embargo, también sostiene que este inconveniente viene paliado por la facultad de las partes de definir el derecho aplicable en el convenio arbitral o en algún momento distinto del proceso arbitral.

A pesar de esta complicación, otros autores sostienen que más que una facultad del árbitro, resulta ser un deber que le permite reemplazar alguna norma invocada erradamente por las partes sin excederse de lo solicitado por ellas, fundamentarse en hechos distintos a los alegados por las partes o excederse de las labores encomendadas en el convenio arbitral<sup>13</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con autores como Hundskopf<sup>14</sup>, es un principio al que los árbitros se encuentran plenamente habilitados de recurrir, pero dentro de los límites del principio de congruencia, no pudiendo estos fundar sus decisiones en hechos no alegados y, sin duda, no ir más allá del petitorio.

En tal sentido, de la revisión de distintos casos, Moura Vicente señala que el **iura novit arbiter** en el arbitraje internacional ha expuesto tres problemáticas o cuestiones fundamentales:

---

<sup>11</sup> GÁRATE SILVA, Lisbeth. “Reflexiones sobre los límites a los poderes de los árbitros y el iura novit arbiter”. En *Ius Et Praxis*, núm. 54, 2022, p. 149. Consulta realizada el día 3 de marzo de 2022. Disponible en web: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5469>

<sup>12</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos. “Sobre la Aplicación del Principio Iura Novit Curia en el Arbitraje Internacional”. En *linkedin*, 2017. Consulta realizada el día 15 de febrero de 2023. Disponible en web: <https://es.linkedin.com/pulse/sobre-la-aplicaci%C3%B3n-del-principio-iura-novit-curia-en-matheus-l%C3%B3pez>

<sup>13</sup> COLLANTES, Christian. “Give me the Facts and I’ll Give You the Law: What Are the Limits of the Iura Novit Arbiter Principle in International Arbitration?”. En *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. Consulta realizada el día 27 de febrero de 2023. Disponible en web: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/10/give-me-the-facts-and-ill-give-you-the-law-what-are-the-limits-of-the-iura-novit-arbiter-principle-in-international-arbitration/>

<sup>14</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Aplicación del principio Iura Novit Curia al arbitraje”. En *Ius Et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 44, 2013, pp. 39-57.

(...) En síntesis, podemos enunciarlas de la siguiente manera:

- a. ¿Puede o debe un tribunal arbitral aplicar al fondo del litigio reglas de derecho que las partes no hayan invocado en el proceso, particularmente cuando se trate de reglas imperativas del derecho aplicable o de otros sistemas jurídicos conexos con la situación litigiosa?
- b. ¿Puede o debe el tribunal averiguar ex officio el tenor del derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional, sin limitarse a la prueba hecha por las partes a su respecto?
- c. ¿En la medida en que pueda o deba aplicar motu proprio dichas reglas, o averiguar de oficio su contenido, qué límites se imponen a su actividad con base en los principios fundamentales que rigen el arbitraje, en particular los de igualdad y contradicción, por un lado, y dispositivo y de congruencia, por otro?<sup>15</sup>.

Por lo pronto, podemos advertir que la aplicación del correcto derecho resulta ser entendida como un deber, expresándose en la posibilidad de modificar la calificación jurídica alegada por las partes, lo que desarrollaremos con más detenimiento en los siguientes párrafos.

### **iii. ¿Quién puede conocer mejor el Derecho en el arbitraje?**

Ya en sede arbitral, ante el desafío que representa la limitación fáctica en la exigencia al árbitro de conocer el derecho en un arbitraje internacional, muchas veces siendo ajenos al derecho sustantivo aplicable, se producen otras discusiones como el deber de investigar para aplicar alguna ley de oficio, determinar si la posibilidad de ubicar la norma aplicable es un deber del árbitro o de las partes, y aprovechar y utilizar criterios que resulten útiles en las distintas culturas jurídicas que puedan converger<sup>16</sup>.

Complementariamente, es esencial considerar lo señalado en casos como *Duke Energy International Peru Investments No. 1 v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB / 03/28, annulment, cuyo apartado 96 señala:

96. El concepto de "poderes" de un tribunal se extiende más allá de su jurisdicción, y se refiere al alcance de la tarea que las partes han encomendado al tribunal en cumplimiento de su mandato, así como a

---

<sup>15</sup> MOURA VICENTE, Dário. "La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional". En *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 23, 2017, p. 56.

<sup>16</sup> ALICJA ZIELIŃSKA, Cezary Wiśniewski. "Who Should Know The Law: The Arbitrators Or The Parties?". En *Kluwer Arbitration Blog*, 2016. Consulta realizada el día 26 de febrero de 2023. Disponible en web: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/03/who-should-know-the-law-the-arbitrators-or-the-parties/>

la manera en que las partes han acordado que se lleve a cabo dicha tarea<sup>17</sup>.

Es así como podemos establecer preliminarmente un símil; ya que, así como a un juez se le exige conocer el derecho para poder administrar justicia adecuadamente, se puede entender que la exigencia al árbitro de conocer el derecho es justamente para cumplir con la labor encargada por las partes que se someten a su decisión.

Y es que, si bien no resulta fácticamente razonable obligar a un árbitro conocer todos los ordenamientos jurídicos, lo cierto es que el objetivo por el que el árbitro es llamado a participar en la solución de una controversia, es justamente por su amplio conocimiento en la materia para resolverla conforme a derecho, en el marco de un arbitraje internacional.

Sin embargo, esto varía de acuerdo con cada caso, dependiendo si nos encontramos en un arbitraje nacional, internacional, de derecho, etc., pero resulta innegable que, entre las partes y el árbitro, este último debería encontrarse en mejor posición para conocer el derecho de fondo y resolver adecuadamente una incertidumbre jurídica. Es por este motivo que las partes han decidido convocarlo al proceso y, por supuesto, resultaría absurdo sostener que el árbitro solo podrá resolver en el marco de las normas alegadas por ellas mismas<sup>18</sup>.

Ahora bien, consideramos que a lo largo de estos apartados otra de las conclusiones debería ser que no se trata de un poder irrestricto del tribunal, que cuenta con límites como el mencionado principio de congruencia. De este modo, podemos argumentar que, si bien existe una limitación fáctica que no permitiría a un árbitro conocer todos los ordenamientos jurídicos, lo cierto es que se presume que este conoce el derecho y es por ese motivo que se lo convoca al proceso y se confía en que podrá resolver la controversia adecuadamente, no sólo basándose en los fundamentos de derecho invocados por las partes.

#### **iv. Algunos límites planteados al uso del *iura novit arbiter***

Como lo hemos venido manifestando, uno de los principales límites al principio *iura novit curia* es el denominado “principio de congruencia”, el cual representa un mandato al juez para no omitir, alterar o excederse en las peticiones formuladas ante este<sup>19</sup>. Conforme con Devis Echandía<sup>20</sup>, podría entenderse en un sentido

---

<sup>17</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes. Caso Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. vs. Republic of Peru. Case ARB/03/28. Sentencia de 18 de agosto de 2008. Disponible en web: <https://www.italaw.com/cases/3399>

<sup>18</sup> COLLANTES, Christian. “Give me the Facts and I’ll Give You the Law: What Are the Limits of the *Iura Novit Arbiter* Principle in International Arbitration?”. En *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. Consulta realizada el día 27 de febrero de 2023. Disponible en web: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/10/give-me-the-facts-and-ill-give-you-the-law-what-are-the-limits-of-the-iura-novit-arbiter-principle-in-international-arbitration/>

<sup>19</sup> GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. “La Motivación del Laudo Arbitral”. En *Arbitraje PUCP*, núm. 6, 2016, p. 124. Consulta realizada el día 7 de marzo de 2023. Disponible en web: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17030>

<sup>20</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Vol. 1. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p.39.

amplio, no solo limitándose a los hechos afirmados, sino también a aquellos que resultasen probados.

En tal sentido, esta restricción ha sido recogida al momento de limitar el **iura novit arbiter**, ya que el principio de congruencia representa una garantía procesal, ligado íntimamente al derecho a la defensa, pues parte de ese derecho implica exigir pretensiones o imputaciones de las que sea sujeto la parte, siendo una consecuencia también el derecho de acción y contradicción. Así pues, se obliga a actuar conforme a las pretensiones y excepciones producto de estos derechos, siendo estos algunos de los fundamentos<sup>21</sup> del **iura novit curia**, ergo, también del **iura novit arbiter**.

Otro límite radica en el principio procesal de contradicción, estando este referido a la obligación de brindar a las partes la oportunidad para hacer valer sus derechos<sup>22</sup>; siendo que una vulneración de este derecho significaría también una afectación a la igualdad entre las partes procesales, puesto que ambas requieren y merecen plena oportunidad de ejercer sus derechos procesales, como se ha recogido en diversos ordenamientos jurídicos y a nivel de *soft law*<sup>23</sup>.

Es de esta forma que este límite se evidencia, por ejemplo, cuando se presentan “decisiones sorpresivas”<sup>24</sup>, que consisten en aquellas decisiones del tribunal repentinas que no permiten reacción o ejercicio de los derechos de las partes respecto de las cuestiones decididas. Asimismo, en el apartado referido a la normativa y jurisprudencia peruana, veremos que este límite tiene una alta relevancia cuando se recoge en la casuística nacional reciente.

Por otro lado, otro límite relacionado al principio de congruencia es el conjunto de hechos alegados por las partes. El árbitro conoce de la existencia de ciertos hechos indirectamente a través de las partes y las pruebas, por lo que, si bien podría resultar factible que un tribunal solicite un peritaje de oficio, no resulta posible que el árbitro alegue un hecho distinto a los manifestados durante el proceso por las mismas partes. De esta manera, el tribunal puede ejercer el principio **iura novit arbiter** estrictamente dentro del marco de los hechos alegados en el proceso arbitral.

Finalmente, pueden distinguirse otros límites generales que son la legalidad de los actos del árbitro y las garantías procesales como el derecho a ser oído, o el *equal treatment* con las que cuentan las partes por ley; siendo menester resaltar que no se

---

<sup>21</sup> CAL LAGGIARD, Maximiliano. *Principio de congruencia en los procesos civiles*. En Revista De Derecho, vol. 9, núm. 17, 2010, p. 12.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, p. 444.

<sup>23</sup> Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas adoptadas en 2006, Capítulo V. Sustanciación de las actuaciones arbitrales, Artículo 18. Trato equitativo de las partes. Disponible en web: [https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration)

<sup>24</sup> Tribunal de Apelación de Svea. Caso City Säkerhet AB vs. SafeTeam i Sverige AB. Caso T 1968-16. Sentencia de 9 de marzo de 2017. Disponible en web: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-5594?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-5594?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

pretende dar una lista taxativa de los límites con los que contaría o podría contar la aplicación del principio **iura novit arbiter**.

#### **v. Tratamiento internacional del iura novit arbiter**

El recurrir a este principio no siempre es un tema pacífico y el contexto internacional es muestra de ello. Autores como Lew, Mistelis y Kroll<sup>25</sup> afirman que considerar a los árbitros como conocedores del Derecho y entes sujetos de la obligación de aplicar la norma correcta, no es generalmente aceptado en el arbitraje comercial internacional. Es así que, en línea con lo anterior, resulta improbable exigir a un árbitro conocimiento total de distintos derechos nacionales, tradiciones jurídicas, idiomas<sup>26</sup>, procedimientos, entre otros aspectos de un arbitraje internacional.

Por otra parte, algunas regulaciones optan por señalar expresamente determinadas facultades relacionadas, tal es el caso de la Arbitration Act inglesa<sup>27</sup>, al referirse a cuestiones procesales y probatorias, también determina el deber de tomar la iniciativa para subsumir los hechos al derecho correspondiente:

#### 34 Asuntos procesales y probatorios.

- (1) Será responsabilidad del tribunal decidir sobre todos los asuntos procesales y probatorios, sujeto al derecho de las partes de acordar cualquier asunto.
- (2) Los asuntos procesales y probatorios incluyen:
  - (...)
  - (g) si el tribunal mismo debe tomar la iniciativa para establecer los hechos y la ley, y en qué medida.

También en el caso de reglamentos de centros arbitrales, como las Reglas de Arbitraje de The London Court of International Arbitration (LCIA) de 1998<sup>28</sup>, en el literal c) del numeral 22.1 del artículo 22 señala:

#### Artículo 22. Poderes adicionales del Tribunal Arbitral

22.1 A menos que las partes acuerden lo contrario por escrito en cualquier momento, el Tribunal Arbitral tendrá el poder, a solicitud de cualquier

<sup>25</sup> LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2003, p. 94.

<sup>26</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos. "Sobre la Aplicación del Principio Iura Novit Curia en el Arbitraje Internacional", En *linkedin*, 2017. Consulta realizada el día 15 de febrero de 2023. Disponible en web: <https://es.linkedin.com/pulse/sobre-la-aplicaci%C3%B3n-del-principio-iura-novit-curia-en-matheus-l%C3%B3pez>

<sup>27</sup> The National Archives. *Arbitration Act 1996, Section 34*. Reino Unido. Disponible en web: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/34>

<sup>28</sup> Rules of the London Court of International Arbitration, 1998. Artículo 22, numeral 22.1, literal c. Disponible en web: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Arbitration\\_Rules.aspx#article22](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx#article22)

parte o de oficio, pero en ambos casos solo después de dar a las partes una oportunidad razonable para expresar sus puntos de vista:

(...)

- (c) llevar a cabo tales investigaciones que parezcan necesarias o convenientes al Tribunal Arbitral, incluyendo si y en qué medida el Tribunal Arbitral debe tomar la iniciativa en identificar los problemas y determinar los hechos relevantes y la(s) ley(es) o norma(s) de derecho aplicable(s) al arbitraje, los méritos de la disputa entre las partes y el Acuerdo de Arbitraje.

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje del Singapore International Arbitration Centre (SIAC)<sup>29</sup>, en su artículo 24, literal d., señala:

Regla 24: Poderes adicionales del Tribunal

24.1 Adicionalmente a los poderes especificados en estas Reglas y sin menoscabo de las normas obligatorias de derecho aplicables al arbitraje, el Tribunal tendrá el poder de:

(...)

- d. llevar a cabo tales investigaciones que parezcan necesarias o convenientes al Tribunal;

O los criterios propuestos por la International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, contenido en la Resolución Número 6/2008<sup>30</sup>, donde se plantea, entre otros aspectos:

- 10. Si los árbitros tienen la intención de basarse en fuentes no invocadas por las partes, deberán llamar la atención de las partes sobre esas fuentes e invitar a sus comentarios, al menos si esas fuentes van más allá de las fuentes que las partes ya han invocado y podrían afectar significativamente el resultado del caso. Los árbitros pueden basarse en tales fuentes adicionales sin previo aviso a las partes si esas fuentes simplemente corroboran o refuerzan otras fuentes ya abordadas por las partes.
- 11. Si durante las deliberaciones los árbitros consideran que se necesita más información sobre el contenido del derecho aplicable para la resolución del caso, deben considerar reabrir el procedimiento para permitir que las partes hagan más presentaciones sobre los asuntos

---

<sup>29</sup> Rules of Singapore International Arbitration Centre, 2013. Artículo 24, literal d. Disponible en web: <https://siac.org.sg/siac-rules-2013>

<sup>30</sup> Resolución 6/2008. International Commercial Arbitration (21 de agosto de 2008). [https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/ILA\\_Recommendation\\_about\\_applicable\\_law.pdf](https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/ILA_Recommendation_about_applicable_law.pdf)

legales abiertos, pero solo en la medida necesaria para abordar los asuntos legales abiertos y teniendo en cuenta consideraciones de relevancia, tiempo y costo.

Entre otros cuerpos normativos, como el Reglamento de Arbitraje de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) de 2012, el reglamento del SIAC de 2016 o el Arbitration Rules of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce del 2015, se reconoce como “poderes adicionales del tribunal” la facultad de aplicar una norma distinta a la alegada por las partes, con distintos matices respecto a la redacción, facultando en algunos casos de manera expresa y, en otros, a conducir el proceso tomando las medidas **necesarias** para resolver la controversia.

Por otro lado, resulta esencial mencionar casos como *Gol Linhas Aereas SA v. MatlinPatterson Global Opportunities Partners (Cayman) II LP and Others* del 2022, donde el árbitro analizó los hechos y subsumió a la empresa MP Funds en la figura jurídica de *third-party malice*, aun cuando el demandante no lo planteó; ya que estos han aportado al debate respecto de la aplicación de una norma no invocada por las partes, puesto que inicialmente en la Corte de Apelaciones de São Paulo se desestimó la anulación del laudo respectivo alegando que la limitación del árbitro radica en los hechos aportados y no en la ley que escojan las partes para su aplicación.

Posteriormente, al pretender la ejecución del laudo en las Islas Caiman, MP Funds planteó su oposición fundamentada en la aplicación de una norma distinta a la invocada por las partes, por lo que la Corte de Apelaciones de las Islas Caimán rechazó la oposición, respaldando la decisión fundada en el *iura novit arbiter*. Habiendo pasado dos años de ello, el 19 de mayo de 2022, el Consejo Privado del Reino Unido confirmó esta decisión<sup>31</sup>, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:

101. Sin embargo, en última instancia, no nos hemos convencido de que el incumplimiento del tribunal al no invitar a los MP Funds a comentar sobre si los hechos alegados por VRG estaban dentro del artículo 148 del Código Civil, constituyera una negación tan grave de la equidad procesal como para justificar la negativa a hacer cumplir el laudo en virtud del artículo V(1)(b). Prestamos especial atención a los siguientes asuntos<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> PEJNOVIC, Milan; NOVOA, Ariana. “La eterna discusión alrededor del principio *iura novit curia* en el arbitraje a la luz del caso *Gol Linhas Aereas v. Matlinpatterson* y otros”. En *BFE+*, 2022. Consulta realizada el día 10 de marzo de 2023. Disponible en web: [https://bullardfallaezcurra.com/publicaciones/2022/09/08/la-eterna-discusion-alrededor-del-principio-iura-novit-curia-en-el-arbitraje-a-la-luz-del-caso-gol-linhas-aereas-v-matlinpatterson-y-otros/#\\_ftn1](https://bullardfallaezcurra.com/publicaciones/2022/09/08/la-eterna-discusion-alrededor-del-principio-iura-novit-curia-en-el-arbitraje-a-la-luz-del-caso-gol-linhas-aereas-v-matlinpatterson-y-otros/#_ftn1)

<sup>32</sup> Tribunal de Apelaciones de las Islas Caimán. Caso *Gol Linhas Aereas SA vs. MatlinPatterson Global Opportunities Partners (Cayman) II LP and Others*. Caso UKPC 21. Sentencia de 19 de mayo de 2022. Disponible en web: <https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2020-0086-judgment.pdf>

De este modo, el Consejo Privado de Reino Unido habría ponderado entre la garantía de informar a la parte sobre la aplicación de una norma, y la aplicación de la norma no invocada, señalando que no se encontraba convencido que el no informar a la parte fuera un sustento para la no ejecución del laudo.

Por otro lado, en el caso *Engel Austria GmbH v Don Trade*, la Corte de Apelaciones de Francia anuló el laudo correspondiente argumentando que los árbitros habrían aplicado principios del Derecho Austriaco no invocados por las partes, ello en virtud de que en las cortes francesas existe una arraigada protección al debido proceso, y en este caso no solo las partes no invocaron la norma aplicada por el tribunal, sino que tampoco fue debatido por ellas<sup>33</sup>.

En el marco normativo español, Gómez-Iglesias Rosón<sup>34</sup> señala que no existe obligación expresa para aplicar de oficio normas oportunas de acuerdo con su criterio, ya que esto podría implicar una concepción puramente jurisdiccional del arbitraje; sin embargo, señala, debe entenderse dentro de los poderes de dirección procesal de los árbitros contenidos en la Ley de Arbitraje española, la facultad de estos de aplicar normas jurídicas no invocadas por las partes en el arbitraje nacional, ello siguiendo lo establecido en el art. 25.2º de la Ley de Arbitraje española, que otorga a los árbitros esta posibilidad, a falta de acuerdo entre las partes.

Sin embargo, al analizar el caso español, este autor plantea muy bien la problemática que surge en un arbitraje comercial internacional, donde frecuentemente ocurre que el árbitro desconoce el Derecho sustantivo que corresponde aplicarse, llevando a plantear que la cuestión es determinar si las características del arbitraje internacional conllevarían a una pasible inaplicación del principio en cuestión<sup>35</sup>.

Gómez-Iglesias Rosón invita a cuestionar si en un arbitraje internacional realmente se busca una correcta aplicación normativa por los árbitros, puesto que algunos autores sostienen que las partes esperan aquella aplicación de la legislación escogida, mientras que, en oposición, otros señalan que los árbitros deben resolver conforme a alguna de las posiciones de las partes.

Al respecto, el autor indica que tanto el *common law*, como el *civil law*, conducen a una misma solución, ya que en la primera se obliga al abogado deontológicamente a presentar al juez las normas aplicables, incluso cuando son contrarios a su interés; mientras que en el *civil law* se garantiza el principio en cuestión imponiendo una obligación a los tribunales.

---

<sup>33</sup> OWA, Ibukunoluwa; ILUEZI, Efemena. "Arbitrators Applying the Law: Can a Tribunal Decide on a Law that was not Pleaded by the Parties?". En *Kluwer Arbitration Blog*, 2022. Consulta realizada el día 5 de marzo de 2023. Disponible en web: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/17/arbitrators-applying-the-law-can-a-tribunal-decide-on-a-law-that-was-not-pleaded-by-the-parties/>

<sup>34</sup> GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, Luis. "Iura novit curia y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España". En *Arbitraje*, vol. 9, núm. 1, 2016, pp. 45-95.

<sup>35</sup> *Idem*.

Finalmente, plantea otras cuestiones, refiriéndose a la disposición del árbitro para resolver conforme a derecho, la intervención de los árbitros aplicando un derecho “ajeno”, y a la tendencia del arbitraje internacional hacia una mayor aceptación del principio *iura novit arbiter*, concluyendo que los tribunales arbitrales no pueden únicamente circunscribirse a la fundamentación de derecho que aleguen las partes, pero tampoco deben introducir cuestiones jurídicas ajenas a las alegadas, salvo se trate de normativa de orden público<sup>36</sup>.

#### **vi. Tratamiento en la experiencia normativa y jurisprudencial del Perú**

En el contexto peruano hay facultades y límites del juez que no siempre se le reconocen al árbitro, incluso algunos postularían que no habría sustento alguno para otorgarle dichas atribuciones, lo cual ha generado discusiones a nivel de anulaciones de laudo, como el caso del tópico de la “anulación del laudo por motivación deficiente”.

Al respecto, para sustentar la atribución al tribunal arbitral de las herramientas de un juez, algunos refieren a la Cuarta Disposición complementaria del Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje<sup>37</sup>, que señala:

CUARTA. Juez y tribunal arbitral.

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

Mediante esta disposición normativa, se estaría atribuyendo las facultades de un juez a los árbitros, por lo que habría un sustento normativo para la aplicación del *iura novit arbiter* en el Perú. Al respecto, se han suscitado dos resoluciones recientes referidas a la aplicación de una norma no invocada por las partes en un proceso arbitral, producto de dos recursos de anulación de laudo arbitral.

Por un lado, con fecha 26 de julio de 2021, se emite la Resolución 17 del Expediente Judicial Electrónico 00063-2021-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial<sup>38</sup>, producto de un recurso de anulación fundado, entre otros, en el que el tribunal habría resuelto sobre materias no sometidas a su decisión, incurriendo en un pronunciamiento *extra petita*. Así pues, en el caso postulado, el señor Rodrigo Alonso Luna Guerrero, como parte no signataria, interpuso la anulación del Laudo expedido por el Árbitro único Ivan F. Morante Vinces, alegando una falta de debida motivación, al recurrir al artículo 1700 del Código Civil que no había sido planteado por el demandante; consecuentemente, la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial se pronunció reconociendo

---

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (28 de junio de 2008).

<sup>38</sup> Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial del Perú: Resolución 17, de fecha 26 de julio de 2021, que se corresponde al Expediente 00063-2021-0-1817-SP-CO-01.

que existe la facultad del árbitro de aplicar una norma distinta a la alegada por la parte; sin embargo, resalta el límite que reside en el principio de congruencia:

En ese sentido, la motivación del laudo no da cuenta del análisis y resolución de la controversia en base a la pretensión postulada con la demanda arbitral, sino que ha desviado el análisis para resolver sobre el desalajo, incurriendo de una motivación sustancialmente incongruente, en base a algo no alegado por la demandante, lo que per se resulta lesivo del debido proceso y lesivo del derecho de defensa del nulidisciente, no pudiendo este Colegiado permanecer impasible a tenor de lo dispuesto en la duodécima disposición complementaria del D. Leg. 1071 y al precedente constitucional del caso María Julia. (...).

Si bien en este caso sí declaró fundado el recurso de anulación, no fue por una decisión *extra petita* estrictamente, sino más bien por un mal uso del principio *iura novit arbiter*, ya que el árbitro no sustentó su desvinculación del marco fáctico y jurídico fijado por las partes, encontrándose sustentada la anulación en una motivación deficiente, que es tema para otro debate más extenso.

Por otro lado, el 23 de mayo de 2022, se emitió la Resolución No. 6 del Expediente Judicial Electrónico No. 000535-2021-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial<sup>39</sup>, donde la Caja de Pensiones Militar Policial pretendía anular un laudo arbitral emitido por la Árbitra Única Elvira Martínez Coco, por la declaración de oficio de nulidad o ineficacia de la Cláusula Octava del contrato del que surgía la controversia, lo cual no había sido requerido ni planteado por las partes.

Al respecto, la sala señaló:

VIGÉSIMO CUARTO: Lo señalado no implica, sin embargo, que lo alegado por LA CAJA amerita la invalidación del laudo, pues de lo actuado y que se desprende del laudo cuestionado, como de la resolución arbitral número 15 de fecha 20 de octubre de 2021, que a folios 490 y siguientes se pronuncia sobre los pedidos de interpretación y exclusión de LA CAJA, se colige que el abordaje y declaración de nulidad parcial de la cláusula contractual Octava por parte de la Árbitra Única, no fue sorpresiva para las partes, sino que fue materia de discusión explícita en la audiencia de fecha 10 de septiembre de 2021, en la que la Árbitra Única formuló preguntas a los abogados respecto, precisamente dicha cláusula Octava, en tanto que pudiera considerarse que contiene una exoneración de responsabilidad y como tal pasible de nulidad que pudiera declararse al amparo del artículo 220 del Código Civil. El diálogo producido sobre el particular se parecía objetivamente consignado en el laudo, en el fundamento 289, consignado en el considerando vigésimo primero de la presente resolución.

---

<sup>39</sup> Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial del Perú: Resolución 6, de fecha 23 de mayo de 2022, que se corresponde al Exp. 000535-2021-0-1817-SP-CO-01.

En este caso se declaró infundado el recurso de anulación, ya que se dio una correcta y diligente aplicación del principio *iura novit arbiter*; puesto que no solo se aplicó la norma correspondiente a los hechos presentados, sino que también se dio la oportunidad a las partes de discutirlo y se dejó constancia de ello, velando por el debido proceso durante el arbitraje, evitando incurrir en alguna **decisión sorpresiva**, puesto que ya habría sido objeto de discusión entre las partes.

Esta garantía ha sido recogida, en sede judicial, expresamente en el IX Pleno Casatorio Civil, Casación 4442-2015<sup>40</sup>, Moquegua, realizado por las salas civiles permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se estableció:

SEGUNDO. - Asimismo, declararon que CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE las siguientes reglas:

(...)

3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.

Finalmente, existen otras normas a tener en consideración que pueden funcionar como límites al principio en cuestión, como la Duodécima Disposición Complementaria del D.L. No. 1071, o la Sentencia del Expediente No. 00142-2011-PA/TC<sup>41</sup>, conocido como el precedente “María Julia”, donde se establece que se deben observar las garantías constitucionales a lo largo del proceso arbitral.

### III. Conclusiones

A lo largo de este documento, hemos podido comprender el origen del *iura novit curia* que radica en sede judicial y cómo esta exigencia ha sido delimitada para los jueces con la aplicación del principio de congruencia, restringiendo su uso arbitrario e irrestricto.

La adaptación de este principio, cambiando la denominación acorde al tipo de proceso, termina en el uso del aforismo *iura novit arbiter*, trasladándose varios aspectos constituyentes de su manifestación en sede judicial a la sede arbitral. Está claro que también conllevar los mismos límites aplicables a los jueces en un proceso ordinario.

---

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Salas Civiles Permanente y Transitoria Moquegua (2015). Casación 4442-2015. Magistrada ponente Janet Tello Gilardi. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/90b17a804fbf2645be51be5a56224ace/SentenciadelPlenoCasatorioCasacion\\_N\\_4442\\_2015\\_Moquegua.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=90b17a804fbf2645be51be5a56224ace](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/90b17a804fbf2645be51be5a56224ace/SentenciadelPlenoCasatorioCasacion_N_4442_2015_Moquegua.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=90b17a804fbf2645be51be5a56224ace)

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Exp. 00142-2011-PA/TC, 21 de septiembre de 2011.

Sin duda alguna, nos encontramos ante una figura jurídica que en un principio se volvió controvertida, ya que algunos postulan una aplicación irrestricta, otros niegan rotundamente la posibilidad de aplicar dicha exigencia a un árbitro, y una tercera fuente busca una posición que pueda tener un carácter ecléctico entre ambas posturas.

Asimismo, existen limitaciones fácticas que representa la aplicación del *iura novit arbiter*, puesto que en un arbitraje internacional resultaría contingente exigir el conocimiento de todos los ordenamientos jurídicos y distinguir entre las normas que resultarían aplicables. Ello, sin perjuicio que resulta un deber del árbitro resolver la controversia de la manera más adecuada, tratando de no limitarse a las normas invocadas por las partes, las cuales, incluso, podrían ser totalmente erradas.

En el Perú, quizás podríamos afirmar que existe una base normativa más sólida que amplía las herramientas y facultades de los árbitros, permitiéndoles aplicar – *mutatis mutandis*– el principio del *iura novit curia* que se le faculta a los jueces. Sin embargo, está claro que, además de los límites que hemos comentado en el desarrollo de esta entrega, también se establecen criterios para la atención adecuada y motivada de normas no invocadas en el proceso por las partes, constituyendo una aplicación del *iura novit arbiter*, buscando la eliminación de cualquier tipo de arbitrariedad dentro de un proceso arbitral.

# La recusación de los árbitros en la práctica de las principales instituciones del arbitraje internacional

Malgorzata Judkiewicz-Garvan\*

**Resumen.** – El presente artículo repasa las cuestiones generales relacionadas con recusación de árbitros como derecho fundamental y ofrece una recopilación de decisiones sobre recusación emitidas por tres instituciones arbitrales de alcance global, que permiten concluir que uno de los errores cometidos por las partes recusantes es aplicar el estándar subjetivo a la recusación.

**Abstract.** – This article reviews the general issues related to the challenge of arbitrators as a fundamental right and offers a compilation of decisions on challenges issued by three global arbitral institutions, which lead to the conclusion that one of the mistakes made by the challenging parties is to apply the subjective standard to the challenge.

**Palabras clave.** – Arbitraje – Recusación – Arbitraje internacional

**Key words.** – Arbitraje – Recusación – Arbitraje internacional

---

\* Asociada del área Corporativa de Osterling Abogados, acreditada para el ejercicio profesional en Perú y Polonia. Integra la práctica de Arbitraje, una materia en la que cuenta con sólida experiencia. Se especializa también de manera significativa en derecho civil y comercial.

## **I. Introducción**

El encargo del árbitro consiste en participar en el arbitraje hasta la emisión de un laudo final y ejecutable. Durante ese proceso, los árbitros deben mantener su independencia e imparcialidad frente a las partes, quienes tienen a su alcance la posibilidad de recusar a un árbitro que no cumple con esos requisitos al no ser o al dejar de ser independiente o imparcial. No obstante, la recusación no siempre se utiliza como una herramienta al alcance de las partes que genuinamente cuestionan la independencia, imparcialidad u otras cualidades del árbitro, sino que también se emplea como una táctica disruptiva para alargar el procedimiento o para convencer al árbitro recusado a que renuncie su encargo por voluntad propia. Por otro lado, también se dan casos en los que las partes acuden a la recusación a pesar de que no existen fundamentos objetivos para cuestionar la independencia o imparcialidad del árbitro, lo que se debe al desconocimiento del proceso arbitral y de la amplia potestad de los árbitros de gestionar el proceso.

Este artículo repasa las cuestiones generales relacionadas con recusación de árbitros y luego ofrece una recopilación de decisiones sobre recusación emitidas por tres instituciones arbitrales de alcance global que sí publican ese tipo de decisiones u ofrecen resúmenes de las mismas. La práctica de las tres instituciones arbitrales permite ver que el porcentaje de éxito de las partes recusantes es relativamente bajo y que cada situación debe analizarse caso por caso, pudiendo llevar a decisiones diferentes, dependiendo de la procedencia de las partes o del lugar de la posible ejecución del laudo. En cualquier caso, las partes tienen a su alcance las recomendaciones incluidas en las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional ("Directrices IBA"), las que permiten evaluar de forma objetiva la situación que consideran como un posible conflicto de interés.

## **II. El plazo para la recusación**

Los reglamentos arbitrales o, en su defecto, las leyes arbitrales, suelen establecer un plazo para presentar una recusación. Por ejemplo, según la Ley de arbitraje peruana, a falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable la recusación debe formularse "tan pronto sea conocida la causal que la motiva"<sup>1</sup>. Según la doctrina nacional, esto:

(...) se condice con la buena fe y lealtad procesales, y se justifica en que la recusación responda a una efectiva percepción de la afectación a la independencia e imparcialidad del árbitro por la parte recusante, lo que ocasiona que dicha parte no pueda tolerar su presencia en el proceso desde el momento que conoció la causal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 1071, artículo 29.2. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008.

<sup>2</sup> PALACIOS, E. Comentario al artículo 29, en: BULLARD, A., SOTO, C. (coord.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pág. 358.

Los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen establecer un plazo concreto para la recusación, desde la notificación de la aceptación o confirmación del árbitro a la parte o desde la fecha en que la parte hubiera conocido o hubiera razonablemente debido conocer las circunstancias que sirven de base a la recusación. El plazo permite poner un límite a las recusaciones que deben presentarse cuando la parte recusante se haya enterado – o debió razonablemente haberse enterado – de un hecho o una circunstancia dudosos, para que no tenga la opción de aguantar ese conocimiento y presentar la recusación en un momento posterior y más disruptivo, que más le convenga a una parte que actúe de mala fe.

¿Cómo calcular el inicio del plazo en caso de las circunstancias que las partes hubieran razonablemente debido conocer? Esa pregunta surge sobre todo en relación con los hechos que se pueden encontrar, realizando búsquedas en el dominio público. Hasta cierto punto, se espera que las partes conozcan los hechos públicos, aunque no se puede esperar que tengan conocimientos que provengan de fuentes muy especializadas o poco conocidas<sup>3</sup>. En caso de información que no se pueda obtener en el dominio público, el vacío informativo se reduce gracias al deber de revelación impuesto al árbitro. Cuando la recusación se basa en los hechos o circunstancias que el árbitro debió haber revelado, pero no lo hizo, la institución arbitral llamada para resolver la recusación puede inclinarse más a favor de la parte recusante e interpretar que sí existen dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro<sup>4</sup>.

El incumplimiento del plazo equivale a la renuncia del derecho a recusar, lo que también impide futuros intentos de anular el laudo por la alegada falta de independencia o imparcialidad. Si bien esa última cuestión no ha sido resuelta de forma definitiva, en la doctrina del arbitraje internacional es más recomendable considerar que el incumplimiento del plazo debería impedir también la anulación del laudo por esos motivos<sup>5</sup>. Eso brinda más certeza al arbitraje, dado que no se le podrá sorprender a la parte ganadora con una anulación por un motivo que debió haber sido tratado durante el proceso arbitral.

### **III. Recusación como una táctica de guerrilla**

No es ninguna novedad ver que las partes usen la recusación para dilatar u obstaculizar el proceso arbitral. Esas tácticas, llamadas tácticas de guerrilla, se pueden ver desde el inicio del arbitraje y a lo largo del mismo hasta la emisión del laudo. Por ejemplo, para dilatar el inicio del arbitraje, una parte puede designar a un árbitro que no tiene mucha disponibilidad para que no tenga tiempo suficiente para gestionar el arbitraje de manera eficiente, para que con su poca disponibilidad complique la

---

<sup>3</sup> FRY, J., GREENBERG, S., MAZZA, F. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2012, pp. 3-582.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 3-583.

<sup>5</sup> BLACKABY, N., PARTASIDES, C. y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 4.77.

agenda de los demás árbitros o para que rechace la designación del todo, llevando a la necesidad de reiniciar el proceso con otro candidato para árbitro.

Cuando ya estamos ante un tribunal arbitral constituido, otra táctica de guerrilla consiste en presentar recusaciones frívolas cuya única finalidad es dilatar el proceso. Son especialmente disruptivas cuando se presentan en las etapas finales del arbitraje o de forma táctica inmediatamente antes de una audiencia o fecha límite<sup>6</sup>. Presentar una recusación es un derecho fundamental e indispensable de las partes, pero se convierte en una táctica de guerrilla cuando es injustificada y presentada solamente para frustrar el proceso, negarle a la contraparte el árbitro de su preferencia o incluso crear las condiciones para la recusación provocando persistentemente a un árbitro<sup>7</sup>.

En caso de recusaciones aplicadas como tácticas de guerrilla, debería llamarse la atención del tribunal sobre ese hecho y solicitar que la actuación de mala fe de la contraparte se vea reflejada en los costos arbitrales. Si bien eso no siempre prevendrá las siguientes recusaciones no fundamentadas, por lo menos existirá un incentivo financiero para que la parte recusante deje de recurrir a ese tipo de herramientas disruptivas.

#### **IV. ¿Responder o no la recusación?**

El árbitro recusado no necesariamente tiene que presentar su posición sobre su recusación. Según el vicepresidente de la Corte LCIA, el árbitro recusado por la alegada falta de actuar de forma justa e imparcial debería tener mucha cautela antes de involucrarse en un intercambio de argumentos con la parte que lo ha recusado, ya que su obligación es precisamente mantener su independencia e imparcialidad<sup>8</sup>. El no presentar la posición sobre la recusación de ninguna manera implica darle la razón a la parte recusante.

Si bien todo depende de los motivos de recusación presentados por la parte, en la práctica es conveniente que los árbitros presenten su posición, dado que son las personas que más conocimiento tienen de lo que se les imputa. Pueden aclarar las circunstancias invocadas por la parte recusante, llegando a convencer el órgano decisorio de que en realidad no existe un riesgo de la falta de independencia o imparcialidad. La revisión de las decisiones de las tres instituciones arbitrales mencionadas en este artículo permite constatar que la decisión sobre la recusación llega a ser más completa cuando tanto la contraparte como el árbitro recusado han presentado su posición al respecto.

---

<sup>6</sup> HORVATH, G. J., WILSKE, S. (ed.), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 28, Kluwer Law International, 2013, pág. 11.

<sup>7</sup> *Ibid*, pág. 11-12.

<sup>8</sup> Decisión LCIA N° 163283 del 3 de octubre de 2016, pár. 111, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

## V. La obligación de revelar

El estándar ampliamente reconocido, y también reflejado en las Directrices IBA, dice que, en caso de dudas si una circunstancia debería ser revelada, se recomienda revelarla<sup>9</sup>. Asimismo, la revelación no implica la existencia de un conflicto de interés, sino que busca poner a ambas partes en el mismo nivel de acceso a la información. Por otro lado, la omisión de revelar podría en algunas circunstancias ser un factor determinante para la existencia de las dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, pero no lleva a una remoción automática del árbitro ni a la anulación automática del laudo<sup>10</sup>.

La Ley de arbitraje peruana codifica la obligación de revelar las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia<sup>11</sup>, siguiendo el ejemplo establecido en la Ley Modelo UNCITRAL<sup>12</sup> y de la misma forma que las leyes arbitrales de otras jurisdicciones<sup>13</sup>.

Curiosamente, en una jurisdicción proarbitral, como lo es la de Inglaterra y Gales, el deber de revelación no está codificado en la ley de arbitraje (“Arbitration Act 1996”),

---

<sup>9</sup> Norma General 3, literal (d) de las Directrices IBA: “(d) Cualesquiera dudas que surjan acerca de si un árbitro debe revelar algún hecho o circunstancia deberán resolverse a favor de su revelación.”

<sup>10</sup> “Ciarb intervenes in Supreme Court matter in Brazil concerning arbitrators’ duty to disclose”, 8 de agosto de 2023. Disponible en: <https://www.ciarb.org/news/ciarb-intervenies-in-supreme-court-matter-in-brazil-concerning-arbitrators-duty-to-disclose/>

“Concerning the effects of the failure to disclose, Ciarb highlights that arbitrators’ duty to disclose and their duty to be and remain impartial and independent have different functions and follow different legal standards. A failure to disclose may in some circumstances be a factor in determining justifiable doubts as to arbitrators’ impartiality and independence, but it does not automatically amount to grounds for removal of the arbitrator or annulment of the award.”

<sup>11</sup> Decreto Legislativo N° 1071, artículo 28.1. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008:

“1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.”

<sup>12</sup> Artículo 12 inciso 1) de la Ley Modelo UNCITRAL: “1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.”

<sup>13</sup> Por ejemplo, el artículo 17 inciso 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, aplicable en España: “2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.”; artículo 179 inciso 6 de la Ley Privada Internacional (PILA, Private International Law Act 1987) que regula el arbitraje internacional en Suiza: “Toda persona a la que se le solicite ser miembro del tribunal arbitral deberá revelar sin demora la existencia de circunstancias que podrían dar lugar a dudas legítimas sobre su independencia o imparcialidad. Esta obligación se aplica durante todo el procedimiento.” (traducción propia); Sección 9 de la Ley de arbitraje de Suecia: “Una persona a la que se le solicite aceptar una designación como árbitro deberá inmediatamente revelar todas las circunstancias que, de conformidad con las secciones 7 u 8, puedan considerarse para impedirle actuar como árbitro. Un árbitro informará a las partes y los demás árbitros de tales circunstancias tan pronto como todos los árbitros hayan sido designado y posteriormente en el curso del procedimiento arbitral tan pronto como haya enterado de cualquier nueva circunstancia.” (traducción propia).

sino que proviene de la jurisprudencia. Concretamente, ese deber se estableció en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Halliburton v. Chubb*<sup>14</sup> y la Comisión de Derecho que actualmente está revisando la *Arbitration Act 1996* ha propuesto su codificación en la legislación<sup>15</sup>.

Es interesante ver los comentarios proveídos por los usuarios de arbitraje que han compartido sus opiniones respecto de la propuesta de cambios. Por ejemplo, Imran Benson indicó que, en el marco de los arbitrajes de seguros iniciados por los tomadores de seguros, la importancia de la revelación es aún mayor, dado que una parte que suele ser demandada en el arbitraje de seguros puede tener acceso a los puntos de vista de muchos árbitros sobre diferentes cuestiones que aparecen en ese tipo de controversias. Eso puede darle a esa parte una ventaja sobre la demandante a la hora de designar a un árbitro. Por ello, la demandante debería tener acceso al número de casos en los que un árbitro concreto ha participado junto con la demandada<sup>16</sup>.

En el marco de la revisión de la *Arbitration Act 1996* han aparecido opiniones interesantes de los representantes de algunos sectores especializados, tales como GAFTA (Grain and Feed Trade Association, Asociación de Comercio de Granos y Piensos), FOSFA International (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations, Federación de Asociaciones de Aceites, Semillas y Grasas); London Maritime Arbitrators Association (LMAA, Asociación de Árbitros Marítimos de Londres) y otras<sup>17</sup>. Esas organizaciones especializadas indican que en sus respectivos sectores existe un número limitado de árbitros y estudios de abogados que los designan, por lo que las designaciones repetidas son una práctica común y aceptada sin la necesidad de revelación. Es más, en algunos casos la información sobre la mera existencia de un arbitraje es confidencial, lo que impide la revelación<sup>18</sup>. Merece una mención notar que, según la jurisprudencia del Reino Unido, si las cuestiones de confidencialidad no le permiten a un árbitro revelar lo que debería revelarse, entonces ese árbitro no debería aceptar la designación<sup>19</sup>.

Las características de algunos sectores altamente especializados pueden llevar a un número limitado de especialistas y, por ende, a las designaciones repetidas de los árbitros. Eso puede pasar en el arbitraje deportivo, marítimo, de reaseguros o en el sector de productos básicos<sup>20</sup>. Si esa situación cuenta con la aceptación tácita de los usuarios del arbitraje, parece que no debería crear problemas con los conflictos de

---

<sup>14</sup> HALLIBURTON Co v CHUBB BERMUDA Insurance Ltd [2020] UKSC 48, [2021] AC 1083.

<sup>15</sup> Law Commission, Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, p. 3.24 y sig; Recomendación 1, p. 25. Disponible en: <https://www.lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 3.31.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 3.35.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 3.37.

<sup>19</sup> [2020] UKSC 48, [2021] AC 1083, pp. [88].

<sup>20</sup> Law Commission, Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, p. 3.70.

interés: incluso en caso de designaciones repetidas, los usuarios del arbitraje no tendrán dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro<sup>21</sup>.

No obstante, esa conclusión sobre los sectores especializados no puede extenderse al arbitraje en general. Las designaciones repetidas de los árbitros sí pueden crear dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro en cuestión, por lo que sí ameritan la revelación, salvo que las partes acuerden la no revelación para un caso concreto.

El deber de revelar también implica que el árbitro debe realizar los *conflict checks* necesarios para asegurarse si debería revelar cualquier circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad o independencia<sup>22</sup>.

El test para la revelación debe ser subjetivo, lo que implica ponerse en el lugar de las partes para ver qué hechos o circunstancias podrían parecerles sospechosas y revelarlas. Eso queda reflejado en la Norma General 3(a) de las Directrices IBA, la cual establece que la revelación concierne los hechos o circunstancias que puedan generar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro en opinión de las partes<sup>23</sup>, por lo que se reconoce el test subjetivo para la revelación.

## **VI. Las causas más comunes de recusación**

Gracias a la publicación de las decisiones fundamentadas, los usuarios del arbitraje pueden conocer las razones por las cuales se podría esperar una recusación exitosa. Ello es beneficioso para las partes, quienes aprenden cuándo evitar la designación de un árbitro o cuándo recusar al árbitro designado por la contraparte. Por otro lado, el beneficio para los árbitros consiste en entender qué información revelar o en qué circunstancias es mejor no aceptar la designación<sup>24</sup>.

Los reglamentos arbitrales suelen indicar que las recusaciones se pueden plantear por la falta de independencia o imparcialidad del árbitro. Como se explica en la doctrina, la independencia se mide en función de las relaciones que un árbitro pueda tener con una de las partes, ya sea financiera o de otro tipo, lo que se puede establecer de manera objetiva<sup>25</sup>. Por otro lado, la imparcialidad es un concepto más subjetivo, relacionado con un sesgo existente o aparente que el árbitro pueda tener a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones controvertidas<sup>26</sup>.

Tanto la Ley Modelo UNCITRAL como varias leyes arbitrales contienen el concepto de “dudas justificadas” cuando regulan la cuestión de independencia e imparcialidad de los árbitros. En las leyes de EE.UU. e Inglaterra, existen criterios de “sospecha

---

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> UNCITRAL, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 65.

<sup>23</sup> Directrices IBA, Norma General (3) Revelaciones del Árbitro, literal (a).

<sup>24</sup> MOSES, M. “Reasoned Decisions in Arbitrator Challenges”, III Yearbook on International Arbitration 199 (2013), Loyola University Chicago School of Law Research Paper No. 2012-011, p. 1.

<sup>25</sup> BLACKABY, N., PARTASIDES, C. y otros, op. cit., p. 4.134.

<sup>26</sup> *Idem.*

razonable”, “impresión razonable” o “posibilidad real” de parcialidad. Así, en general se analiza la existencia de un “riesgo” o una “posibilidad” de parcialidad más que requerir una “certeza” o “probabilidad”<sup>27</sup>.

Es lógico que el estándar de independencia e imparcialidad de los árbitros sea alto, mientras que el estándar de prueba para demostrar la falta de esas características sea menos riguroso. Al final, el objetivo es asegurar la integridad del tribunal y del proceso arbitral, sobre todo en vista de la revisión limitada de los errores de fondo o procedimentales que puedan cometer los árbitros<sup>28</sup>. Si bien no pueden evitarse los errores de un tribunal compuesto por árbitros independientes e imparciales, por lo menos puede asegurarse que esos errores no se deberán a un sentido de lealtad hacia una de las partes o a una mente cerrada que no permita evaluar las pruebas y el derecho de forma objetiva.

Al resolver la recusación (o al rechazar la designación) hay que aplicar un test objetivo, el cual analiza los hechos desde el punto de vista de un tercero objetivo y bien informado. Así lo establece la Norma General 2(b) de las Directrices IBA:

Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que **una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto** consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General 4.<sup>29</sup>

La LCIA en su práctica aplica un test objetivo para la independencia del árbitro, analizando si existen circunstancias que pudieran crear una apariencia de un potencial sesgo del árbitro, mientras que considera la imparcialidad del árbitro como de naturaleza subjetiva, por lo que aplica el test de la presencia real del sesgo del árbitro, demostrado por las acciones del árbitro más que por la apariencia de un sesgo potencial<sup>30</sup>.

Es interesante ver que para la Comisión de Derecho encargada de revisar la *Arbitration Act 1996*, la independencia completa es imposible<sup>31</sup> y que, si el árbitro es imparcial, no importa si tiene una conexión con las partes, dado que no debería contar la conexión, sino el efecto que tiene esa posible conexión sobre la imparcialidad o el sesgo<sup>32</sup>. Como se explica, una independencia completa podría ser difícil de conseguir, cuando se trata

---

<sup>27</sup> BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009, p. 1475.

<sup>28</sup> Decisión LCIA N° 142862 del 2 de junio de 2015. Disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

<sup>29</sup> Directrices IBA, Norma General (2) Conflictos de intereses, literal (b).

<sup>30</sup> Decisión LCIA N° 111947 del 4 de septiembre de 2012. Disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

<sup>31</sup> Law Commission, *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill*, p. 15. Disponible en: <https://www.lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>

<sup>32</sup> *Ibid*, pp. 14.

de un número limitado de personas con especialización en ciertos sectores y quienes inevitablemente se vuelven a encontrar repetidas veces durante los años de su carrera profesional<sup>33</sup>. Por esas razones, la Comisión de Derecho no recomienda codificar en la ley de arbitraje revisada la obligación de independencia<sup>34</sup>. Su posición es abogar por la codificación del deber de revelación, lo que ayudará a demostrar la imparcialidad y estará en línea con lo establecido en la Ley Modelo UNCITRAL<sup>35</sup>.

La imparcialidad de un árbitro podría verse comprometida por el hecho de haber expresado una opinión categórica sobre un tema que es clave para la controversia y para el cual el árbitro debería tener una mente abierta<sup>36</sup>. Ese fenómeno se conoce como *issue conflict*<sup>37</sup>, el cual concierne la opinión que tiene el árbitro sobre una cuestión jurídica que aparece en el arbitraje, dado que la había alegado antes como abogado de parte o había decidido sobre la misma como árbitro en otro caso. Si bien las recusaciones por *issue conflict* eran más comunes en el arbitraje de inversiones, en el que el número de cuestiones jurídicas por tratar está acotado, la práctica enseña que aplican cada vez más en los casos de arbitraje comercial.

Por ejemplo, el árbitro pudo haber resuelto sobre una cuestión similar en otro caso, por lo que habría que analizar si las circunstancias de los dos casos son similares o si las posibles diferencias permitirían al árbitro tomar otra decisión en el segundo arbitraje. La opinión también puede haber sido expresada en una publicación, por lo que se puede suponer que el árbitro siempre mantendrá la interpretación de su preferencia y aplicará el mismo razonamiento en cada arbitraje en el que participe, independientemente de los hechos de cada caso. Si bien las Directrices IBA consideran el haber expresado una opinión legal sobre una cuestión materia del arbitraje como una situación del Listado verde<sup>38</sup>, el cual ni siquiera requiere de revelación, consideramos que en ciertas situaciones sí se podría alegar la falta de una mente abierta, tan necesaria para tomar una decisión objetiva y sin sesgos, lo que ameritaría una recusación por *issue conflict*.

Por otro lado, si el árbitro había expresado una opinión por muy categórica que sea, pero actuando como abogado en otro caso, consideramos que ello no debería tener las mismas implicancias, dado que los abogados a menudo argumentan la teoría más

---

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Ibid*, pp. 15.

<sup>36</sup> PATOCCHI/NIEDERMAIER, Chap. XV, UNCITRAL Rules Art. 11. En: Schütze, Institutional Arbitration, Beck, Hart, Nomos, 2013.

<sup>37</sup> Existen diferentes definiciones de ese término. Por ejemplo, Enrique Barros Bourie y Andrés Germain Ronco lo definen como “la divulgación de una opinión legal que favorezca o perjudique la posición de una de las partes” en: “Los conflictos de interés en el arbitraje internacional”, disponible en <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/05/Conflictos-de-Inter%C3%A9s-en-el-Arbitraje-Internacional-VF.pdf>.

<sup>38</sup> Sección 4.1.1 de las Directrices IBA: “El árbitro ha expresado con anterioridad su opinión legal (por ejemplo en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).”

conveniente para su cliente y el caso concreto que defienden, sin necesariamente creer en todo lo que alegan. Un abogado de parte no necesariamente alegaría el mismo punto de vista en un caso similar, a pesar de tratar los mismos temas jurídicos, ni tendría por qué resolver la cuestión de la misma manera actuando como árbitro. Esos ejemplos demuestran que el alegado *issue conflict* debe considerarse teniendo en cuenta las propias circunstancias de cada caso.

Aparte de la independencia e imparcialidad, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) también indica “cualquier otro motivo”<sup>39</sup>, lo que permite a la parte recusante invocar otras razones. En la práctica, las recusaciones podrían basarse en la alegada inhabilidad de gestionar el proceso arbitral de acuerdo con las reglas o la falta de ciertas habilidades relevantes, por ejemplo, la falta de conocimiento del derecho aplicable, aunque la procedencia de ese tipo de recusaciones dependerá de la inclusión en el convenio arbitral de ciertos requisitos que deban cumplir los árbitros<sup>40</sup>. A veces, las partes recusan a un árbitro debido a la carga de trabajo que tiene y que le imposibilita dedicar tiempo suficiente al arbitraje, aunque para ese tipo de problemas sirve el artículo 15 inciso 2 del Reglamento CCI, el cual establece la posibilidad de sustitución del árbitro que no cumple con sus funciones<sup>41</sup>.

Las Directrices IBA son el documento de referencia cuando se habla de las causales de recusación de los árbitros. La primera edición se publicó en 2004, mientras que la actualmente vigente data de 2014. Las Directrices IBA contienen tanto una serie de normas generales y sus respectivas notas explicativas como los listados de aplicación, por lo cual constituyen una fuente muy importante para revisar a la hora de decidir si debería presentarse una recusación contra un árbitro o si procede amparar o no la recusación presentada. Si bien los listados no son exhaustivos y, en la práctica, pueden darse situaciones no descritas en las Directrices IBA, siempre existiría una similitud que permitirá aprovechar de lo que se considera la mejor y más reciente práctica arbitral internacional<sup>42</sup>.

Mucho se ha escrito sobre las Directrices IBA. Además, el documento se explica por sí mismo, por lo que este artículo no se va a enfocar en su análisis. Más bien, parece relevante poder revisar las resoluciones de las instituciones arbitrales que deciden las recusaciones planteadas, para así ver cómo se evalúan en la práctica las situaciones invocadas por las partes recusantes.

---

<sup>39</sup> Artículo 14 inciso 1 del Reglamento CCI.

<sup>40</sup> FRY, J., GREENBERG, S., MAZZA, F. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2012.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, pár. 4 de la Introducción: “Las Directrices reflejan lo que el Comité de Arbitraje de la IBA entiende que es la mejor y más reciente práctica internacional, firmemente fundada en los principios establecidos en las Normas Generales detalladas más abajo.”

## VII. Revisión de las recusaciones decididas por instituciones arbitrales líderes

### i. La CCI

No todas las instituciones arbitrales fundamentan las decisiones sobre recusación y todavía menos instituciones las publican. El Centro de Arbitraje de la CCI ha introducido la posibilidad de pedir la motivación para las decisiones de la Corte CCI, incluidas las sobre la recusación, en octubre de 2015, para seguir fomentando la transparencia y la claridad del proceso arbitral administrado por esa institución<sup>43</sup>. El ahora vigente Reglamento de 2021 indica ya de forma expresa que la Corte CCI comunicará la motivación para el artículo 14 (Recusación) a solicitud de cualquier parte<sup>44</sup>, aunque en circunstancias excepcionales la Corte podrá decidir no comunicar la motivación<sup>45</sup>.

Las decisiones de la CCI sobre la recusación no se publican, pero se pueden conocer los estándares de análisis de recusación gracias a algunas publicaciones de esa institución. Por ejemplo, el número 1 del *ICC Dispute Resolution Bulletin* de 2016 permite conocer las tendencias en las recusaciones planteadas ante la CCI en la década anterior<sup>46</sup>. La práctica indica que entre las causas más comunes de recusación están (i) la relación del árbitro con una persona natural o jurídica relacionada con el arbitraje, pero la cual no participa directamente en el mismo, (ii) el llamado *issue conflict*, y (iii) la alegada falta en la conducta del árbitro durante el proceso arbitral<sup>47</sup>. Entre las nuevas tendencias, la CCI nota que son cada vez más numerosas las recusaciones que invocan las relaciones con los expertos o con los terceros fundadores, lo que también se ve reflejado en la versión revisada de las Directrices IBA; además, las recusaciones basadas en *issue conflict*, que antes se asociaban típicamente con el arbitraje de inversiones, son cada vez más frecuentes en el arbitraje comercial<sup>48</sup>.

Los ejemplos de recusaciones fundadas según la Corte CCI incluyen los siguientes casos:

- a. El anterior abogado de una de las partes ingresó como abogado al estudio de uno de los árbitros<sup>49</sup>;

---

<sup>43</sup> “ICC Court to communicate reasons as a new service to users”, 8 de octubre de 2015; disponible en: <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-court-to-communicate-reasons-as-a-new-service-to-users/>

<sup>44</sup> Artículo 5 inciso 1 del Apéndice II - Reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje.

<sup>45</sup> Artículo 5 inciso 3 del Apéndice II - Reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje.

<sup>46</sup> *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2016, Issue 1, E-Chapter “Arbitrator challenges under the ICC Rules and practice”, p. 13.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Ibid*, pp. 14.

- b. El nuevo estudio de abogados del árbitro representaba a la contraparte de la parte recusante en otros dos procesos judiciales<sup>50</sup>;
- c. El abogado de una de las partes realizó cinco designaciones del mismo árbitro en los últimos doce años<sup>51</sup>;
- d. Dos casos separados que involucraron una *barristers' chamber*, cuando una de las partes no estaba familiarizada con esa figura de las jurisdicciones de *common law*<sup>52</sup>. En el primer caso, un arbitraje con sede en Viena, la demandada y sus abogados de Europa continental cuestionaron el hecho de que el abogado adicional de la demandante perteneciera a la misma *barristers' chamber* que uno de los árbitros, lo que supuestamente ponía en duda su independencia<sup>53</sup>. Si bien una *barristers' chamber* se refiere a la forma de compartir el espacio físico, pero no los ingresos, la Corte CCI tomó en consideración la percepción de una *barristers' chamber* en otras jurisdicciones, en las que el desconocimiento de esa figura podría crear problemas a la hora de ejecución del laudo. Además, en ese caso concreto, tanto el tribunal arbitral como la demandada se enteraron del involucramiento del abogado adicional recién en una audiencia preliminar, por lo que no habían tenido la posibilidad de pedir aclaraciones o información adicional del árbitro recusado<sup>54</sup>. El segundo arbitraje fue con sede en Londres, pero la entidad estatal demandada desconocía la figura de *barristers' chamber* y recusó al árbitro único luego de que la demandante informase de que agregaba a su equipo a un abogado adicional, proveniente de la misma *barristers' chamber* que el árbitro único, y el árbitro único denegase el pedido de la demandada estatal de ordenar a la demandante contratar a otro abogado, excluir el abogado adicional del caso o renunciar. En ese caso, la recusación fue declarada fundada debido a que una relación como la que se crea dentro de una *barristers' chamber* no solo era desconocida para la demandada sino también inaceptable en su jurisdicción<sup>55</sup>;
- e. El estudio de abogados del árbitro designado por la demandante contrató al experto designado por la misma parte en otros dos arbitrajes, de los cuales uno acababa de terminar y el otro estaba en curso. Luego de presentada la recusación del árbitro, el experto renunció y su informe fue sustentado por un compañero suyo. No obstante, la Corte CCI declaró fundada la recusación, teniendo en cuenta que el estudio de abogados del árbitro contrató a ese experto luego de

---

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> Una *barristers' chamber* se refiere a un grupo de abogados que mantienen sus prácticas individuales y solamente comparten el mismo espacio físico para reducir los costos administrativos de sus oficinas, una solución muy común en tales jurisdicciones como el Reino Unido, Australia o Hong-Kong.

<sup>53</sup> Esa situación está incluida en la sección 3.3.2 del Listado naranja de las Directrices IBA: "El árbitro y otro árbitro o un abogado de una de las partes son miembros del mismo 'chambers'."

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 15.

<sup>55</sup> *Idem.*

que presentara su informe en el arbitraje en cuestión, que era probable que a la fecha de la audiencia en el arbitraje el experto seguiría prestando servicios al árbitro en los demás casos y que la renuncia del experto era irrelevante para la recusación del árbitro, ya que el contenido del informe pericial era el mismo a pesar de que lo sustentase otro experto. Finalmente, también se podía considerar que existían lazos financieros entre el experto y el árbitro, debido a los servicios prestados en otros casos<sup>56</sup>;

- f. El árbitro designado por la demandada iba a ser designado para formar parte del consejo de supervisores (compuesto por seis miembros) de la empresa matriz de la demandada y ello iba a conllevar a una remuneración significativa para el árbitro. Si bien el árbitro había revelado ese nombramiento a las partes, no mencionó la remuneración. Cuando la demandante descubrió el monto que iba a recibir el árbitro por su nuevo puesto, presentó la recusación. La Corte CCI declaró fundada la recusación debido a (i) la relación financiera entre el árbitro y la empresa matriz de la demandada, (ii) el nivel elevado de la remuneración y (iii) la posibilidad de que el laudo no pueda ejecutarse por esos motivos en la sede arbitral<sup>57</sup>;
- g. La esposa del árbitro designado por la demandada era una socia jubilada del estudio predecesor del que ahora representaba a la demandada. A pesar de su jubilación, la socia seguía trabajando en el estudio, aunque sin contacto con los clientes. El árbitro declaró esa relación entre su esposa y el estudio de la demandada, ofreciendo que podría renunciar si así se le solicitara, pero no renunció a pesar de la solicitud de la demandante. La Corte CCI declaró fundada la recusación, teniendo en cuenta que la relación entre la esposa y el estudio seguía vigente, que la esposa compartía la oficina con los abogados que estaban trabajando en la defensa de la demandada y que el caso acababa de empezar<sup>58</sup>;
- h. El estudio del árbitro recusado tenía vínculos vigentes con el grupo de compañías al cual pertenecía una de las partes, ofreciendo unas consultorías que representaban 1% de su ingreso anual. La Corte CCI no acepta ese tipo de situaciones, independientemente del valor de los ingresos provenientes de la relación<sup>59</sup>;
- i. Dos casos separados que involucraron el llamado *issue conflict*. En el primero, el árbitro recusado no reveló haber actuado unos años antes del arbitraje como abogado en un caso judicial que involucraba las mismas cuestiones jurídicas. La recusación fue declarada fundada porque las preguntas del árbitro en la audiencia arbitral mostraron su prejuicio sobre la aplicabilidad de la sentencia

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 17.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 18.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 19.

judicial. Además, el árbitro no había revelado a las partes su rol como abogado en aquel caso judicial, a pesar de estar consciente del impacto de la decisión judicial sobre el arbitraje<sup>60</sup>. En el segundo caso, el árbitro recusado y su estudio de abogados habían sustentado repetidas veces la misma posición que la de la demandante en el arbitraje en cuestión. La controversia era sobre la interpretación de un contrato en una industria altamente regulada. La recusación fue declarada fundada, dado que la demandada pudo demostrar varias ocasiones anteriores en las que el árbitro expresamente abogó por la misma postura sobre la cuestión clave para la controversia arbitral<sup>61</sup>.

Por otro lado, la Corte CCI denegó las recusaciones en las siguientes situaciones:

- a. El estudio de abogados del árbitro había realizado consultorías limitadas para una de las partes y los asuntos habían concluido hacía un tiempo considerable;
- b. El estudio de abogados del árbitro estaba actuando en contra del estudio que representaba a una de las partes en un caso no relacionado con el arbitraje;
- c. Los árbitros estaban actuando en otros procesos arbitrales relacionados con el arbitraje en curso, pero ello no conllevaba a una asimetría en el acceso a la información que tenían;
- d. En cuatro casos en los que estaba involucrada una *barristers' chamber*, pero tanto las partes como sus abogados conocían esa figura y también el hecho de que un árbitro y el abogado de una de las partes pertenezcan a la misma *barristers' chamber* no era problemático bajo la ley aplicable, o la ley de la sede o, en menor medida, en las jurisdicciones donde se buscaría la ejecución del laudo.
- e. El árbitro y uno de los expertos eran profesores en la misma universidad;
- f. La decisión del tribunal arbitral de designar a un experto ha causado un retraso en el arbitraje;
- g. La contratación de un experto por el árbitro llevó al pago de un honorario pequeño por los servicios contratados;
- h. La esposa del experto y el árbitro eran copropietarios de un condominio<sup>62</sup>.

Los ejemplos de recusaciones admitidas y denegadas por la Corte CCI permiten constatar que el análisis se enfoca mucho en las circunstancias de cada caso, lo que se nota sobre todo en las recusaciones que involucran una *barristers' chamber*: si bien esa estructura de trabajo de los abogados ingleses, entre otros, no debería ser considerada fuente de un conflicto de interés, la Corte CCI tiene en consideración dónde va a

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 20.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>62</sup> *Idem.*

ejecutarse el futuro laudo y si el desconocimiento de esa figura en esa jurisdicción podría crear problemas al momento de ejecución. Consideramos deseable un planteamiento tan enfocado en las circunstancias de cada caso, sobre todo, teniendo en cuenta la ejecutabilidad del futuro laudo.

De acuerdo con su política aplicable en casos similares, la Corte CCI no acepta situaciones en las que el estudio de un árbitro tenga vínculos vigentes con el grupo de compañías al cual pertenece una de las partes, independientemente del valor de los ingresos provenientes de esa relación.

Cuando se trata de los posibles conflictos de interés entre un árbitro y una persona natural o jurídica relacionada con el arbitraje, sin ser una de las partes, la Corte CCI analiza la existencia de dos tipos de vínculos: por un lado, un vínculo entre el árbitro y la persona relacionada con el caso y, por el otro, un vínculo entre esa persona y una de las partes.

Otro posible conflicto de interés podría involucrar a terceros fundadores, por ejemplo, si el árbitro ha tenido varias designaciones en diferentes casos en los que aparece el mismo tercero fundador, sobre todo si el fundador participa en la selección del árbitro, si el árbitro tiene un papel en la empresa que actúa como tercero fundador o cuando el árbitro ha expresado una opinión que se pueda interpretar como un sesgo en contra de *third-party funding*<sup>63</sup>.

## **ii. La SCC**

La exigencia de más transparencia en el arbitraje internacional ha llevado al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio Sueca (“SCC”) a motivar sus decisiones sobre la recusación desde enero de 2018<sup>64</sup>. Además, la SCC ha publicado resúmenes de algunas de las decisiones, por lo que se pueden conocer las circunstancias en las que se admitió o denegó una recusación. Así, se puede consultar una Nota práctica<sup>65</sup> que contiene un resumen sobre las recusaciones presentadas en los años 2016-2018. En ese lapso fueron iniciados 551 casos ante la SCC y se presentó un total de 46 recusaciones. En tres casos, el árbitro renunció de forma voluntaria o por acuerdo entre las partes, mientras que la Corte SCC decidió sobre los 43 casos restantes<sup>66</sup>, de los cuales por lo menos ocho recusaciones resultaron fundadas<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 20.

<sup>64</sup> Según informa la SCC en su página: <https://sccarbitrationinstitute.se/en/news/scc-decisions-challenges-overview>.

<sup>65</sup> A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, disponible en: [https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/scc-practice-note\\_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018-1.pdf](https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/scc-practice-note_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018-1.pdf).

<sup>66</sup> A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 3-4.

<sup>67</sup> SCC Practice Note consultado indica en su pág. 9 que las decisiones sobre las circunstancias o los principios similares a las ya resumidas no se han incluido en el documento.

Las recusaciones fueron consideradas fundadas cuando<sup>68</sup>:

- a. El estudio de abogados de un árbitro se fusionó con una red internacional de estudios de abogados, la cual tenía consultorías regularmente encargadas por un grupo de compañías relacionadas con una de las partes;
- b. El estudio de abogados que patrocinaba a la demandada se fusionó con una red internacional de estudios de abogados en la cual la esposa del árbitro designado por la demandada era socia, lo que reflejaría la situación de la sección 3.3.5 del Listado naranja de las Directrices IBA;
- c. El árbitro designado por la demandada tres años antes del arbitraje había sido socio de la oficina de Estocolmo de un estudio de abogados cuya oficina de Gothenburg había prestado consultorías a la demandada sobre la cláusula de no competencia, la cual era uno de los temas centrales en controversia en el arbitraje;
- d. Un artículo de opinión publicado en la página web del estudio del árbitro designado por la demandante – aunque de autoría de otros dos socios de dicho estudio y no del árbitro – presentaba una posición escéptica hacia la cláusula arbitral híbrida aplicable en el caso arbitral (la cláusula había sido publicada con anterioridad mediante una decisión judicial); en ese caso se invocó la sección 3.5.2 de las Directrices IBA;
- e. Ha habido varios vínculos entre el árbitro designado por la demandante y el abogado de la misma parte, quienes actuaron juntos en otros tres casos no relacionados con el arbitraje, lo que responde a la situación descrita en la sección 3.3.9 del Listado naranja de las Directrices IBA;
- f. El árbitro designado por la demandada reveló que dos años antes otra oficina de su estudio de abogados había prestado servicios a la empresa matriz de la demandada;
- g. El árbitro designado por la demandante tenía una relación contractual con la oficina de Moscú del abogado de la demandante, participando en otro arbitraje como experto; en este caso, la Corte SCC consideró que:

(...) el carácter continuo de la relación contractual, así como la obligación del árbitro implícita en esta relación de contactar y cooperar con el estudio de abogados cuando este lo solicite, en opinión de la SCC, puede causar dudas justificables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, desde la perspectiva de un tercero.

---

<sup>68</sup> A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016-2018”. Agosto de 2019.

A continuación, algunos ejemplos en los que la Corte SCC denegó la recusación:

- a. La demandada recusó al presidente del tribunal por no llevar el proceso de una forma eficiente y apropiada. Luego, la demandada también recusó a los tres árbitros juntos cuando el tribunal emitió una decisión jurisdiccional por su propia cuenta, lo que – según alegaba la parte recusante – se habría debido a comunicaciones *ex parte* con la demandante<sup>69</sup>;
- b. La demandante recusó al presidente del tribunal quien, al mismo tiempo, actuaba como abogado de la demandada en otro arbitraje, cuya materia coincidía con el arbitraje en cuestión. No obstante, según los comentarios del árbitro sobre la recusación, en ambas controversias eran diferentes las leyes aplicables, los hechos y los medios probatorios<sup>70</sup>;
- c. El estudio de abogados del presidente del tribunal prestaba servicios jurídicos a un tercero con quien la demandada tenía relaciones comerciales al ser su proveedor. El presidente recusado indicó que el tema de la asesoría del tercero no tenía relación alguna con la controversia y que, además, no era un cliente importante del estudio<sup>71</sup>;
- d. El abogado de la demandante y el árbitro designado por la demandada se enfrentaban como abogados de parte en varios procesos judiciales en Estocolmo que no tenían relación alguna con el arbitraje<sup>72</sup>;
- e. La árbitro designada por la demandante reveló que participaba en el comité organizador de una conferencia, liderado por uno de los representantes de la demandante, pero que nunca han estado en contacto. La demandada la recusó, indicando que la posibilidad de entrar en contacto directo podría impactar la neutralidad de la árbitro<sup>73</sup>;
- f. El árbitro designado por la demandante y el abogado de la misma compartían el tribunal en otro caso. En un tercer arbitraje, dicho árbitro formaba parte del tribunal, mientras que el abogado de la demandante representaba a una de las partes. La parte recusante indicó la sección 3.3.9<sup>74</sup> de las Directrices IBA<sup>75</sup>;

---

<sup>69</sup> Caso SCC 2011/094, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 9.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 10.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> Caso SCC 2016/045, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 12.

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> Sección 3.3.9 de las Directrices IBA: “En la actualidad o dentro de los tres años anteriores el árbitro y otro árbitro o un abogado de una de las partes en el arbitraje han actuado conjuntamente como abogados en el mismo caso.”

<sup>75</sup> Caso SCC 2016/131, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 13.

- g. La demandada recusó al árbitro por haber participado en una serie de conferencias, cuyo comité organizador estaba coliderado por el abogado de la otra parte<sup>76</sup>;
- h. El árbitro designado por la demandante y el abogado de la misma habían representado a diferentes clientes en circunstancias similares en dos casos relacionados contra una agencia gubernamental (el abogado de la demandante representaba a una empresa afiliada a la demandante, mientras que el árbitro representaba a un grupo de empresas del mismo rubro). Según los comentarios del árbitro recusado, a pesar de tratar algunas cuestiones comunes, los casos judiciales tenían otras pretensiones y base legal que el arbitraje<sup>77</sup>;
- i. El árbitro designado por la demandante había sido designado en otro caso entre las mismas partes y en relación con el mismo contrato. El árbitro señaló que su participación en el otro caso coincide con lo indicado en la sección 3.1.1 de las Directrices IBA<sup>78</sup> y no amerita una renuncia<sup>79</sup>;
- j. La demandada recusó al árbitro único de dos arbitrajes relacionados por haber admitido un escrito de la demandante presentado fuera de plazo y por una supuesta relación personal cercana entre el abogado de la demandante y el árbitro. En respuesta, la demandante sostuvo que a la demandada se le otorgó un plazo para responder el escrito en cuestión y que las circunstancias mencionadas por la parte recusante – compartir un tribunal arbitral, participar en las mismas conferencias o dar clases en la misma universidad – no creaban dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro<sup>80</sup>;
- k. La recusación se basó en que el árbitro único emitió varias decisiones procesales que supuestamente perjudicaban a la parte recusante. Por ejemplo, decidió resolver el tema de la ley aplicable en el laudo final. El árbitro respondió que su objetivo era permitir a las partes presentar sus alegatos sobre esa cuestión en la audiencia<sup>81</sup>;
- l. La demandada recusó al árbitro único en base a la alegada enemistad entre él y un abogado del estudio de abogados que patrocinaba a la demandada, reflejando supuestamente la circunstancia de la sección 3.3.7 del Listado naranja

---

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> Caso SCC 2016/157, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 13-14.

<sup>78</sup> Sección 3.1.1 de las Directrices IBA: “Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una afiliada de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en un asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una afiliada de ésta, pero no hay relación continuada entre el árbitro y la parte o su afiliada.”

<sup>79</sup> Caso SCC 2016/159, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 14.

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> Caso SCC 2016/180, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note “SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018”, agosto de 2019, p. 15.

de las Directrices IBA<sup>82</sup>. Primero, en el año 2000 el árbitro había hecho afirmaciones sobre la negligencia profesional de un abogado que luego llegó a ser socio en el estudio que patrocinaba a la demandada. Aparte, el árbitro y el abogado en cuestión se habían enfrentado como abogados de las partes opuestas en otro caso y, además, el árbitro objetó posteriormente la admisión del abogado al colegio de abogados de Suecia. Según los comentarios de árbitro, era demasiado remota la posibilidad de asumir su parcialidad solamente por los hechos mencionados por la demandada. Además, el abogado en cuestión no participaba activamente en el presente arbitraje<sup>83</sup>;

- m. Luego de que dos demandadas no llegaran a nombrar conjuntamente al árbitro, la Corte SCC designó al tribunal entero. Una de las demandadas recusó al tribunal completo, indicando que ninguno de los árbitros tenía calificaciones suficientes para resolver la controversia en cuestión bajo la ley nacional. Al denegar la recusación, la Corte de la SCC indicó que la cláusula arbitral no imponía ningún requisito especial para desenvolverse como árbitro en la controversia en cuestión, por lo que aplicaba lo requerido por la sección 7 de la ley de arbitraje sueca: cualquier persona que cuente con capacidad jurídica plena puede actuar como árbitro<sup>84</sup>;
- n. En dos arbitrajes paralelos, dos veces renunció el árbitro designado por la demandante, por lo que esta parte procedió a designar a su árbitro por la tercera vez. La demandada recusó al nuevo árbitro dado que también había sido designado en cinco procesos paralelos en contra de la demandada, todos similares en cuanto a los hechos y el derecho. Por otro lado, el árbitro recusado había sido parte del tribunal en un caso de arbitraje de inversiones que acababa de emitir su laudo, en el cual se refirió a una cuestión jurisdiccional muy concreta que tenía importancia para los dos presentes arbitrajes. La demandada se fijó en que la demandante designó a ese árbitro justo después de que el laudo en mención fuera publicado. Esta decisión cuenta con la motivación de la Corte de la SCC, la cual indicó que la demandada no había objetado el hecho de que los dos árbitros anteriormente designados por la demandante también participaran en los otros procesos mencionados, lo que equivale a la renuncia del derecho de objetar en contra del árbitro actual. En cuanto al alegado *issue conflict*, la SCC consideró que haber laudado sobre una cuestión de derecho, por muy importante que sea, no crea por sí sola las dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. El laudo en mención provenía de un caso que no tenía relación con la presente controversia. Además, la posición del árbitro en un caso no relacionado no implica prejuzgar el resultado del presente

---

<sup>82</sup> Sección 3.3.7 de las Directrices IBA: "Existe enemistad entre un árbitro y el abogado que comparece en el arbitraje."

<sup>83</sup> Caso SCC 2017/169, en: A. Ipp, R. Carè, V. Dubeshka, SCC Practice Note "SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016-2018", agosto de 2019, p. 18-19.

caso. Adicionalmente, la SCC notó que la demandada tampoco recusó al árbitro anteriormente designado por la demandante sobre el mismo *issue conflict*, a pesar de que aquel árbitro también formaba parte del tribunal que emitió el laudo. Por eso, se considera que la demandada había renunciado su derecho a recusar por el alegado *issue conflict*. En este caso, no queda claro del resumen cuándo fue emitido el laudo. Puede ser que la demandada no objetó al árbitro anterior por temas de *issue conflict* simplemente porque aquel tribunal todavía no había emitido su laudo. Solamente al ver el laudo, la demandada pudo alegar el *issue conflict*. En todo caso, es interesante ver que la Corte de la SCC aplica la figura de la renuncia del derecho a objetar en base a la no objeción contra otro árbitro.

Desgraciadamente, el resumen ofrece solamente los argumentos de las partes, mas no la motivación dada por la Corte SCC (excepto en el caso de algunas recusaciones más recientes), por lo que no se puede seguir el razonamiento del órgano decisorio. Ello se debe a que la mayoría de las decisiones citadas antecede la introducción de la motivación que se dio a partir del 1 de enero de 2018. No obstante, podemos ver que las partes muy a menudo invocan las situaciones descritas en las Directrices IBA.

Además, los autores de la nota práctica ofrecen algunas conclusiones. Así, la Corte SCC toma en consideración las Directrices IBA, aunque también puede preferir no aplicarlas. El hecho de que el árbitro tuviera una relación con el abogado de la contraparte en otro proceso en curso no constituye en sí mismo motivo suficiente para las dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro. La Corte SCC denegará la recusación en los casos en los que se invoca una relación o circunstancia que tuvo lugar unos años antes; para esos casos se pueden usar como referencia los plazos indicados en las Directrices IBA. Y, finalmente, la Corte SCC es consistente en declarar que el cliente de una oficina local es, al mismo tiempo, cliente de todo el estudio global, lo que refleja el planteamiento propuesto por las Directrices IBA. De manera similar, un abogado asume la identidad de su estudio; una relación entre una parte y uno de los socios del estudio de abogados es a menudo, aunque no siempre, imputado a los demás socios<sup>85</sup>.

El análisis de las demás recusaciones denegadas – que por cuestiones del espacio no se resumen en este artículo – permite ver que en muchas ocasiones las partes recusantes se basan en su impresión sobre la alegada falta de independencia o imparcialidad, mientras que los fundamentos de la recusación no son muy sólidos. Este es el caso de las recusaciones basadas en las decisiones del tribunal arbitral de cómo gestionar el caso, por ejemplo, admitiendo pruebas o escritos fuera del plazo, o cuando uno de los árbitros y uno de los abogados comparten otro tribunal o se enfrentan como abogados en otro caso, o cuando se invocan hechos que datan de

---

<sup>85</sup> *Idem.*

mucho tiempo atrás<sup>86</sup>. A veces pueden presentarse recusaciones basadas en argumentos muy ingenuos, por ejemplo, al indicar que el árbitro ya no es imparcial porque se ha enterado de que las partes han intentado negociaciones para transigir<sup>87</sup>. También ha habido recusaciones denegadas en los casos en los que los árbitros y abogados de parte dan clases en la misma universidad o participan en las mismas conferencias, lo que en sí mismo no supone un conflicto de interés.

A veces se dan recusaciones basadas en una mala interpretación de alguna sección de las Directrices IBA, por ejemplo, cuando un árbitro aparece en varios casos, pero no ha sido designado por la misma parte o por el mismo abogado, por lo que no estamos frente a designaciones repetidas. Una recomendación que podrían aprovechar las partes que deseen presentar una recusación es revisar bien los numerosos ejemplos indicados en las Directrices IBA, para poder evaluar la verdadera gravedad del posible conflicto de interés que les preocupa.

### **iii. La LCIA**

La *London Court of International Arbitration (LCIA)* lleva años publicando las decisiones sobre la recusación en su página web, empezando desde las emitidas en el año 1996. En los años 1996-2010 se presentaron unas treinta recusaciones y muy pocas de ellas fueron exitosas. El detalle sobre las causales invocadas en ese lapso de tiempo ha sido analizado por M. Moses<sup>88</sup>, por lo cual el presente trabajo se enfoca en las decisiones de los años desde 2010 hasta el presente<sup>89</sup>. La revisión de las decisiones sobre recusación publicadas por la LCIA permite ver que entre 32 decisiones solamente en seis casos se declaró fundada la recusación<sup>90</sup>:

- a. Uno de los árbitros del caso también actuaba como abogado de la demandada en otro arbitraje no relacionado con la controversia en cuestión. La demandante del otro caso estaba representada por el mismo abogado que la demandada en el caso bajo análisis. El árbitro actuando como abogado en el otro caso sostuvo que el abogado de su contraparte cometió un fraude contra el tribunal arbitral, por lo que parecía cuestionar la integridad de ese abogado. La demandada recusante señaló que el árbitro estaría predispuesto en contra de los alegatos de su abogado, a quien acusó de fraude. El árbitro se defendió, indicando que no existe riesgo de un sesgo, ya que su rol consiste no en determinar cuál de los abogados es más creíble, sino en decidir sobre qué pruebas son más

---

<sup>86</sup> Por ejemplo, en el caso SCC 2017/089, uno de los árbitros fue recusado por la relación que había tenido con el estudio de abogados que representaba a la parte que lo designó, al haber sido socio de dicho estudio durante varias décadas. No obstante, el árbitro se había ido del estudio hacía siete años.

<sup>87</sup> Ese fue el fundamento de la recusación en el Caso SCC 2016/190.

<sup>88</sup> M. Moses, op. cit.

<sup>89</sup> Consulta realizada el día 27 de enero de 2024. <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

<sup>90</sup> Challenge Decision Database (Base de datos de las decisiones sobre recusación) que contiene las decisiones de LCIA de los años 2010-2017, disponible en: <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

verosímiles<sup>91</sup>. Según LCIA, el test aplicable es para determinar si existe una posibilidad real del sesgo y no un sesgo real. Además, es decisivo si el miedo de la parte recusante se justifica de manera objetiva. En ese caso, el árbitro actuando como abogado en el otro arbitraje se refirió repetidas veces a la declaración de un testigo que acusaba de fraude no solo a la demandante sino también a su abogado; por eso, siempre estaba presente la alegación de fraude, lo que pone en duda la independencia e imparcialidad del árbitro; el vicepresidente de la Corte LCIA consideró que para un observador justo e imparcial se puede constatar una predisposición del árbitro a no creer lo alegado por el abogado de la demandada recusante<sup>92</sup>.

- b. El árbitro designado por la demandada declaró que cinco años antes había actuado como abogado de la demandada en un caso contra una empresa del grupo de compañías involucrado como demandante en el arbitraje en cuestión<sup>93</sup>. Si bien para LCIA, el solo hecho de haber actuado como abogado en el otro caso no lleva a las dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, especialmente tratándose de un caso de hacía cinco años, en el análisis del sesgo hay que tener en cuenta que, para alegar el fraude en el otro arbitraje, el árbitro actuando como abogado debió haber sido instruido por el cliente y comprobado en los medios probatorios la existencia del fraude, por lo que estaría convencido de ese fraude por parte del grupo de compañías que ahora aparece como demandante en el arbitraje. En consecuencia, existe una posibilidad real de que el árbitro se vea influenciado por esas pruebas al actuar como árbitro en el presente caso que involucra al mismo grupo de compañías y que ese sesgo no le permitirá evaluar nuevos medios probatorios de manera objetiva<sup>94</sup>;
- c. El árbitro fue recusado luego de revelar que uno de sus socios de la oficina de Dubái de su estudio de abogados global había sido contratado por la demandante en otro arbitraje no relacionado, a pesar de que se iba a aplicar la llamada muralla china. Apoyándose en la doctrina arbitral, la recusante indicó que “los intereses y relaciones de un estudio de abogados deberían imputarse a cualquier miembro de ese estudio”<sup>95</sup>. Si bien la falta de información sobre el caso encargado a la oficina de Dubái no permitía establecer si se estaba ante una

---

<sup>91</sup> Decisión LCIA N° 101689 y 101691 del 22 de junio de 2012, pár. 1.5, 1.6, 93, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

<sup>92</sup> *Idem*.

<sup>93</sup> Decisión LCIA N° 122053 del 31 de julio de 2012, pár. 1.6, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

<sup>94</sup> *Idem*. Curiosamente, LCIA indicó que el resultado del análisis hubiera sido diferente si ya se supiera a esas alturas que no se va a requerir ninguna prueba testimonial en el caso bajo análisis, el cual se resolvería solamente en base a la interpretación jurídica y no en base a pruebas, pero el proceso estaba en una etapa demasiado temprana para poder saber qué material probatorio sería necesario.

<sup>95</sup> Decisión LCIA N° 111947 del 4 de septiembre de 2012. Disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

situación que encuadraba en la sección 2.3.6 del Listado naranja<sup>96</sup> o en la sección 3.2.1 del Listado rojo renunciante de las Directrices IBA, lo cierto era que el estudio había sido contratado por la demandante, mientras que estaba en curso el arbitraje y eso ponía en riesgo la imparcialidad del árbitro; aunque esos conflictos son inevitables, sobre todo en grandes estudios internacionales, es algo que no debería manejarse a costa de la parte del arbitraje que puede dudar de la imparcialidad e independencia del árbitro. LCIA concluyó que las circunstancias del caso ocasionan dudas justificadas sobre la imparcialidad, pero más concretamente, sobre la independencia del árbitro según lo establecido por el artículo 10.3 del Reglamento LCIA. El resultado hubiera sido el mismo si se aplicase el estándar seguido por varias decisiones de la Corte LCIA, el cual consiste en analizar “si el observador imparcial e informado, después de considerar los hechos, concluiría que existe una posibilidad real de que un árbitro parezca depender de una parte o sea partidario de una parte”<sup>97</sup>.

- d. Luego de una audiencia preliminar sobre la incorporación de una tercera demandada, el tribunal emitió un laudo parcial por mayoría, mientras que uno de los árbitros emitió su voto disidente, a raíz del cual fue recusado por las demandadas por haber prejuzgado el fondo de las pretensiones reconvenionales. Según LCIA, el sesgo o la falta de imparcialidad también existe cuando un árbitro ha prejuzgado un asunto al expresar una opinión firme y definitiva sobre el mismo, lo que llevaría a un observador imparcial e informado a concluir que ese árbitro no podrá abordar la cuestión de nuevo con una mente totalmente abierta. Además, en ese caso el laudo parcial era de naturaleza jurisdiccional y a esas alturas no había que expresar las opiniones firmes sobre el fondo, tal como lo hizo el árbitro recusado<sup>98</sup>.
- e. La controversia surgió en relación con un contrato de venta de acciones en una compañía controlada por la sociedad matriz de la demandada, la cual a su vez era controlada por el Estado de procedencia de la demandada. Uno de los coárbitros fue recusado por la demandante por ser de la nacionalidad del mismo Estado y por ser profesor en una universidad estatal. La Corte LCIA indicó que la universidad estatal tiene personalidad jurídica separada y goza de una amplia autonomía. Por otro lado, el hecho de que el árbitro tenga la nacionalidad de una de las partes no crea, en los ojos de un tercero razonable e informado, dudas sobre la independencia o imparcialidad de ese árbitro. No obstante, la Corte LCIA analizó todos los vínculos y relaciones mencionados por la recusante, sobre todo el hecho de que el presidente de la universidad (que al mismo tiempo era presidente de la demandada) formaba parte del consejo de administración

---

<sup>96</sup> Sección 2.3.6 de las Directrices IBA: “El bufete de abogados del árbitro tiene actualmente una relación comercial significativa con una de las partes o con una afiliada de éstas.”

<sup>97</sup> *Idem*.

<sup>98</sup> Decisión LCIA N° 132498 del 24 de diciembre de 2014, pár. 45, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

de la universidad y que la universidad y la demandada tenían un convenio de cooperación, concluyendo que las decisiones del consejo repercuten en el funcionamiento de la universidad y su profesorado. En resumen, el árbitro estaba empleado por la universidad estatal, el presidente de la demandada y su sociedad matriz formaba parte del consejo de administración de esa universidad, el cual establecía las pautas de funcionamiento y las oportunidades de financiación para la universidad; la demandada y la universidad tenían suscrito un convenio de cooperación, según el cual los empleados de la demandada podían enseñar en la universidad del árbitro y, finalmente, la demandante planeaba usar como medios probatorios algunas decisiones aprobadas por el consejo de administración de la empresa demandada, lo que podría crear una situación incómoda en la cual el árbitro tendría que evaluar los fundamentos de las decisiones aprobadas por un miembro del consejo de administración de la universidad quien, al mismo tiempo, era presidente de la compañía que tenía suscrito el convenio de cooperación con la universidad. Todos esos elementos vistos conjuntamente llevaron a la Corte LCIA a considerar que, en los ojos de un tercero razonable y objetivo, habría dudas razonables sobre la independencia – aunque no imparcialidad – del árbitro en este arbitraje<sup>99</sup>.

- f. El árbitro designado por la demandante fue recusado por sus comentarios negativos sobre la sociedad matriz de la demandada en tres publicaciones diferentes<sup>100</sup>. Si bien los comentarios parecen no tener relación con el arbitraje, sí describen de manera negativa la manera en la que la sociedad matriz en cuestión gestiona su negocio y es percibida por, entre otros, los expertos en el proceso arbitral, lo que crea dudas de si ese árbitro podrá evaluar el caso de una manera no sesgada y con una mente abierta. En consecuencia, un observador justo e informado concluiría que existe una posibilidad real de que el árbitro recusado tenga un sesgo en contra de la demandada<sup>101</sup>.

A continuación, algunos ejemplos de lo que la LCIA consideró como recusaciones infundadas:

- a. Cuando un árbitro recuerda haber representado a una parte y haber trabajado con su abogado hace diecisiete años, y cuando investigó debidamente esa relación y se la reveló a las partes, no existen dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro<sup>102</sup>;

---

<sup>99</sup> Decisión LCIA N° 142862 del 2 de junio de 2015, pár. 1.1 y 1.4, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

<sup>100</sup> Decisión LCIA N° UN152998 del 22 de junio de 2015, pár. 1.4, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>. Como se explica en el pár. 49, en una publicación dicho árbitro dijo que en un arbitraje entre la compañía matriz y un contratista pequeño, los expertos tienden a favorecer a la sociedad matriz.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> Decisión LCIA N° 173566 del 21 de julio de 2017, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

- b. Cuando el árbitro único no reveló pertenecer a la misma organización profesional en la que eran miembros dos abogados relacionados con la contraparte<sup>103</sup>. La recusación fue denegada, ya que el hecho de formar parte de una misma organización profesional no constituye en sí mismo un motivo de recusación y que, en cualquier caso, la parte recusante no señaló ningún motivo concreto que pudiera llevar a un posible conflicto de interés<sup>104</sup>.
- c. Una parte recusó al árbitro único por estar insatisfecha con sus decisiones sobre la gestión del arbitraje, cuando se llevó a cabo una audiencia preliminar o se admitieron algunas pruebas a pesar de la oposición de dicha parte, mientras que se le denegó la admisibilidad de un informe pericial complementario, moviendo su presentación para más adelante. La parte recusante no estuvo de acuerdo con esas decisiones y consideró que el árbitro único no había actuado de manera justa e imparcial, pero la recusación fue declarada infundada, al no haber indicios de que el árbitro único no hubiera analizado las posiciones de ambas partes al emitir sus decisiones; además, las decisiones sobre la gestión del proceso arbitral forman parte de la labor del árbitro único y, como tales, no deben ser revisadas en el proceso de recusación<sup>105</sup>.

Entre otras recusaciones denegadas, se ha alegado la falta de independencia o imparcialidad cuando la recusante no estaba de acuerdo con las decisiones del árbitro sobre la gestión del arbitraje o sobre la inadmisibilidad de pruebas presentadas de forma tardía. Los tribunales tienen la más amplia discreción bajo el Reglamento LCIA para adoptar un procedimiento adecuado a las circunstancias del arbitraje. También se han denegado recusaciones presentadas luego de la emisión del laudo, o durante el arbitraje, pero de forma extemporánea o en casos en los que la recusante invocaba situaciones del Listado verde de las Directrices IBA, como por ejemplo ser miembro de una organización profesional o participar en una conferencia.

## **VIII. Conclusiones**

La recusación es un derecho fundamental de las partes de un arbitraje al que pueden acudir cuando cuestionan la independencia o imparcialidad de un árbitro. El árbitro debe ser recusado tan pronto como la parte se entere de alguna circunstancia que pueda crear dudas justificadas acerca de su independencia o imparcialidad en los ojos de un tercero justo y bien informado. Por otro lado, el árbitro tiene un constante deber de revelación de todos los hechos que en los ojos de las partes podrían generar dudas

---

<sup>103</sup> Decisión LCIA N° 153149 del 12 de abril de 2017, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>. Según el pár. 46, se trataba de una organización profesional cuyo nombre ha quedado anonimizado, pero a la cual pertenecían miembros de los estudios de abogados más grandes para estar al día con la práctica actual y debatir sobre las cuestiones de actualidad, incluida la necesidad de seguir los estándares profesionales

<sup>104</sup> *Idem*.

<sup>105</sup> Decisión LCIA N° 142778 del 31 de marzo de 2017, pár. 1.5-1.8, disponible en <https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx>.

acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el estándar de revelación es subjetivo (a los ojos de las partes), mientras que el estándar de recusación es objetivo (a los ojos de un tercero razonable). Además, la recusación debe decidirse de acuerdo con las circunstancias de cada caso, incluyendo las especificidades de un sector, tales como el arbitraje deportivo o marítimo, en los que el número de especialistas que puedan ser designados como árbitros es más acotado y las conexiones que puedan existir entre las partes, sus abogados y los árbitros son más comunes.

La revelación de los hechos o circunstancias no implica la falta de independencia o imparcialidad del árbitro. Al contrario, un árbitro que acepta su designación, revelando algunos hechos para el conocimiento de las partes, se considera a sí mismo como independiente e imparcial: de otra forma, no aceptaría el rol de árbitro.

Debido a los plazos que aplican para la presentación de una recusación, esta debe ofrecerse tan pronto como la parte se ha enterado – o pudo razonablemente haberse enterado – de la situación que pone en duda las mencionadas cualidades del árbitro. Si bien el órgano decisorio puede rechazar una recusación extemporánea en aplicación del reglamento, no está demás que la contraparte esté atenta y objete la presentación extemporánea de la recusación. Cuando una parte utiliza una recusación como una táctica de guerrilla, eso también merece una objeción acompañada por una solicitud de que el comportamiento de mala fe se vea reflejado en los costos arbitrales.

Para poder presentar una recusación exitosa, la parte debe basarse en la ley y el reglamento arbitrales aplicables, los que explican las normas éticas y los estándares que aplican a los árbitros en el arbitraje en cuestión, y presentar de manera clara y completa los hechos que ponen en duda la independencia o imparcialidad del árbitro. También es aconsejable hacer referencias a las Directrices IBA e incluir precedentes que, si bien no son vinculantes, pueden servir para persuadir al órgano decisorio. Para ese fin sirven las decisiones publicadas por las instituciones arbitrales líderes, como las resumidas en este artículo.

La revisión de las decisiones sobre la recusación de las tres instituciones arbitrales con alcance global – CCI, SCC y LCIA – permite concluir que uno de los errores cometidos por las partes recusantes es aplicar el estándar subjetivo a la recusación. Esto es, basar la recusación en lo que crea dudas acerca de la independencia o imparcialidad de un árbitro en los ojos de la parte, pero no de un tercero razonable. Por ejemplo, ese es el caso cuando los árbitros y abogados de parte se conocen por coincidir en el mismo círculo académico o profesional, por pertenecer a las mismas organizaciones o por acudir a las mismas conferencias. La participación conjunta en organizaciones profesionales o la organización de eventos, el ser parte del profesorado de la misma universidad o impartir juntos cursos especializados son algunos ejemplos de recusaciones infructuosas que las partes presentan. También es común que los abogados coincidan en diferentes procesos judiciales o arbitrales, ya sea como abogados de parte, ya sea como árbitros, pero la mera coincidencia en casos diferentes

no constituye una causal de recusación. Es cuestión del tamaño de mercado, sobre todo en los países donde al arbitraje se dedica un número acotado de abogados.

El solo hecho de actuar como abogado y árbitro en casos que puedan tener una relación no implica dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. No obstante, las circunstancias de cada caso pueden llevar a resultados diferentes. No siempre el plazo de tres años – indicado en las Directrices IBA para considerar las relaciones pasadas como irrelevantes – constituye una garantía de la falta del sesgo, dado que todo dependerá del convencimiento que el árbitro había tenido sobre una de las partes cuando se le enfrentó como abogado de la contraparte. Por ejemplo, en uno de los casos de LCIA, el árbitro había actuado como abogado unos cinco años antes, pero el vicepresidente de la Corte LCIA consideró que sus alegatos sobre el fraude cometido por la parte eran tan fuertes que el árbitro no podría estar libre de sesgo en otro arbitraje que involucraba a la misma parte.

Lo que sí debe evitar un árbitro es un vínculo vigente, por ejemplo financiero, con alguna de las partes o sus abogados, expertos o incluso otras personas relacionadas, tales como terceros financiadores o sociedades del grupo. Es más, la práctica de la CCI indica que se consideraría fundada una recusación si el árbitro tiene vínculos vigentes con el grupo de compañías al cual pertenece una parte, independientemente del valor de los ingresos provenientes de esa relación. Son situaciones en las que el árbitro puede verse beneficiado por la relación con otro participante del arbitraje, por lo cual podría inclinarse a defender su posición en el caso. Ese beneficio podría deberse a las designaciones repetidas que son una circunstancia a la que las partes deben estar atentas. Otra circunstancia a tener en cuenta es que al árbitro se le considera identificado con su estudio de abogados y, si se trata de una red global de oficinas, esa identificación las abarca todas.

En cuanto al *issue conflict*, el repaso de las decisiones permite ver que se pueden dar recusaciones fundadas en base a ese concepto incluso en el arbitraje comercial. Ello ocurre cuando en sus comentarios o preguntas durante la audiencia el árbitro se muestra sesgado, sin mente abierta, tan necesaria para abordar los temas en controversia o cuando, a pesar de no revelar su postura actual, en ocasiones anteriores el árbitro había abogado expresamente por una posición concreta que tiene implicancias para la controversia vigente.

Finalmente, la mala gestión del arbitraje o la toma de decisiones que no le gusten a la parte no constituyen un motivo de recusación por la falta de independencia o imparcialidad. Más bien, se puede solicitar la sustitución de un árbitro poco eficiente que incumple el reglamento aplicable, siempre que tal posibilidad está prevista en las reglas aplicables, como por ejemplo es el caso del Reglamento CCI.

# Ni Charlie Hebdo ni Francisco I. SÍ Voltaire, Larry Flynt o Mr. Bean. Reflexiones sobre las libertades de expresión e información en la era digital

Enrique Caveró Safra\*

**Resumen.-** A través del análisis de distintas figuras y sucesos históricos de los últimos años, el autor explora los dificultosos límites de los derechos de expresión e información. Así, formula conclusiones sobre un concepto moderno de libertades informativas que cobran especial relevancia con el arribo de nuevas tecnologías en el siglo XXI.

**Abstract.-** Through the analysis of various emblematic events, the author explores the limits of the freedoms of expression and information, which pose a challenge by themselves. Thereby arriving to utmost important conclusions on a modern concept of civil liberties in the information era.

**Palabras claves.-** Libertades informativas - libertad de expresión - medios de comunicación - privacidad

**Keywords.-** Freedom of speech - freedom of expression - media - privacy

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Área de Competencia y Consumidor de Hernández & Cía. Abogados. Especialista en Competencia, Telecomunicaciones, Medios, Tecnología y Propiedad intelectual.

## **I. Introducción**

La era que vivimos se caracteriza por la difusión y proliferación de información en formas y magnitudes sin precedentes. La velocidad de transmisión, capacidad de almacenamiento y capacidad de procesamiento de información digital crecen exponencialmente, duplicándose aproximadamente cada año y medio<sup>1</sup>. La internet ha permitido, por ejemplo, que cada minuto, se hagan 6.3 millones de búsquedas en Google, 4 millones de “me gusta” en Facebook, 160 millones de vistas en Tiktok, se publiquen 694 *reels* en Instagram y se envíen unos 240 millones de correos electrónicos y 48 millones de mensajes por Whatsapp<sup>2</sup>; y las cifras van claramente en aumento. Todo ello permite la difusión de conocimientos y acelera vertiginosamente el avance cultural. Sin embargo, no todo conocimiento o información es necesariamente bueno, beneficioso o correcto, ni tampoco lo es toda expresión cultural. También están los *fake news*, el contenido basura, los discursos de odio y la manipulación mediática, también hoy elevados a la *n* por los mismos factores, incluyendo, más recientemente, la inteligencia artificial y su potencialidad para generar y manipular contenidos.

En dicho contexto, surgen naturalmente la inquietud y las preguntas orientadas a encontrar la forma de filtrar, escoger, racionar o discriminar la información, para no ahogarnos en la inundación y, además, en la medida de lo posible, distinguir la paja del trigo. Pero cualquier proceso selectivo podría afectar las libertades de expresión e información, pilares fundamentales de nuestra institucionalidad.

En el presente trabajo planteamos algunas reflexiones sobre la naturaleza y características de las libertades de expresión e información, revisando sus orígenes y su esencia a la luz del actual contexto histórico. Se trata, en suma, de entender mejor cómo pueden protegerse mejor estas libertades y anotar cómo, en algunos casos, peligran en manos de quienes dicen defenderla.

---

<sup>1</sup> Según la “ley de Moore”, la capacidad de procesamiento de data digital se duplica aproximadamente cada 18 meses ([https://es.wikipedia.org/wiki/Ley\\_de\\_Moore](https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Moore)) gracias a la mejora en la arquitectura de los procesadores y el aumento del número de transistores por microchip. La computación en la nube y la computación cuántica también están influyendo, permitiendo realizar tareas más complejas de manera más eficiente. En cuanto a la capacidad de almacenamiento, la “ley de Kryder” establece que esta se duplica aproximadamente cada 13 meses (<https://www.scientificamerican.com/article/kryders-law/>) detrás de tecnologías de almacenamiento, como discos duros, unidades de estado sólido (SSD) y tecnologías emergentes como el almacenamiento en ADN. Por su parte, la velocidad de transmisión, según la “ley de Butter” se duplica aproximadamente cada 9 meses, impulsada por el desarrollo de nuevas tecnologías y la evolución de las redes (transición de redes 2G a 3G, 4G y 5G), por ejemplo, fibra óptica y satélites.

<sup>2</sup> Datos a diciembre de 2023. Fuente: <https://shorturl.at/dlmDS>; <https://rb.gy/dykolb>

## II. El derecho positivo

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** consagra de manera muy cercana, en sus artículos 18 y 19, las libertades de pensamiento, conciencia, religión, culto, opinión, expresión e información, todas ellas íntimamente relacionadas:

### **Artículo 18**

Toda persona tiene derecho a la **libertad de pensamiento**, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

### **Artículo 19**

Todo individuo tiene derecho a la **libertad de opinión y de expresión**; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y **recibir informaciones y opiniones**, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.<sup>3</sup>

La **Constitución** peruana de 1993 consagra de manera conjunta las **libertades de información, opinión y expresión**, en la sección especial de los derechos fundamentales de la persona (artículo 2, numeral 4):

Toda persona tiene derecho: (...) 4.) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.<sup>4</sup>

Más adelante, en la sección relativa al régimen económico, el artículo 61 referido a la libre competencia, en su segundo párrafo, hace una mención relativa a la libertad de expresión:

---

<sup>3</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

<sup>4</sup> Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 2. (29 de diciembre de 1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

El Estado facilita y vigila la **libre competencia**. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la **libertad de expresión y de comunicación**, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.<sup>5</sup>

De otro lado, la **Convención Americana de Derechos Humanos** (CADH)<sup>6</sup> contempla a las libertades de pensamiento y de expresión en su artículo 13:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la **libertad** de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente **no puede estar sujeto a previa censura** sino a **responsabilidades ulteriores**, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

---

<sup>5</sup> Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 61. (29 de diciembre de 1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

<sup>6</sup> Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 11 de febrero de 1978.

### III. Marco conceptual

Es importante hacer algunas distinciones, precisamente en virtud de la diversidad de términos que utilizan los instrumentos positivos. Nótese los diversos aspectos o dimensiones, cada uno con características propias. Así, la **libertad de información** contiene dos aspectos: uno, que podríamos denominar pasivo, es el derecho a buscar, recibir y/o tener acceso a la información que uno desee, sin interferencia por parte del estado o de terceros. El otro, que podríamos denominar activo, es el derecho de difundir o propagar información. Asimismo, es importante distinguir, por un lado, la información sobre hechos de la realidad, objetivamente verificables - información que puede ser verdadera o falsa- y, de otro lado, la información relativa a ideas y opiniones, que es de carácter subjetivo y donde no aplican, por ende, las categorías calificativas de verdadero o falso. Este último aspecto, es el que se denomina **libertad de pensamiento y de opinión** y que, en suma, es el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos de todo tipo (políticos, religiosos, científicos, artísticos, etc.). Aunque ello no deriva en estricto de los instrumentos citados, suele distinguirse entre **libertad de expresión** y **libertad de información** precisamente en función de su naturaleza subjetiva (libertad de expresión) o verificable (libertad de información)<sup>7</sup>.

### IV. Los derechos del vecino

Todos hemos escuchado decir que **“los derechos de uno terminan donde empiezan los derechos del otro”**, lo cual es muy cierto, pero puede ser mucho más complicado de aplicar de lo que suena, puesto que las esferas de protección de los diferentes derechos tienden a ser borrosas, superponerse y entrecruzarse. A menudo, los límites de los derechos subjetivos son dinámicos porque su aplicación a situaciones concretas puede depender de los derechos y objetos de protección jurídica con los que entra en conflicto. Un concepto de gran ayuda, desarrollado por la doctrina constitucional, es el de “núcleo duro”. Así se denomina, como explica Nogueira Alcalá, al contenido mínimo o esencial, objetivo e intrínseco de cada derecho, tanto así que constituye “una entidad previa a la regulación legislativa”. Este contenido esencial es el que hace “reconocible” al respectivo derecho<sup>8</sup>. Es un contenido esencial, mínimo e irreductible, que no se puede afectar porque vaciaría al derecho de contenido, trastocando el ordenamiento.

También es importante considerar que muchos derechos, y en particular los derechos fundamentales, existen y son reconocidos como resultado de procesos sociales y políticos que ocurrieron en determinado momento histórico. El derecho al

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú.

<sup>8</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*. Ius et Praxis, 11(2), p. 25.

voto, a la propiedad y a la libertad religiosa, por ejemplo, son resultado de luchas, revoluciones y cambios generacionales. De hecho, la libertad religiosa es un aspecto de la libertad de pensamiento. De otro lado, siendo que el devenir histórico es un proceso continuo, muchos derechos continúan evolucionando después de haber sido reconocidos en primer lugar. Para no ir más lejos (y no encontrarnos con instituciones como la esclavitud y la inquisición) hace menos de 100 años, por ejemplo, las mujeres no votaban en el Perú, había segregación racial en Estados Unidos y en el Reino Unido la homosexualidad era un delito penado con cárcel. Y hace 20 años, el derecho a la protección de los datos personales no existía, porque este es, en buena parte, consecuencia del desarrollo informático y digital que se inicia con la internet, y hace 40 años no existía internet como la conocemos ahora. Así, la determinación del alcance de un derecho puede ser doblemente dinámica. Por un lado, dependiendo de los derechos con que puede entrar en conflicto y, por el otro, dependiendo de su propia evolución.

## V. Contenido esencial

Como consecuencia de su génesis y evolución, la libertad de pensamiento y opinión (o libertad de expresión) tienen un contenido esencial muy amplio y prácticamente irrestricto. En el pasado, la libertad de pensamiento ha sido repetidamente vulnerada como consecuencia de intereses e intolerancias diversos, que terminaron imponiendo su censura, cuando no castigos peores, contra quienes pensaban distinto. Los regímenes políticos, incluso los menos autoritarios, han tenido siempre la tentación de silenciar las críticas, de modo que su popularidad y aceptación parezcan mayores, buscando conjurar de ese modo los peligros de la oposición de ideas. De otro lado, la intolerancia ha tomado el nombre de la religión, de la moral, de la ciencia o del bien común, etc., para silenciar a aquellos con quienes no se estaba de acuerdo. Galileo Galilei, por ejemplo, fue acusado de hereje por decir que la tierra giraba alrededor del sol y la medicina no tradicional fue tildada de hechicería. Luego, la historia demostraría que el silencio y la censura son los mejores cómplices de las peores dictaduras, que los hechiceros y herejes tenían muchas veces razón, y que la intolerancia y la inquisición sólo consiguen retrasar el desarrollo del conocimiento y de la cultura, dejando a su paso, además, millones de víctimas inocentes.

Los movimientos que han revolucionado las artes y las ciencias, por definición, han comenzado siempre como movimientos marginales, opuestos a las corrientes mayoritarias, y han sido, históricamente, combatidos ferozmente por las élites dominantes y por el *statu quo*. Por ello, hoy día, se proscriben toda forma de censura y es muy claro que ésta no se justifica bajo circunstancia alguna, aun cuando provenga de las mayorías o de las esferas del orden establecido. Las ideas, opiniones y todo tipo de manifestaciones culturales, necesitan ser respetadas de modo

absoluto, incluso cuando resulten ofensivas o absurdas para el resto, porque de otro modo regresaríamos a las épocas de la inquisición y la caza de brujas. La historia ha demostrado ya que las sociedades necesitan pluralidad, tolerancia y respeto para poder desarrollarse y vivir en paz. Y para que todo lo avanzado se pierda en un momento, podría bastar algo tan simple como creer que la censura está bien porque se hace de buena fe, por parte de una gran mayoría que honestamente cree que así contribuye al bien común.

## **VI. Charlie Hebdo, Voltaire y Francisco I**

Hace algunos años (en 2015), miles de personas en el mundo, indignadas por el brutal asesinato de artistas/periodistas de la revista francesa Charlie Hebdo a manos de extremistas musulmanes como consecuencia de haber publicado caricaturas ridiculizando al profeta Mahoma, protestaban, enarbolando la frase **“yo soy Charlie Hebdo”**, es decir, no sólo defendiendo la libertad de expresión, sino identificándose de alguna manera (“yo soy”) con las víctimas. Entonces, uno se preguntaba si, en efecto, todas estas personas que protestaban contra el asesinato se identificaban con la línea irreverente y faltosa (por decir lo menos) de Charlie Hebdo. ¿Es que acaso para defender la libertad de expresión de alguien, tengo que estar de acuerdo con sus ideas? La respuesta era claramente que no, mi propio caso incluido. Si así fuera, todo el tema perdería sentido. Prefiero, por ello, la frase atribuida a Voltaire: “Desapruebo lo que dice, pero defenderé hasta la muerte su derecho a decirlo”. Como relata Guillermo Fatás:

El hombre a quien alude con una empatía -más valiosa porque es a despecho de una profunda discrepancia- es Claude-Adrien Schweitzer o “Helvecio” contemporáneo suyo, perseguido por masón, filósofo deísta -aunque no cristiano- y materialista. Voltaire no comulgaba con él y lo hallaba superficial (sin embargo) el apego de Voltaire por la libertad de palabra fue constante y a su defensa aplicó su mucho ingenio y su amplísima cultura, además de un gran ardor expresivo contra ‘el infame’, como llamaba a todo opresor del libre pensamiento. Es conmovedor, por ejemplo, su recuerdo permanente de la muerte del aragonés Miguel Servet, quemado vivo por obra del protestante Juan Calvino y de su temible teocracia, que se adueñó de Ginebra en el siglo XVI.<sup>9</sup>

Personalmente, no me gustaba Charlie Hebdo. No compartía muchas de sus ideas y, sobre todo, no compartía la forma agresiva, provocadora y ofensiva que tenían de

---

<sup>9</sup> Anecdóticamente, cuenta también Fatás que, en realidad, en ninguna de las obras de Voltaire aparece esta frase que tantas veces se le atribuye. Habría sido escrita, más bien, en la obra ‘The Friends of Voltaire’, de S.G. Tallentyre (seudónimo de la autora británica Evelyn Beatrice Hall) donde Voltaire, hecho personaje, defiende a Helvetius, cuyo tratado ‘De l’Esprit’ había sido condenado en Francia por heterodoxo.

expresarlas. Pero rechacé profundamente la agresión y violencia de que fueron víctimas, porque la libertad de expresión es un derecho fundamental que considero de la mayor importancia, sin cuya defensa más vigorosa puede peligrar de inmediato todo el sistema de valores de una moderna democracia liberal.

Mas o menos por la misma época, un obispo católico se refería de forma alevosamente ofensiva a un congresista LGTBI, apelando a una excusa terminológica, pero con la muy clara intención de ofender (“esa es la palabra en castellano, si le ofende, entonces le pido disculpas”). Por otro lado, el Papa Francisco I, refiriéndose al tema Charlie Hebdo (que continuamente publicaba contenidos ofensivos contra los católicos y sus íconos, como la virgen María), declaraba que, si alguien insulta a la madre de otro, no es extraño que el agredido reaccione propinándole una bofetada o un puñetazo<sup>10</sup>. Decía Francisco I que, en teoría, no puede discutirse el derecho a la libertad de expresión del que ofende, y que las ofensas no justifican la violencia, pero decía también que no se puede ignorar las consecuencias o reacción que esa conducta puede tener en la práctica, por lo que esa libertad “tiene límites” y debe ser ejercida con “prudencia”, evitando “provocar” la posible reacción de otros. Ciertamente, el Papa no tenía el tema conceptual muy claro. Cuando dice que la libertad de expresión tiene límites parece decir que si esos límites se cruzan entonces sería lícito o “normal” el uso de la violencia como represalia. Estamos de acuerdo que la libertad de expresión debe ser ejercida con prudencia y que las ofensas no son deseables. ¿Pero, cuando un imprudente como el aludido obispo lanza ofensas provocadoras, es acaso admisible el puñetazo como respuesta? Evidentemente no.

## **VII. Larry Flynt**

Hemos dicho que el contenido esencial o núcleo duro de la libertad de opinión es, o debe ser, por naturaleza, absoluto. Ello no significa que todos los aspectos o dimensiones de la libertad de expresión sean iguales. Existen, naturalmente, límites derivados del conflicto con otros derechos, como la reputación y el honor, o de objetos jurídicamente protegidos como la verdad. Cabe notar, nuevamente, la diferencia -fundamental- entre información objetiva e información subjetiva. Ambos tipos de información, por ejemplo, pueden resultar ofensivos para otros. La información objetiva, además, puede ser verdadera o falsa, como ya se ha visto. Asimismo, puede distinguirse entre la ofensa de tipo “indirecto” a símbolos religiosos, patrios, o similares, que pueden ofender a todo un colectivo (nación, pueblo, iglesia) y la ofensa “directa” que recae sobre una persona determinada.

---

<sup>10</sup> Consulta realizada el día 30 de enero de 2024.  
[https://elpais.com/internacional/2015/01/15/actualidad/1421338937\\_061017.html](https://elpais.com/internacional/2015/01/15/actualidad/1421338937_061017.html)

En el caso *Hustler Magazine v. Falwell*<sup>11</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que las parodias de personajes públicos, incluso aquellas que tuvieran la intención de ofender, están protegidas por la *primera enmienda*, cláusula constitucional que protege las libertades de expresión, religión, prensa y reunión. La historia corta es que la revista *Hustler*, de propiedad de Larry Flynt, venía siendo asidua y ferozmente criticada por el muy famoso predicador evangélico Jerry Falwell, a causa de su contenido adulto, bastante subido de tono para la época. Así, las cosas, *Hustler* publica una parodia<sup>12</sup> en la que se presenta a Falwell como un imbécil y un degenerado, hablando de haber tenido sexo con su madre. Falwell, naturalmente demanda a Flynt y a la revista *Hustler*. El caso llega a la Corte Suprema, donde se establece el precedente. La clave reside en que el contenido de una parodia es considerado una expresión subjetiva o artística. Un criterio fundamental que la corte consideró es que los mensajes vertidos acerca de Falwell no podían razonablemente ser tenidos como afirmaciones serias. Así, la información (v.g. el mensaje) en cuestión no era susceptible de verificación objetiva y por lo tanto tampoco de ser verdadera o falsa, por lo que no calificaba como difamación o calumnia. Ello, sumado al carácter público del demandante, termina por convencer a la Corte de que nos encontramos en ese ámbito de las ideas y la libertad de expresión que no puede tener límites, incluso si ello “ofende” o causa “daño emocional” al demandante.<sup>13</sup>

### VIII. Mr. Bean

Es de destacar la reciente campaña iniciada por el actor británico Rowan Atkinson (conocido por su interpretación del personaje Mr. Bean) a favor de la libertad de expresión y en contra de una ley que pretende aprobarse, criminalizando el uso de “lenguaje ofensivo”. Atkinson, en un brillante discurso que recomiendo leer<sup>14</sup>, dice:

Aunque la ley en discusión ha estado en el libro de estatutos durante más de 25 años, es indicativa de una cultura que se ha apoderado de los programas de gobiernos sucesivos y que, con la ambición razonable y bien intencionada de contener elementos desagradables en la sociedad, ha creado una sociedad de

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. (1988). N°. 485 U.S. 46

<sup>12</sup> Una parodia es una imitación o representación en tono de burla, caricatura o remedo. Normalmente, su propio tono hace evidente que el mensaje no va en serio y frecuentemente incluye una advertencia o aclaración al respecto.

<sup>13</sup> La historia del precedente se entrecruza con la increíble historia personal de Flynt, narrada magistralmente en el filme *The People vs. Larry Flynt*, que recomiendo entusiastamente. De hecho, la increíble historia continúa incluso después del filme, a raíz del cual Flynt y Falwell terminan haciéndose amigos y activistas aliados en torno a la compleja relación entre moralidad y libertad de expresión (<https://shorturl.at/zEMQ4>)

<sup>14</sup> ATKINSON, Rowan. Rowan Atkinson: Free Speech. Consulta realizada el día 21 de noviembre de 2023. Disponible en web: (insertar link). Véase <https://www.englishspeecheschannel.com/english-speeches/rowan-atkinson-speech/>

naturaleza extraordinariamente autoritaria y controladora. Es lo que podríamos llamar La Nueva Intolerancia, un deseo nuevo pero intenso de callar las voces incómodas disidentes. "No soy intolerante", dicen muchas personas; dicen muchas personas educadas y de mente liberal, hablando suavemente: "Solo soy intolerante ante la intolerancia". Y la gente tiende a asentir sabiamente y decir "Oh, palabras sabias, palabras sabias", y sin embargo, si piensas en esta declaración supuestamente incuestionable durante más de cinco segundos, te das cuenta de que todo lo que está abogando es por reemplazar un tipo de intolerancia con otro. Lo cual, para mí, no representa ningún tipo de progreso en absoluto. Los prejuicios subyacentes, las injusticias o los resentimientos no se abordan arrestando a las personas: se abordan ventilando, discutiendo y tratando preferiblemente fuera del proceso legal.

Para mí, la mejor manera de aumentar la resistencia de la sociedad hacia el discurso insultante u ofensivo es permitir mucho más de ello. Al igual que con las enfermedades infantiles, puedes resistir mejor esos gérmenes a los que has estado expuesto.

## **IX. La neoinquisición**

Ya hemos visto que sin libertad de pensamiento y de opinión no hay democracia ni estado de derecho y que su protección necesita ser muy amplia, siendo que toda censura la vacía de contenido. Y aunque resulte a veces contraintuitivo, la censura no se justifica por incómodas, absurdas o terribles que sean algunas ideas. Por ello hay que ser como Voltaire y defender a toda costa la libertad de expresión de todos, en especial de los que opinan distinto. Porque, si tuviéramos que diferenciar la paja del trigo, caeríamos inevitablemente en la dictadura de aquel o aquellos encargados de diferenciar, quienes se convertirían, literalmente, en los dueños de la verdad. Este concepto es clave porque la censura y, por ende, el atentado contra la libertad de expresión puede tener muchas formas, coartadas y disfraces. Puede venir con la bandera de la mayoría o de la democracia, o de la patria, o de Dios, o del "pueblo" o de "las minorías" o de determinados supuestos derechos. Quien no entienda esto, será manipulado.

Como explica y documenta ampliamente Kaiser<sup>15</sup> por ejemplo:

[H]oy ya no se quema a las brujas en la hoguera ni se somete a nadie a un proceso inquisitorial. Pero no cabe duda de que un nuevo puritanismo, cuyo origen se encuentra esta vez en la izquierda intelectual, afecta de lleno a Occidente y causa un daño considerable. Vivimos en la era de la llamada «corrección política», que podría definirse como una práctica cultural cuyo

---

<sup>15</sup> KAISER, A. *La neoinquisición*. Deusto, Barcelona 2020

objetivo es la destrucción de la reputación personal, la censura e incluso la sanción penal de aquellas personas o instituciones que no se adhieran a cierta ideología identitaria, la desafíen o la ignoren. Una ideología que promueve la liberación de grupos considerados víctimas del opresivo orden occidental, que tiene sus propios estándares de pureza moral y establece una clara distinción entre el bien y el mal. Sus apóstoles, como ocurría con las viejas persecuciones de brujas, están dispuestos a seguir el dedo acusador donde quiera que apunte para destruir al diablo y liberar a la sociedad de su influencia maligna. Al igual que los tribunales de antaño, quien se declara en contra de sus postulados es identificado con el mal, exponiéndose a las turbas y los tribunales populares de los medios de comunicación y las redes sociales.

Un ejemplo, ya lo hemos mencionado, es que en ciertos países se pretenda proscribir y penalizar el uso del “lenguaje ofensivo” – y por ello la importancia del discurso de Atkinson. Y es que la censura a la que hay que temer, como denuncia Kaiser, no solo es legal. Antes de la consagración legal de la censura hay una serie de pasos previos que allanan el camino. Uno de ellos es la censura social. Estemos advertidos de ideologías que se pretenden imponer bajo sanción de censura social, porque allí es donde se empieza a socavar el pilar fundamental. De allí a la censura legal hay solo un paso.

## **X. Honor y la reputación**

En algunos ordenamientos, no existe infracción legal cuando se dice la verdad o se expresa una opinión subjetiva, aunque ello ofenda a un tercero. En otros ordenamientos, como el peruano, encontramos la figura de la injuria, un tipo penal que consiste en la pura ofensa intencional contra una persona determinada, independientemente de que la frase ofensiva pueda ser objetivamente cierta. Aquí el conflicto de la libertad de expresión o información ocurre con el derecho al honor que es inherente a todo ser humano por su condición de tal. La veracidad no funciona como defensa, porque el daño no es a la buena reputación (que podría no ser tan buena) sino al honor. En este caso, cabe aclarar, el delito se presenta únicamente cuando una persona concreta resulta agraviada. No estamos ante el supuesto en que se ofende a una figura simbólica, sea real o ficticia, viva o muerta (por ejemplo, el profeta Mahoma, o Jesucristo). Tampoco si se ofende a un colectivo, como determinada raza o religión o grupo social. De este modo, la injuria queda acotada estrictamente a la ofensa personal. En ese acotado contexto parece haber primado el criterio de que “para opinar no es necesario ofender” y que, en el conflicto, prevalece el honor frente a la libertad de expresión. Es importante, en todo caso y como advierte Atkinson, notar que la represión no debe extenderse de modo tal que se convierta en una represión de ideas u opiniones que puedan resultar “ofensivas” para otros. Ello no sería otra cosa que otorgar a aquellos otros

el poder de la censura previa. Abrir la puerta de la sanción a la ofensa, en términos generales o abstractos, es inaceptable porque permite la persecución de ideas, socava la libertad de pensamiento, ingrediente fundamental de la democracia y el estado de derecho.

## **XI. La moral, las mayorías y la protesta violenta**

Un grupo importante (aunque no mayoritario ni mucho menos) de peruanos protestaba un día frente a un canal de televisión, y en las redes sociales, contra algunos programas de Televisión que consideran “TV Basura”. El gerente del canal, que veía la protesta desde la ventana me dice: “Si los *fans* que apoyan esos programas organizaran una manifestación, ésta probablemente sería más grande y multitudinaria. Es cierto, a juzgar por los índices de sintonía. Uno se pregunta, entonces. ¿Será que estas manifestaciones de protesta pretenden dar la impresión de mayoría para presionar por ahí? ¿O es que son una minoría y lo saben, pero se manifiestan para llamar la atención como minoría? ¿Hace alguna diferencia a la validez de su protesta el hecho de ser mayoría o minoría? El derecho a la libertad de expresión suele proteger a las minorías contra la censura de las mayorías que, digamos, se “adueñan” de “la verdad”. En este caso, parecería que estamos ante una minoría que pretende restringir la libertad de expresión censurando algunos contenidos porque no está de acuerdo con lo que la mayoría elige. Paradójico, ciertamente. Personalmente, si no me gusta un programa, simplemente no lo veo, pero no por ello pido que se le censure. No importa si a la mayoría le gusta o no. Si les gusta a muchos, tendrá gran audiencia y sobrevivirá. Si gusta a pocos, no sobrevivirá. Alguno preguntará: ¿Y qué ocurre si muchos tienen mal juicio? Pues, nada. Habrá que lidiar con ello en el plano de las ideas. Lo que no se puede es censurar ideas u opiniones. Lo que no se puede es darles a algunos el derecho a decidir qué es bueno y qué es malo, porque allí acaba la democracia. Ahora, es evidente que -al mismo tiempo- la protesta (siempre que sea pacífica) es válida y debe defenderse, aunque no estemos de acuerdo con el contenido, porque ella no es sino el ejercicio de la libertad de expresión de los que protestan. Si la protesta convence a otros de no ver el programa, en buena hora. Si convence al canal de no transmitir ese contenido, está bien. Pero debemos de empezar a preocuparnos cuando algunas ideas u opiniones son censuradas mediante cualquier forma de coacción, aunque venga disfrazada de “corrección” social. Preocupémonos y protestemos, entonces, si encontramos que en los hechos se reprime o suprime ciertas corrientes de pensamiento u opinión y hay quienes no pueden decir lo que piensan por miedo a las represalias u otras consecuencias. Ello significa, también, condenar la violencia que se disfraza de libertad de expresión o de “activismo”. Las manifestaciones o protestas violentas, que restringen por la fuerza derechos ajenos, no son otra cosa que una forma disfrazada de censura, pues atacan y pretenden cancelar por la fuerza las ideas de otros. Mi derecho a opinar me protege contra la

violencia o el uso de la fuerza contra mí por causa de mis opiniones. Esto funciona, obviamente, en ambos sentidos. Obviamente, con el pretexto de la libertad de expresión, pensamiento y opinión, nadie tiene derecho a ejercer la violencia contra terceros, por ejemplo, bloqueando caminos o destruyendo infraestructura u obras de arte. Es un tema simple de reciprocidad y equidad.

## **XII. La protección al menor**

En la mayoría de los ordenamientos se acepta la restricción de determinados contenidos a los menores de edad. El razonamiento es que no se censura la expresión o idea en sí misma, sino que se protege de ésta a un determinado público, dado que es un público de personas en formación, que carecen o podrían carecer de suficiente discernimiento. Bajo esas condiciones excepcionales, la sociedad determina aquellos contenidos potencialmente dañinos y protege de ellos a los menores. El problema es que no es fácil siempre definir qué contenidos son potencialmente dañinos y justifican ser censurados para los menores y, sobre todo, decidir quién tiene la decisión. ¿Por ejemplo, se justifica prohibir todo contenido religioso, o algún tipo de contenido religioso? ¿Puede el estado prohibir algún tipo de contenidos independientemente de la decisión de los padres? ¿Pueden los padres o el Estado imponer ciertos contenidos a los menores y excluir otros similares? El tema, que atañe el derecho de información de los menores, es muy complejo como para tratarlo en este artículo. En principio, no siendo óptima, le mejor alternativa es que los padres tengan la decisión, como consecuencia de la patria potestad.

## **XIII. La veracidad como límite**

Hemos dicho que la verdad, como valor y como objeto jurídicamente tutelado, sirve como uno de los límites a la libertad de expresión. Como se habrá advertido, ello aplica únicamente a aseveraciones relativas a hechos objetivamente comprobables. Las opiniones y expresiones subjetivas no son ciertas ni falsas, sino todo lo contrario. El valor verdad permite ser protegido de modo absoluto solamente cuando puede determinarse de modo objetivo, es decir, en el sentido de correspondencia con los hechos de la realidad. La “verdad” derivada de la razón pura, las ideas, las artes, las ciencias (especialmente las sociales) o la fe, no existe en sentido absoluto porque no es objetiva. En ese ámbito lo absoluto es, más bien, la ausencia de verdad y es justamente ello lo que se protege con la libertad de expresión.

En virtud de la libertad de expresión uno puede opinar lo que quiera, pero no puede mentir, especialmente si con la mentira causa daño, sea emocional, reputacional y/o económico. En cuanto a ideas y expresiones culturales, la libertad de expresión es

absoluta, pero en lo que respecta a hechos de la realidad comprobables objetivamente, tiene como límite el principio de veracidad.

Pueden existir matices, derivados de la posibilidad de que los hechos de la realidad, en efecto, puedan ser o hayan sido objetivamente determinados. Ello tiene importantes implicancias, por ejemplo, en la publicidad comercial y en la libertad de prensa e información. ¿Qué ocurre si, digamos, ha ocurrido un asesinato, hay un sospechoso y no se ha determinado a ciencia cierta su culpabilidad? A nivel judicial ciertamente opera una presunción de inocencia, pero a nivel informativo y social operan otras reglas. En la jurisprudencia norteamericana que ha tratado con mayor extensión el tema, hay precedentes según los cuales un periodista que opina -de buena fe- que el sospechoso es culpable, tiene derecho a expresar esa opinión. En la medida que la verdad no ha sido establecida y no hay elementos objetivos que determinen qué es cierto o falso, el tema es, hasta cierto punto, de opinión. Incluso después de absuelto, alguien puede opinar, válidamente, que el jurado se equivocó y que el sospechoso era culpable. La posibilidad de criticar los fallos judiciales es ciertamente un aspecto importante de la libertad de expresión. Pero, evidentemente el tema es delicado. Una cosa es especular y opinar sobre hechos que no se conocen a ciencia cierta, dejando en claro que se trata de una opinión especulativa, y otra es afirmar o “informar” que los hechos ocurrieron de una determinada manera, cuando no hay evidencia que sustente esa información, pues esto último sí resultaría contrario a la verdad. Esto funciona de modo parecido en la publicidad comercial, en la prensa informativa y en las interacciones sociales. La libertad de expresión protege las opiniones e ideas subjetivas, pero esto se flexibiliza en tanto en la opinión se integran elementos de hecho comprobables. No se puede “opinar” que alguien es un delincuente o que una medicina es más efectiva que otra sin tener suficientes elementos objetivos de juicio. La clave está en el mensaje que se transmite, que frecuentemente va más allá de lo que se dice o escribe, pues está alimentado por el contexto.

#### **XIV. La apología del delito**

Existen casos puntuales ciertos ordenamientos, donde se ha proscrito determinadas ideologías o doctrinas de naturaleza violentista, respecto de las cuales existe una experiencia histórica lo suficientemente negativa como para estar seguros de no querer que se repita. El razonamiento sería que con la prohibición no opera el prejuicio, sino justamente lo contrario: una convicción basada en una experiencia histórica traumática. Es el caso de la apología del nazismo en Alemania o la apología del terrorismo en el Perú. Paradójicamente, de la misma manera que se protege la libertad de expresión para que no se repita la Inquisición, se pone límites a la misma libertad de expresión para que no se repitan Sendero Luminoso o el Nacional Socialismo. Esto, sin embargo, es peligroso. Cualquier prohibición

implica calificar determinadas ideas u opiniones y ello implica darle a alguien la discrecionalidad, precisamente, de calificar. Ello, aunque se trate de doctrinas tan probadamente nefastas como el nazismo o el senderismo. Más delicado y complejo aun es el caso de la “incitación a la violencia” o la “apología del delito” como conceptos generales o abstractos. No se trata ya de proscribir una doctrina que, históricamente, en un determinado espacio y contexto ha probado ser perniciosa. Se trata de conceptos bastante más generales, que podrían encerrar una forma selectiva de censura.

Preocupa, en ese sentido, la última parte del artículo 13 de la CADH, antes citado, porque ordena a los países miembros prohibir “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”<sup>16</sup>. Aquí, la CADH es bastante laxa con el concepto y no solo admite, sino ordena, la prohibición de cierto tipo de opiniones, lo cual resulta, cuando menos, cuestionable y contradictorio, aunque aparentemente suene bien, pues comienza indicando que no puede haber censura previa y termina ordenando, justamente, la prohibición o censura previa- de cierto tipo de opiniones. El problema, nuevamente, es que este tipo de norma implica, por ejemplo, que alguien decide qué cosa es apología del odio y qué no lo es. En los últimos tiempos hemos visto mucha incitación a la violencia y apología del odio en el Perú, seguidos de episodios y acciones concretas de odio y violencia por ciertos sectores de la población, lo cual no generó mayor reacción de las CIDH<sup>17</sup> Pero podría generarla en otro contexto. Ese es, precisamente, el problema con la discrecionalidad.

En todo caso, ante delitos de esta naturaleza, es importante preguntarnos si nos encontramos ante un delito de opinión y cómo ello afecta la libertad de expresión. ¿La **incitación a la violencia** requiere algo más que opinar a favor del uso de la fuerza en una situación específica, o es simplemente una opinión? ¿Cómo funciona la apología del delito? Cabe distinguir el estar en desacuerdo con el tipo penal, pero tener una opinión contraria a la práctica. Por ejemplo, si opino a favor de la despenalización de las drogas y del aborto, y considero que no deberían ser considerados delitos (porque pueden y deben ser combatidos o prevenidos de manera más eficiente que mediante su criminalización). ¿Pero, qué ocurre si opino no sólo en contra de la criminalización de una conducta, sino a favor de ella? Digamos, por ejemplo, que la prostitución es un delito y yo opino no sólo que debería descriminalizarse la conducta, sino que no tiene nada de malo mientras se ejerza con libertad. ¿Dado que la opinión no es sólo en contra del tipo penal sino

---

<sup>16</sup> Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 11 de febrero de 1978.

<sup>17</sup> Aquí nos referimos indistintamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

también a favor de la conducta, del delito en abstracto, podría esta opinión entenderse como **apología** del delito? Parece claro que una tipificación en ese sentido sería contraria a la libertad de expresión, a favor del delito de opinión y por lo tanto inconstitucional. ¿Cambia ello si el tipo penal está referido a la defensa o alabanza de hechos concretos, donde una o más personas cometieron un delito? El razonamiento detrás de ello sería que no se afecta la capacidad de opinar, por ejemplo, en contra del tipo penal o incluso de la conducta en abstracto, pero que defender la conducta concreta de alguien que violó la ley no puede ser coherente con el ordenamiento. ¿Pero, qué ocurre entonces si, por ejemplo, el delito es un delito de opinión, inconstitucional? No pretendemos agotar aquí el tema. La idea es tomar nota de la importancia de hacer estas preguntas. Consideremos, *a priori*, que los tipos legales deberían mantenerse fuera de la esfera de las opiniones subjetivas y enfocarse en todo caso, en sancionar las conductas que resulten formas de colaboración o incitación reales en la comisión de delitos específicos.

## **XV. Libertad de expresión y privacidad**

Los derechos a la privacidad y la intimidad, incluyendo el derecho a la protección de los datos personales, pueden entrar en conflicto con la libertad de información, que es parte de la libertad de expresión. En realidad, resulta paradójico el surgimiento de la “autodeterminación informativa”, es decir, el derecho de los individuos a controlar el flujo de su información personal, justamente en la era de Google, Facebook, YouTube y el Gran Hermano. Paradójico porque el derecho se hace más estricto justo en el momento en que es más difícil de hacer cumplir. Posner<sup>18</sup> cuestiona el derecho a la privacidad en tanto puede servir para mostrar una imagen distorsionada de las personas, donde aparece sólo lo bueno y se oculta lo malo. Tenemos el ejemplo de los audios de conversaciones interceptadas, de delincuentes conspirando. ¿Pesa más la privacidad o el derecho de información? ¿Y que ocurre si no son delincuentes conspirando, sino personas “públicas” cometiendo algún tipo de desliz? ¿Se puede limitar el derecho de, por ejemplo, Google, a buscar (o encontrar) información en Internet con base en un discutible “derecho al olvido” de determinado ciudadano (lo que significa en realidad limitar el derecho de cualquier ciudadano a usar esa herramienta)? Los posibles conflictos de privacidad con las libertades de expresión e información son tan numerosos y complejos que su análisis excede muy largamente el propósito de este trabajo. Nos limitamos por ello a hacer una mención enunciativa de algunas de las preguntas más frecuentes.

## **XVI. Concentración de medios y pluralismo informativo**

---

<sup>18</sup> POSNER, R. *The right of Privacy*, Georgia Law Review, Vol. 12, No 3, 1978.

La monopolización de los medios de comunicación es un supuesto nefasto y absolutamente indeseable. Es la supresión de la libertad de expresión. Los ciudadanos se ven impedidos de expresar sus ideas libremente y/o son sancionados, perjudicados o discriminados al hacerlo. Podemos verla muy claramente en países como Cuba o Venezuela. Históricamente, las restricciones a la libertad de expresión han provenido fundamentalmente del Estado. Los regímenes totalitarios o autoritarios buscan silenciar a la opinión pública que les es adversa, para lo cual una de las formas es monopolizando los medios de comunicación. En el Perú, en los últimos 100 años hemos visto desde la modalidad “clásica” y frontal, consistente en la expropiación de los medios (v.g. Velasco) hasta modalidades más sofisticadas, como la “compra” de líneas editoriales y el uso de la coacción (v.g. Fujimori).

Antiguamente, los gobiernos monopolizaban vía expropiación el control de los medios y censuraban todo aquello que les era desfavorable o incómodo. En la medida que dicha modalidad se ha ido haciendo menos practicable debido a la globalización, las consecuencias internacionales y la aparición de internet, entre otros factores. Entonces, tornaron a modalidades más complejas y veladas, como el soborno, la presión y/o la amenaza. Este supuesto, donde se controla la información que los o que los ciudadanos pueden recibir y/o difundir requiere el control de un porcentaje suficientemente alto de los medios. Por ello es por lo que la Constitución habla de “monopolio”, “exclusividad” y “acaparamiento”. Y aunque el uso de los términos no es el más feliz, no puede sino interpretarse, que el legislador constituyente quiso referirse básicamente a lo mismo, es decir, a aquella situación en la cual alguien (sea el estado o un privado) controla los medios al punto de poder afectar la libertad de expresión manipulando, silenciando o falseando la realidad y/o la opinión pública. Afortunadamente, hoy en día ello resulta complicado en el contexto de una economía de mercado y la internet donde el flujo de información global y en múltiples direcciones es virtualmente ilimitado. Asimismo, en economías de mercado, los consumidores toman decisiones que afectan tanto las ventas de los medios de comunicación (sean ventas de la información misma o de subproductos como publicidad o data), como su lectoría y audiencia. En la “era de la información” el mercado de la información es un mercado que casi no tiene barreras de entrada<sup>19</sup>.

Lo que sí puede ocurrir en una economía de mercado y en una democracia, es que exista uno o más privados que en un momento dado tengan una posición

---

<sup>19</sup> La definición técnica de barreras no alude a cualquier costo o dificultad, sino únicamente a aquellos que no son intrínsecos o normales en el mercado respectivo (como los costos financieros o los de materia prima). Stigler habla de los costos “que los otros no han asumido”. Hay también las denominadas “barreras positivas” (Bork), como el prestigio, la experiencia, la relación con los clientes, etc. de los actores que ya están en un mercado y que hacen que sea más difícil entrar a los nuevos.

dominante desde el punto de vista económico (respecto de las ventas de un determinado bien o servicio) y/o una posición prevalente o de liderazgo en cuanto a la información y la opinión. Pero ello no significa necesariamente que la libertad de expresión esté siendo afectada. Si bien se trata de un aspecto clave para tenerlo en cuenta, es fundamental entender que el pluralismo no puede ser forzado ni artificial. Simplificando para efectos del ejemplo, imaginemos que en una sociedad hay cuatro formas de pensar o corrientes de opinión. Y, digamos que 50% piensa de una manera “A”, 30% piensa de una manera “B”; un 15% piensa de manera “C” y 5% de una manera “D”. ¿Eso acaso significa que los porcentajes de participación en el mercado de los medios de comunicación y sus respectivas líneas editoriales tendrían que coincidir? ¿Y que si no coinciden el Estado tendría que intervenir para, corregir el problema?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, declara (principio 12) que “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”<sup>20</sup> Pero una declaración como esta, aunque suene bonito, debe ser tomada con pinzas. Los monopolios y oligopolios son, fundamentalmente, instituciones del derecho de la competencia y no se pueden mezclar ni confundir con los factores -distintos- que determinan el pluralismo de ideas. En un mercado hipotético donde hay 4 medios de comunicación, cada uno con mas o menos 25% de participación, los cuales compiten vigorosamente por el liderazgo en ventas, difícilmente podría hablarse de monopolio u oligopolio. Ahora, si 3 de esos 4 medios tienen una línea editorial muy similar, el nivel de “pluralismo” parecería bajo, pero no es así. La lógica nos dice que en este caso hipotético la opinión de la gente es bastante homogénea en un alto porcentaje de la población. Los medios, en su esfuerzo competitivo, están alineados con lo que piensa la mayoría, y es por ello, precisamente, por lo que sus líneas editoriales resultan similares. Y las opiniones distintas, minoritarias, están igualmente representadas en el otro medio, que seguramente -también dentro de su esfuerzo competitivo- se alinea con ese sector de la audiencia. Eso es pluralismo: la representación de todas las opiniones en su dimensión y proporción real, sin que haya censura ni discriminación de unas en favor de otras. Nótese que en el ejemplo lo que genera el pluralismo es un mecanismo de mercado como la competencia. Si se cuida y garantiza la competencia, muy probablemente se garantiza el pluralismo también.

---

<sup>20</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Declaración de principios sobre libertad de expresión. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-principios-libertad-expresion.pdf>

Dicho ello, es importante tener en cuenta que, tratándose de medios de comunicación, si bien existe una correlación entre el nivel de competencia económica y el nivel de lectoría o audiencia, o de influencia, no se puede establecer una equivalencia de los factores que determinan la posible afectación de la competencia económica y la posible afectación de la libertad de expresión. Es decir, aunque el análisis puede ser análogo (con relación a barreras de entrada, mercado relevante y otros factores) los parámetros a tomar en cuenta y los efectos que se pretende observar no sólo son completamente distintos, sino que ocurren en distintos niveles. Así, el nivel de competencia que puede determinar una subida de precios no es necesariamente el mismo que puede determinar un nivel mayor o menor de lectoría o audiencia, o de influencia. Por poner sólo dos ejemplos, hay muchos consumidores que leen determinados medios, pero no los compran. Así mismo, hay consumidores que compran o “consumen” medios con los que no están de acuerdo, únicamente porque quieren ver y escuchar puntos de vista distintos. Así es mucho más complicado monopolizar o manipular el “mercado de las ideas” que el mercado físico de determinados bienes o servicios como los diarios, o los espacios publicitarios. De otro lado, lo que puede ser el mercado relevante para efectos de las ventas de periódicos o de anuncios publicitarios, es muy distinto de lo que puede ser, para seguir con la analogía, el “mercado relevante” para efectos de la difusión de información, opiniones e ideas. Y, dado que la equivalencia con las participaciones de mercado es claramente errónea, ¿cómo debería medirse entonces el pluralismo de ideas?

El pluralismo no puede ni debe ser entendido como otra cosa que la necesidad de que toda corriente de opinión existente sea respetada y permitida, cuidando que ninguna sea cancelada o censurada. El pluralismo no es un “requisito” en el sentido de que deban igualarse las “oportunidades” de las distintas corrientes de opinión para favorecer a unas en perjuicio de otras. Tal tipo de derecho no existe y ciertamente no es parte del contenido esencial de la libertad de expresión o de información, como ya vimos. Entender de esa manera el pluralismo no sería otra cosa que justificar la intervención estatal para “corregir” situaciones de hecho, es decir, justificar la censura previa de unas ideas, en favor de otras, por parte del Estado. Mal entendido, como “requisito”<sup>21</sup> el concepto de pluralismo puede ser utilizado para justificar actos que en lugar de defender la libertad de expresión la distorsionen y la violenten. Por ejemplo, una reciente decisión judicial bastante

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Informe Anual 2001 de la Relatoría especial en Libertad de Expresión CIDH. dice “(...) “Cuando las fuentes de información se reducen drásticamente en cantidad, como sucede con los oligopolios, o cuando sólo existe una fuente, como pasa con los monopolios, aumenta la posibilidad de que se elimine el beneficio de que la información difundida sea impugnada por otra fuente, con lo cual, en la práctica, se limita el derecho de información de toda la sociedad (...) los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación de masas representan un grave obstáculo al derecho de todas las personas a expresarse y recibir información, lo que afecta gravemente el requisito del pluralismo (...)”

desafortunada, anula la compraventa de un grupo de diarios, sin base legal, en función de una supuesta afectación al “pluralismo” informativo, bajo i) la presunción de que estos medios tendrían cierta línea editorial (similar a la de los otros medios del mismo propietario) y ii) el argumento de que dicha línea editorial tendría demasiada “participación de mercado”. Así, según el razonamiento del juzgado, dados esos dos supuestos, sería válido disponer la censura previa de dicha corriente de ideas, impidiendo que tengan nuevos medios a su disposición bajo el argumento de que ya tienen demasiados. En la citada sentencia se dice, además:

(343) (...) aun si existieran muchos medios y empresas mediáticas, la libertad de expresión **exige** que entre ellas una o dos o tres de las empresas no tengan **un altísimo dominio o control sobre las audiencias** o lectores o televidentes, haciendo que los restantes medios de comunicación queden reducidos a exiguas e irrelevantes participaciones. **No habrá pluralismo real, por tanto, si existe una notoria desproporción en las participaciones en los mercados.** De no existir un pluralismo real o sustancial, estaremos en una situación de ilegítima restricción contra la libertad de expresión, pues si las noticias y pensamientos recibidos por la inmensa mayoría de la sociedad provienen de solo dos o tres o cuatro empresas de comunicaciones se impide una condición “indispensable” para el disfrute óptimo de la libertad en cabeza del titular colectivo que es toda la sociedad, cual es que dichas noticias y opiniones procedan de los más diversos y distintos puntos de vista.<sup>22</sup>

Lo que parece sugerir este preocupante párrafo, es que la competencia es irrelevante, como si el resultado competitivo no fuese precisamente el reflejo de las preferencias de los consumidores. No puede negarse que existen situaciones, a nivel global, donde, a veces, la mayoría de los medios parecen estar alineados con determinadas ideas. ¿Pero, es eso malo en sí mismo? En realidad, no tiene nada de malo -y más bien es muy bueno- si refleja las reales preferencias y sentir del público. Los anglosajones le llaman “*mainstream*” y no es otra cosa que la corriente principal o hegemónica de opinión. Ahora bien, sería malo si es que es el resultado de factores no competitivos (por ejemplo, subsidios o publicidad estatal) que artificialmente mantienen unos medios y una corriente de pensamiento en perjuicio de otras al punto de manipular la percepción de la realidad y/o la opinión pública. En este segundo caso, lo que puede -y debe- hacer el estado es justamente asegurar que exista real competencia y oportunidades abiertas a todos para el flujo de información. Hay que aplicar correctamente las leyes antimonopolio, cuyo objeto es proteger la competencia, eliminar barreras de entrada, sobre todo legales, eliminar o minimizar factores distorsionantes como subsidios y/o impuestos, y no hacer uso político del avisaje estatal.

---

<sup>22</sup> Sentencia de 18 julio de 2023. 4to Juzgado Constitucional CSJ Lima, Expediente N° 35583.

Lo que no debe hacerse son análisis de “monopolios” u “oligopolios” bajo parámetros que olvidan o soslayan los criterios económicos, para confundirse o mezclarse con criterios ideológicos que inevitablemente terminan juzgando el contenido de la información. Quitarles espacios o recursos a quienes difunden determinadas ideas, para dárselas a otros es una forma de censura. Y ello no debe justificarse, aunque se haga bajo la aparentemente noble etiqueta del pluralismo. Desde el momento en que alguna autoridad entra a calificar los contenidos informativos, para el propósito que sea, debe levantarse una alerta roja de posible censura. Es igualmente censura decir que unos contenidos son buenos y otros malos, que decir que hay mucho de algunas ideas, o corrientes, o “líneas editoriales” y muy poco de otras. Esa decisión le corresponde solamente a los ciudadanos y consumidores y nunca debe estar en manos de autoridad alguna. Debemos evitar a toda costa a los “dueños de la verdad” de todo tipo.

## **XVII. Epílogo**

Este trabajo no pretende agotar el debate de cada uno de los temas tratados, sino que busca, como decíamos al inicio, plantear asuntos que consideramos, requieren reflexión y debate. Esperamos haber contribuido a ese objetivo.

## **XVIII. Algunas conclusiones**

- a. El respeto a las libertades de expresión e información es fundamental e indispensable para el funcionamiento del orden democrático y el estado de derecho.
- b. Toda información puede ser, excluyentemente, objetiva o subjetiva. Sin embargo, existen contenidos donde elementos subjetivos y objetivos pueden mezclarse. Es importante en estos casos considerar el mensaje final que se transmite.
- c. Las opiniones y expresiones de carácter subjetivo están protegidas de manera casi absoluta por la libertad de expresión, con excepciones muy puntuales y acotadas (v.g. delito de injuria).
- d. La libertad de expresión no incluye la protección de manifestaciones o expresiones violentas.
- e. La información de contenido objetivamente verificable está sujeta al principio de veracidad.
- f. El pluralismo informativo es la representación de todas las opiniones en su dimensión y proporción real, sin que haya censura ni discriminación de unas en favor de otras. No puede ser forzado o artificial, ni debe usarse como coartada para la intervención estatal de contenidos o medios.

## La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?

Gabriela G. Bolaños Vainstein\*

Erick Américo Iriarte Ahon\*\*

**Resumen.-** El artículo examina si el derecho a la autodeterminación informativa resultaría exigible a la actividad (tratamiento) que los usuarios de redes sociales realicen sobre datos personales ajenos. Asimismo, se responde a la inquietud sobre si un titular de los datos personales puede exigir a un tercero revelar la fuente de obtención de sus datos personales publicados por tal tercero en su perfil de usuario.

**Abstract.-** The article examines whether the right to informational self-determination would be enforceable in relation to the activity (processing) that social network users carry out on other people's personal data. Likewise, the concern is answered as to whether a personal data owner can require a third party to reveal the source of obtaining their personal data published by such third party in their user profile.

**Palabras clave.-** Datos personales - data privacy - autodeterminación informativa - redes sociales - perfil de usuario - derecho de acceso - derecho de información - excepciones al ámbito de aplicación.

**Keywords.-** Personal data - data privacy - informative self-determination - social networks, user profile, right of access, right to information, exceptions to the scope of application.

---

\* Abogada por la Universidad de Lima. Especialista en materia de protección al consumidor, defensa de la competencia, protección de datos personales, seguridad de la información y nuevas tecnologías. Abogada en CMS Grau en el área de Nuevas Tecnologías y Protección de Datos.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría en Ciencia Política y Gobierno en por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Administración de Empresas en Centrum PUCP. Delegado por Perú para coordinar el Grupo de Trabajo sobre Marco Regulatorio de Sociedad de la Información y de Internet Governance de la Plataforma eLAC. Socio Principal en Iriarte & Asociados.

## **I. Introducción al caso que nos motiva**

El pasado 19 de mayo de 2023, la Sala Primera del Tribunal Constitucional [Tribunal Constitucional] emitió la Sentencia 291/2023<sup>1</sup> en la que resolvió declarando improcedente un recurso de agravio constitucional contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2021, que fue expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura [Sentencia Apelada]. Así, el Tribunal Constitucional (2023) confirmó tal Sentencia Apelada que declaró infundada la demanda de Hábeas Data y concluyó que los hechos y el petitorio de la demanda no estarían referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación informativa.

En dicho caso, el petitorio del demandante consistía en que el demandado le informe el nombre completo de quién o quiénes le proporcionaron su información personal (i.e., su nombre completo, su calidad de miembro de una organización sindical, un monto dinerario sobre el cual se habría propuesto un arreglo extrajudicial y acciones desarrolladas al interior de un proceso de querrela). Así, tal información personal había sido divulgada por el demandado en una publicación realizada en su cuenta personal de la red social Facebook.

A todo ello, el Tribunal Constitucional (2023) argumentó que:

Si bien el emplazado habría hecho pública la información del demandante a través de su cuenta en la red social Facebook, esa cuenta personal no califica como un banco de datos de tratamiento de datos personales<sup>2</sup> en los términos establecidos en la precitada Ley de Protección de Datos Personales.

Además, se consideró que la Ley 29733, “Ley de Protección de Datos Personales” (2011) no aplicaría a las cuentas personales de usuarios de redes sociales “por expresa exclusión que hace de ellas (...) cuando establece que no afecta a los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar”.

El Tribunal Constitucional (2023) también tuvo a bien considerar que, en virtud del pasado Expediente 0134-2003-HD/Tribunal Constitucional, el proceso constitucional de Hábeas Data “no es un proceso destinado a obligar a la revelación de fuentes de información o a impedir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que es inherente a todo ser humano”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 01163-2022-PHD/Tribunal Constitucional, Piura, Edward Antonio Muñoz Salazar. (19 de mayo de 2023) <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01163-2022-HD.pdf>

<sup>2</sup> Así, el Tribunal Constitucional (2023) fue muy enfático al considerar que “las cuentas de los usuarios registrados en una red social como Facebook, donde estos crean o comparten contenido y envían mensajes a otras personas o se comunican entre ellas, no son bancos de datos personales”.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 0134-2003-PHD/Tribunal Constitucional, Lima, Ernesto Gamarra Olivares; 20 de septiembre de 2004).

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

Cabe precisar que tal tribunal contó con un fundamento de voto por parte del magistrado Monteagudo Valdez, quién precisó que “una pretensión como la planteada por el demandante solo podría ser acogida en la vía del amparo, mas no en el marco de un proceso constitucional de habeas data. De ahí que tampoco corresponda acoger este extremo concreto del petitorio”<sup>4</sup>. Por ello, no compartió la afirmación realizada por sus otros dos (2) colegas respecto de que, “bajo ninguna circunstancia una cuenta personal de Facebook pueda mantener información bajo las características de un banco de datos, ya que considero que ello debe ser producto de un análisis individualizado (caso por caso) y en atención a los constantes desarrollos tecnológicos”<sup>5</sup>

## II. Objetivo del presente artículo

Con el ánimo de absolver la pregunta formulada en el título de este artículo, se pretende estudiar el contenido del derecho de la autodeterminación informativa en un plano constitucional y normativo. Ello, de la mano de las facultades de control que tal derecho brinda y también de la normativa a cargo del proceso constitucional para protegerlo, i.e., la Acción de Hábeas Data.

Lo anterior permitirá determinar si tal derecho resulta exigible a la actividad (tratamiento) que realizan los usuarios en línea dentro de sus perfiles -o cuentas- de redes sociales con respecto a los datos personales de terceras personas. Sobre todo, se estudiará bajo qué supuestos o presupuestos específicos puede configurarse la aplicación de la normativa de protección de datos personales a la actividad de usuarios.

Finalmente, de ocurrir lo anterior, este artículo adicionalmente pretenderá esclarecer si el contenido del derecho a la autodeterminación informativa, en vía constitucional y normativa, permite al titular conocer y/o acceder a la fuente de obtención de sus datos personales publicados por un tercero en una red social.

## III. Una mirada crítica a los fundamentos constitucionales peruanos

Sin duda, el primer antecedente cronológico y genérico que sustenta la existencia de regímenes de protección de datos personales a nivel global es el respeto por la dignidad humana. Ello, con el paso del tiempo ha permitido la proliferación de múltiples derechos que componen la esfera de personalidad, entre ellos, la individualidad, la privacidad, la intimidad e, inclusive, más recientemente, el control sobre los datos personales. Así, hoy en día, pese a los percances técnicos, **la protección de los datos personales o la autodeterminación informativa constituye un derecho fundamental, subjetivo, autónomo y con una función facilitadora o habilitadora de otros derechos fundamentales**, tal como lo son la privacidad y la intimidad.

---

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 01163-2022-PHD/Tribunal Constitucional, Piura, Edward Antonio Muñoz Salazar; 19 de mayo de 2023

<sup>5</sup> *Ídem.*

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

Prueba de ello, es que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”<sup>6</sup>. En esa misma línea, y en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la autodeterminación informativa está reconocido en el artículo 2.6 de la Constitución Política del Perú (1993), el mismo que dispone “que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Ello fue justamente reconocido -por primera vez- en el fundamento 3 de la Sentencia 1797-2002-HD/Tribunal Constitucional, que resolvió la Acción de Hábeas Data interpuesta por el señor Wilo Rodríguez Gutiérrez, a fin de que se le proporcione la información denegada sobre los gastos efectuados por el expresidente Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, tras un viaje de ciento veinte (120) días al exterior del país durante su mandato presidencial. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional concluyó que:

El derecho reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución es **denominado por la doctrina de derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos**. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, **aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen**.

Como se viene argumentando, por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa es subjetivo al igual que cualquier otro derecho fundamental y, a su vez, está sustentado en la dignidad de la persona. Lo anterior impone un inherente deber de respeto por parte de terceros. Además de ello, su naturaleza también es relacional o facilitadora (o habilitadora); lo que implica que las exigencias que demandan su respeto se encuentren muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales.

Esa misma perspectiva es compartida por la doctrina europea. Así, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [FRA] y el Consejo de Europa (2018) advirtieron que si bien la protección de los datos personales es un derecho moderno y activo que establece “(...) un sistema con mecanismos de control para proteger a los ciudadanos cuando sus datos personales sean objeto de tratamiento”<sup>7</sup>, es más amplio que el derecho al respeto de la vida privada o íntima.

<sup>6</sup> Constitución Política del Perú [Constitución Política del Perú], 1993, artículo 1.

<sup>7</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [FRA] y el Consejo de Europa. *Handbook on European data protection law*. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018, p. 21-22.

Esta protección afecta al tratamiento de datos personales, independientemente de la relación que se tenga con la privacidad -e intimidad- y sus efectos sobre ella. No obstante, si bien el tratamiento de datos personales podría violar el derecho a la vida íntima o privada, no es necesario demostrar una violación de las anteriores para aplicar la normativa sobre protección de datos personales<sup>8</sup>. Por ello, autores comunitarios como Oostven e Irion (2018) reconocen que es un derecho de tercera generación que, al igual que la privacidad, no es un fin en sí mismo porque su protección contribuye, de manera inherente, a promover otros derechos y libertades fundamentales individuales, es decir, poseen lo que se denomina una **enabling function** [función habilitadora o facilitadora]<sup>9</sup>.

Al respecto, autores británicos como Lynsky (2014), han añadido que la protección de datos personales y la privacidad son derechos separados, pero muy superpuestos a la vez<sup>10</sup>. La privacidad es solo uno de los derechos e intereses protegidos por las normas de protección de datos; sin embargo, dado el poco tiempo de aplicación en contraste con otros derechos, las funciones independientes de protección de datos aún no se han terminado de articular por completo.

En cuanto al plano local, León (2011) considera que el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú “se limita, nítidamente, a la intimidad de la vida privada y familiar, que es bien distinta de ese aspecto de la personalidad revelado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, tres décadas atrás, con el nombre de informationelle Selbstbestimmung [autodeterminación informativa]”<sup>11</sup>. A continuación, se explicará cronológicamente dicha postura.

La jurisprudencia constitucional alemana dio origen a la “teoría de las esferas”, influyente desde finales de la década de 1950. Tal como comenta Alexy, el Tribunal Constitucional Federal Alemán concibió una serie de círculos concéntricos, o esferas que componen el derecho a la personalidad. Para ello, se delinearon diferentes áreas basadas en distintos grados de lo privado (como se cita en González, 2014<sup>12</sup>): la “*Individualsphäre*”, “*Privatsphäre*” e “*Intimsphäre*”<sup>13</sup>. Es por ello que tal teoría evolucionó y se diseminó en otros idiomas y países. Sin embargo, ello no sería más que el antecedente que sustentaría el posteriormente develado

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 22-23.

<sup>9</sup> OOSTVEEN, M., & IRION, K. (2018). *The Golden Age of Personal Data: How to Regulate an Enabling Fundamental Right?* In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M-O. Mackenrodt, & G. Surblytė-Namavičienė (Eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?* (pp. 7-26). Vol. 28. Springer.

<sup>10</sup> LYNKEY, O. (2019). *Grappling with “data power”: normative nudges from data protection and privacy*. *Theoretical Inquiries in Law*. 20(1), 189-220.

<sup>11</sup> LEÓN, Leysser. *Manipulación de Información Personal y Derechos Fundamentales*, 2011, p.2.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ, G. (2014). *The emergence of Personal Data Protection as a fundamental right of the EU*. Springer.

<sup>13</sup> Como señala León (2011), la teoría de la personalidad a su vez cuenta con un debate dicotómico. Por un lado, la versión pluralista de esta teoría considera que existe un elenco de derechos de la personalidad (intimidad, imagen, nombre, honor, etc.). Por el otro lado, la pugna monista de creación alemana y reinante en la experiencia germana defiende que mediante la protección constitucional de la dignidad de la persona y del libre desenvolvimiento de la personalidad permiten deducir de esta, en el nivel aplicativo, y según las exigencias del momento, múltiples “aspectos” individuales a tutelar (p.17).

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

“*Informationelle Selbstbestimmung*” [autodeterminación informativa], mediante una sentencia del “*Bundesverfassungsgericht*” en el año 1983: Así, “¿cómo –me pregunto– un derecho recogido en la Constitución española de 1978, importado a nuestro ordenamiento jurídico desde 1993, va a ser el mismo derecho reconocido por el *Bundesverfassungsgericht* solo en 1983?<sup>14</sup>”

Con ello, la teoría alemana de las esferas fue la primera base cronológica y conceptual para lo que la evolución actual reconoce en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>15</sup>, con estatus de ley primaria en todos sus países miembros, como el derecho a la privacidad<sup>16</sup> y el derecho a la protección de datos<sup>17</sup>. Por otro lado, en el caso peruano, también tal teoría de las esferas habría arribado por medio de la influencia española a fines de la década de los '70. En España, el artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978 dictaminó que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de sus derechos”<sup>18</sup>. Este hecho, como León (2006) advierte, incidió en cómo el Tribunal Constitucional peruano reconoció el derecho a la autodeterminación informativa, pues la Constitución Política del Perú vigente desde 1993 curiosamente mantiene gran similitud con la redacción de su predecesora del año 1979, momento desde el cual se incorpora constitucionalmente en el Perú la protección de la intimidad personal y familiar frente a los servicios informáticos. Es decir, la versión peruana se habría inspirado, a su vez, en la entonces reciente Constitución Española que, más allá de reconocer la autodeterminación informativa, velaba por la intimidad personal y familiar frente al avance de la tecnología.

Muchos años han pasado desde que en 1978 la Constitución Española adoptó predominantemente el término intimidad que, como se vio, sería a su vez importado a varios otros ordenamientos latinoamericanos como el peruano. Sin embargo, en la actualidad, el panorama español ya es otro: uno más comprensivo

---

<sup>14</sup> LEÓN, L. (2006). Derechos de la personalidad y medios de comunicación [Tesis de doctorado, Scuola S. Anna di Pisa].

<sup>15</sup> Redactada en 2000 y modificada en 2007. Así, tal documento entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 gracias a la firma del Tratado de Lisboa suscitada el 13 de diciembre de 2007. La importancia de tal documento en la materia es su introducción de una base legal explícita para la legislación de protección de datos en el artículo 16° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE].

<sup>16</sup> “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Artículo 7°, 2009).

<sup>17</sup> “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.  
2. Estos datos se tratarán de modo leal para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.  
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Artículo 8°, 2009).  
En esencia, tal artículo 8 de la Carta se formula varios años después de la entonces vigente Directiva 95/46/CE, Directiva sobre protección de datos personales. En ese sentido, el primero incorporó o reconoció a nivel fundamental, la normativa preexistente en dicha Directiva (FRA y Consejo de Europa, 2018).

<sup>18</sup> Al respecto, Murillo y Piñar (2009) detallan cómo el Tribunal Constitucional de España ha señalado en múltiples ocasiones desde el último siglo, que el fundamento constitucional para la protección de datos personales no solo sería tal artículo 18.4° de la Constitución, sino también su artículo 10.2° junto con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (p.94-98).

y relacional que sigue la línea de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, como bien señalan los autores españoles Murillo y Piñar (2009), para el Tribunal Constitucional de España “la facultad de controlar la información es un derecho fundamental nuevo, autónomo e independiente del derecho a la intimidad”<sup>19</sup>

Ante tal panorama, algunos autores como León (2011) son más escépticos y rechazan incluso que el artículo 2.6 pueda configurar un reconocimiento expreso de la autodeterminación informativa. Por ello, consideran que la única vía constitucional correcta para reconocer esta tutela sería el “artículo 3 de la Carta Política, que permite deducir de la dignidad de la persona la necesidad de proteger a esta última frente a los riesgos propiciados por las nuevas tecnologías, (...) el almacenamiento y circulación de la información personal”<sup>20</sup>

Por su lado, autores como Castro critican directamente varios puntos de la redacción constitucional, esencialmente por la interdependencia de protección de datos de carácter personal y el derecho a la intimidad. Además, advierten que la referencia se realiza solo a una de las múltiples facultades del derecho de autodeterminación informativa<sup>21</sup> y la circunscripción como sujetos obligados solo ante los servicios informáticos<sup>22</sup>, desconociendo todos aquellos que no lo sean (como se cita en Castillo, 2009).

En esa misma línea, Eguiguren (2004) señala que tal redacción abarca a la autodeterminación informativa “en forma defectuosa e insuficiente, pues solo autoriza expresamente al titular a oponerse a que se suministren informaciones que afecten su intimidad personal y familiar”<sup>23</sup>. Por ello, indica que una interpretación literal debe descartarse porque “no incluiría el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) (...) sin esta facultad, mal pueden ejercitarse acciones como solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos

---

<sup>19</sup> MURILLO, P. & PIÑAR, J. (2009). El derecho a la autodeterminación informativa. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. [https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros\\_Publicados/Cuadernos\\_Fundacion\\_Fundacion/EL%20DERECHO%20A%20LA%20AUTODETERMINACION%20INFORMATIVA.pdf](https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion_Fundacion/EL%20DERECHO%20A%20LA%20AUTODETERMINACION%20INFORMATIVA.pdf)

<sup>20</sup> León, L. Manipulación de Información Personal y Derechos Fundamentales. , 2011, p. 2.

<sup>21</sup> La redacción del artículo 2.6º de la Constitución Política del Perú dispone que “no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Ello alude a facultades de control sobre, negarse u oponerse, bloquear, cancelar o hasta denegar cierto tratamiento de datos personales. Sin embargo, hay varias otras facultades de control relativas al acceso y uso, actualización, rectificación, u otras que se dejarían de mencionar en dicha fórmula constitucional.

<sup>22</sup> A su vez, la interdependencia en la fórmula legislativa entre intimidad y servicios informativos podría tender a interpretaciones sesgadas que deriven en una discriminación subjetiva violando estándares y principios internacionales en torno al respecto del principio de neutralidad y no discriminación de entornos sistemáticos frente a aquellos que no lo sean, i.e. espacios físicos. Como bien señala la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) la aplicación del principio de neutralidad tecnológica en el tratamiento de datos implica “que la regulación sea neutral y temáticamente, es decir, que aplica a cualquier tratamiento de datos con independencia de las técnicas, procesos o tecnologías actuales o futuras que se utilicen para dicho efecto”. La existencia del derecho a la intimidad, la privacidad y la autodeterminación informativa, así como cualquier otro derecho fundamental que deriva de la personalidad existe con independencia del entorno físico, digital o sistema informático ante el que se encuentre una persona.

<sup>23</sup> EGUIGUREN, F. (2004). *El nuevo Código Procesal Constitucional peruano*. Derecho PUCP (Revista de la Facultad de Derecho PUCP), (57), p. 177.

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

o falsos ni, mucho menos, la supresión”<sup>24</sup>. Sin embargo, para el autor, esta contingencia podría ser posteriormente subsanada con la redacción del código procesal de la materia.

Con ello, posteriores sentencias como la Sentencia 04227-2009-PHD/Tribunal Constitucional, 06164-2007-PHD-Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, o 238/2022-PHD/Tribunal Constitucional de recurso de agravio constitucional de Hábeas Data permitirían aclarar con más detalle el contenido y núcleo de la autodeterminación informativa. Al respecto, este derecho:

Consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la **información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos** a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. (...) busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen.<sup>26</sup>

Además, en la Sentencia 00693-2012-PHD/Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional (2012) estableció que toda persona tiene derecho a hacer uso, por sí misma, de los datos personales que terceros públicos o privados tengan en su poder. Por ello, la autodeterminación informativa también implica el obtener copia de los datos personales:

El derecho a la autodeterminación informativa también **supone que una persona pueda hacer uso de la información privada que existe sobre ella**, ya sea que la información se encuentre almacenada o en disposición de entidades públicas, o sea de carácter privado. En ese sentido, parece razonable afirmar que **una persona tiene derecho a obtener copia de la información particular que le concierne, al margen de si ésta se encuentra disponible en una entidad pública o privada.**<sup>27</sup>

Por todo lo anterior, Eguiguren (2015) afirma que esta protección constitucional tendría dos (2) dimensiones: (i) una negativa, “facultad que asiste al titular del derecho de prohibir el registro, la difusión y transmisión de datos referidos a información de carácter personal sensible”; y, (ii) una positiva, “facultad del titular del derecho de poder controlar los datos concernientes a la propia persona”<sup>28</sup>, que comprende el inspeccionar, verificar, actualizar, corregir y cancelar los datos o informaciones referidas a su persona<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibid* p. 177-178

<sup>25</sup> Mediante dicha sentencia, el Tribunal Constitucional (2007) en una función pedagógica, dictaminó los distintos tipos de hábeas data existentes.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 4739-2007-PHD/Tribunal Constitucional, Lima, Pesquera Virgen del Valle S.A.C.; 15 de octubre de 2007

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional. Sala Primera. Expediente 00693-2012-PHD/Tribunal Constitucional, Lambayeque, José Manuel Curipuma Alburqueque. (24 de julio de 2012). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00693-2012-HD.html>, pág. 133

<sup>28</sup> EGUIGUREN, F. (2015). El derecho a la protección de los datos personales. Algunos temas relevantes de su regulación en el Perú. *Themis*, 131-140.

<sup>29</sup> *Idem*.

#### **IV. Otra mirada a la acción de hábeas data**

Como se ha esbozado, el derecho a la autodeterminación informativa comprende una serie de facultades para justamente garantizar su pleno ejercicio. Sin embargo, tales facultades específicas no se encuentran del todo claras o concretizadas en las sentencias estudiadas, ni tampoco en la fórmula constitucional que, a criterio del Tribunal Constitucional, ampara tal derecho. Sin embargo, habiendo zanjado algunos percances técnicos en el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de datos personales, vale la pena ahondar en la normativa a cargo del proceso constitucional para proteger tal derecho, que es la Acción de Hábeas Data.

Tal recurso de agravio constitucional procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5)<sup>30</sup> y 6)<sup>31</sup> de la Constitución” (Constitución Política del Perú, 1993, Numeral 3 del artículo 200º). Aquí cabe advertir que el artículo 59º de la Ley 31307, “*Nuevo Código Procesal Constitucional*” [Código Procesal Constitucional] (2021) ha dispuesto que “el Hábeas Data procede en defensa, no solo del derecho a la autodeterminación informativa, sino también ante el derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución”.

Para ello, existen concretamente dieciséis (16) modalidades enunciadas en tal artículo 59º<sup>32</sup>. Sin embargo, destacan las siguientes modalidades por ser afines a la

---

<sup>30</sup> Tal inciso faculta a lo siguiente:

A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. (Constitución Política del Perú, 1993, inciso 5 del artículo 2º).

<sup>31</sup> “A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar” (Constitución Política del Perú, 1993, inciso 6) del artículo 2).

<sup>32</sup> Siendo las demás modalidades las siguientes:

- Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos, almacenados en bancos de información computarizados o no.
- A modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa.
- A incorporar (i) en el banco de datos información que tengan como finalidad adicionar una información cierta, pero que, por el transcurso del tiempo, ha sufrido modificaciones; (ii) información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado; y, (iii) al banco de datos una información omitida que perjudica a la persona.
- A eliminar de los bancos de datos información sensible que afecte la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona.
- A impedir (i) que las personas no autorizadas accedan a una información que ha sido calificada como reservada; y, (ii) la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, con la finalidad de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.
- A que el dato se guarde bajo un código que solo pueda ser descifrado por quien está autorizado para hacerlo.
- A solicitar el control técnico con la finalidad de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual han sido almacenados.

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

facultad de acceso y, por ende, también a la presente investigación: (i) conocer y supervisar 1. la forma en que la información personal viene siendo utilizada, 2. el contenido de la información personal que se almacena en el banco de datos, 3. el nombre de la persona que proporcionó el dato y 4. el lugar donde se almacena el dato con la finalidad de que la persona pueda ejercer su derecho; y, (ii) esclarecer los motivos que han llevado a la creación de la base de datos.

Ante ello, el Tribunal Constitucional considera que se permite la acumulación de “pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones<sup>33</sup>”. Igualmente, con respecto a la posibilidad de si únicamente pueden ejercerse, mediante el Hábeas Data, pretensiones que estén expresamente contenidas en las dieciséis (16) modalidades jurisprudencialmente previstas (y legalmente recogidas en el Código Procesal Constitucional), debe advertirse que las mismas “no tienen por qué entenderse como limitadas a los casos que establece la ley. Hay posibilidad de extender su alcance protector a otras situaciones o alternativas (...). La propuesta del artículo 60 [actual artículo 61] es simplemente enunciativa”<sup>34</sup>

Es decir, en vía jurisprudencial se habría abierto dicha posibilidad de ampliar el alcance protector a otras alternativas no contempladas en el Código Procesal Constitucional para proteger la autodeterminación informativa. No obstante, aún con esa cláusula abierta, se advierte que las modalidades previstas en el Código Procesal Constitucional ya contemplan múltiples disposiciones en torno a garantizar la facultad de acceso de la autodeterminación informativa.

No debe perderse de vista que el recurso de Hábeas Data tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales amparados en el artículo 2, incisos 5 y 6) de la Constitución Política del Perú, es decir el: “reparar las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo”. Por ello, como requisito especial para interponer la demanda de Hábeas Data el artículo 57.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) dispone que deben indicarse por qué razones “en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida al agraviado; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa, inexacta o violatoria de la intimidad personal o familiar”.

Con ello, –y como bien se ha dicho– tal Acción de Hábeas Data también procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona jurídica o natural que vulnera o amenaza los derechos contemplados en el artículo 2, incisos 5) y 6), de la Constitución Política del Perú.

---

- A impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 06164-2007-HD/Tribunal Constitucional, Arequipa, Jhonny Robert Colmenares Jiménez; 21 de diciembre de 2007

<sup>34</sup> *Idem.*

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

Así, ya va quedando claro que en vía constitucional el derecho a la autodeterminación informativa sí comprende el conocer y supervisar la forma en que la información personal viene siendo utilizada por parte de otros terceros (incluyendo personas naturales), el contenido de la información personal que se almacenaría en tal banco de datos, el nombre de la persona que proporcionó el dato, el lugar donde se almacena el dato, así como el esclarecer los motivos (finalidades) que han llevado a la creación de la base de datos en donde se almacenan los datos personales. **Es decir, la facultad de acceso a los datos personales en vía constitucional, mediante la Acción de Hábeas Data, cuenta con una función de información amplia e integral.** Además, tal facultad de control no se limita necesariamente a la fórmula legislativa del Código Procesal Constitucional y puede extenderse en vía interpretativa en favor del titular de tales datos personales. Por supuesto, sin perjuicio de los límites o excepciones que podrían surgir frente a otros derechos o bienes jurídicos tutelados, como los que se pretenden estudiar en la sección siguiente.

## **V. Límites ¿o interacciones? Constitucionales de la autodeterminación informativa**

Tal como se argumentó, el derecho constitucional de la autodeterminación informativa es un derecho autónomo que posee una naturaleza subjetiva y relacional frente a otros derechos fundamentales. Así, a veces la protección y/o ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa puede contribuir a la protección de otros derechos constitucionales (e.g. el honor, la voz, la intimidad, privacidad u otros); pero, también debe advertirse que en otros casos podría más bien contraponerse al ejercicio de estos<sup>35</sup>. Ello ha sucedido en recurridas sentencias frente a derechos o principios fundamentales como la libertad de expresión y de información, por lo que determinar el interés público y otros bienes constitucionales en juego termina siendo clave para identificar, de ser el caso, qué facultades de control de la autodeterminación informativa debieran verse limitadas en su totalidad o parcialmente frente a los mismos.

Por ejemplo, en la Sentencia 01163-2023-PHD/TC el Tribunal Constitucional (2023) reiteró, con base en una cita de la Sentencia 0134-2003-PHD/TC, que el Hábeas Data “no es un proceso destinado a obligar a los periodistas o empresas periodísticas a revelar sus fuentes de información, que, por lo demás, se encuentran protegidas por el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, y menos a impedir el libre ejercicio de la libertad de comunicar.”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, recientemente el Tribunal Constitucional ha reconocido que “el avance vertiginoso de la tecnología ha generado la proliferación de información y datos de toda índole mediante diversos motores de búsqueda, sistemas informáticos, bases de datos o dispositivos tecnológicos que se encuentran al alcance de toda persona de forma global. Esta hipervisibilización de data, en ocasiones, puede intervenir en el contenido protegido del derecho a la protección de datos personales, en conexidad con otros derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional. Expediente 03041-2021-HD/Tribunal Constitucional, San Martín, Miguel Arévalo Ramírez; 17 de junio de 2022).

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 0134-2003-PHD/Tribunal Constitucional, Lima, Ernesto Gamarra Olivares; 20 de septiembre de 2004

Sin embargo, tal cita debe ser contextualizada para un mayor entendimiento. En dicha oportunidad, si bien el Tribunal Constitucional (2003) se pronunció con respecto al Hábeas Data, el derecho cuestionado no era en estricto y únicamente la autodeterminación informativa. Así, el petitorio del demandante, entre otras cosas, versaba sobre que la información – fotografía en su ficha de identificación policial en donde se le implicaba en casos de corrupción- que había sido difundida por los medios de comunicación demandados violaron sus derechos constitucionales a la presunción de inocencia, a la intimidad personal y a su dignidad personal. A ello, el Tribunal Constitucional (2003) curiosamente se pronunció con respecto a una posible violación al derecho de acceso a la información pública previsto en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú<sup>37</sup> ante la negativa de los ministerios emplazados a brindar la información requerida en tanto que, como se ha visto, tal derecho también es amparado vía el Hábeas Data. Además, el Tribunal Constitucional (2003) también se pronunció sobre el requisito procesal relativo a que la información pública solicitada en vía de dicho proceso debe “ser cierta, completa, clara y, además, actual”<sup>38</sup>

A la luz de lo detallado, resulta cuestionable si efectivamente el Tribunal Constitucional (2003) hubiese querido sentar un límite irrestricto por parte del Hábeas Data contra ambos derechos protegidos, i.e. la autodeterminación informativa y el acceso a la información pública. En todo caso, es de resaltar que el ejercicio de los periodistas o empresas periodísticas efectivamente se encuentran protegidas por el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, al igual que el libre ejercicio de la libertad de comunicar. No obstante, ello no siempre será un límite irrestricto a la autodeterminación informativa. Por el contrario, dicha determinación pasa más por una evaluación ad hoc, caso por caso, a fin de determinar qué interés público protegido primaría en caso de existir un conflicto de intereses.

Ante ello, en la Sentencia 0442-2017-PA/TC<sup>39</sup>, el voto en mayoría del Tribunal Constitucional reconoció que, porque un ciudadano ingrese al ámbito de

---

<sup>37</sup> Así en la Sentencia, el Tribunal Constitucional (2003) consideró que:

“El derecho reconocido en el inciso 5, artículo 2, de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones relativas a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad. Según el demandante, los codemandados ministerios de Justicia y del Interior supuestamente habrían violado este derecho al negarse a informarle quiénes entregaron la fotografía a Caretas.”

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 0134-2003-PHD/TC, Lima, Ernesto Gamarra Olivares; 20 de septiembre de 2004

<sup>39</sup> Si bien en dicha oportunidad el recurso interpuesto fue un amparo y no un Hábeas Data para proteger el derecho a la libertad de información y expresión del demandante, los fundamentos permiten analizar cómo las facultades de control de la autodeterminación informativa de los usuarios en sus cuentas personales de redes sociales y otras plataformas priman frente al derecho de información de terceros. No obstante, cabe resaltar que el voto singular de dos (2) magistradas señalaron lo contrario, indicando que pese a haber sido una cuenta personal creada antes del ejercicio de la función pública incluso, la retransmisión y emisión de opiniones o juicio de valor sobre el ejercicio de las funciones públicas convertía, de facto, a tal cuenta de usuario en un canal de comunicación del Gobierno con los ciudadanos. Ante tal criterio, se concluyó que sí debió haberse compelido el desbloqueo del usuario. Finalmente, en tal oportunidad el Tribunal

funcionario público o a la arena política, no implicará el renunciar a su intimidad o su vida privada, ni mucho menos una sobreexposición de la misma. Por ello, “aquellos no involucra que jurídicamente todo funcionario(a) público(a) está obligado a admitir a cualquier persona en sus redes sociales en cuentas de carácter personal<sup>40</sup>”. Por ello, tal tribunal consideró que, como cualquier usuario: “los altos funcionarios estatales tienen la potestad de decidir, en ejercicio responsable de su capacidad de autodeterminación, qué información comparte en sus redes sociales y con quiénes comparte aquello que divulga”<sup>41</sup>.

Así, en tal oportunidad se concluyó que no se puede compeler a una persona, incluso si es un alto funcionario público, a que desbloquee a determinada(s) persona(s) de su(s) cuenta(s) de correo electrónico o de redes sociales si las mismas tienen carácter estrictamente personal. Por tanto, la libertad de información de un tercer usuario bloqueado en la cuenta personal de una red social de un usuario, inclusive si es funcionario público, no primará frente a la autodeterminación del titular de tal cuenta personal donde justamente es este último quien debe determinar con quién se comunica o deja de hacerlo.

Para mayor análisis, en otro caso el Tribunal Constitucional consideró mediante la Sentencia 119-2022-HD/TC declarar infundado un recurso de agravio constitucional, tras una demanda de Hábeas Data exclutorio, contra distintos medios de comunicación y otros medios de difusión social como motores de búsqueda. En tal oportunidad, el demandante solicitaba ejercer su *derecho al olvido*<sup>42</sup> frente a distinta información o noticias en la que se le imputa “ser narcotraficante internacional, líder de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, lo que afecta su honor y su buena reputación. Señala que la información publicada es falsa”. Ante ello, el Tribunal Constitucional (2022) reconoció que:

(...) como todo derecho fundamental, el derecho al olvido también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, esencialmente, de la necesidad de que sea armonizado con otros derechos o bienes

---

Constitucional (2019) analizó y opinó a detalle sobre el funcionamiento y particularidades de las redes sociales, entre ellas, Twitter.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 0442-2017-PA/Tribunal Constitucional, Lima, Erick Américo Iriarte Ahon; 15 de agosto de 2019

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Sobre el significado de tal “derecho al olvido” el Tribunal Constitucional consideró que debía entenderse lo siguiente:

“sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales, puede afirmarse que este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental).” (Tribunal Constitucional. Expediente 03041-2021-HD/TC, San Martín, Miguel Arévalo Ramírez; 17 de junio de 2022).

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

constitucionales. En particular, es evidente que dicho derecho fundamental puede ingresar en tensión con el derecho fundamental a la libertad de información, reconocido en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución, el cual es, además, una garantía institucional crucial para el mantenimiento de un sistema democrático.

**Ante ello, el Tribunal Constitucional dejó en claro que la investigación del delito, específicamente en materia de narcotráfico y terrorismo resulta trascendental en el marco democrático de nuestra sociedad; por ello:**

(...) toda investigación dirigida contra una persona, en cualquier nivel, acerca de sus supuestos vínculos con la supuesta comisión de los delitos de narcotráfico y terrorismo, goza de la más alta relevancia e interés público, y constituye, a todas luces, un hecho noticioso que debe ser objeto de escrutinio a través del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información.<sup>43</sup>

Además, cabe precisar que en dicha oportunidad y a criterio de los magistrados, las noticias e información objeto de análisis fueron consideradas como parte del **propio ejercicio periodístico**, es decir, se limitaban a “dar cuenta de las investigaciones que se le han realizado y que han sido publicadas o difundidas en el marco del ejercicio de la libertad de información”<sup>44</sup>. Por ello, tampoco se advirtió que las anteriores constituyen “en modo alguno un insulto o crítica abusiva que represente un trato que humille o degrade a la persona del recurrente”<sup>45</sup>

Si bien, en el caso explorado el Tribunal Constitucional determinó un claro límite en torno a la autodeterminación informativa, **sería interesante contar con mayores mecanismos o jurisprudencia en donde se observe que las limitaciones impuestas a la autodeterminación informativa gozaron de un análisis y resultado proporcional, flexible y/o parcial**. Es decir, casos en los que la decisión final no versara sobre si aplicar una decisión binaria y radical (sí o no) sobre todas las facultades de control que el contenido de dicho derecho proporciona.

Por ejemplo, Meguías (2019) comenta cómo es que en la jurisprudencia española y europea ya se han generado soluciones proporcionales al ejercicio de la autodeterminación informativa frente a otros intereses públicos o derechos fundamentales de terceros en juego: “los datos personales en principio quedan protegidos de su difusión in consentida, pero no siempre, pues puede prevalecer

---

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 03041-2021-HD/TC, San Martín, Miguel Arévalo Ramírez; 17 de junio de 2022

<sup>44</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N° 03041-2021-HD/TC, San Martín, Miguel Arévalo Ramírez; 17 de junio de 2022

<sup>45</sup> *Idem*. Con ello, sería interesante ahondar en una investigación que determine los presupuestos de objetividad y límites a la acción periodística, como el Tribunal Constitucional (2003) señaló en su momento: “El Hábeas Data no es un proceso destinado a obligar a los periodistas o empresas periodísticas a revelar sus fuentes de información, que, por lo demás, se encuentran protegidas por el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, y menos a impedir el libre ejercicio de la libertad de comunicar.” Aunque en la misma línea y oportunidad tal tribunal reconoció que a su vez “se exceptúan las informaciones relativas a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad” (Tribunal Constitucional. Expediente N° 0134-2003-PHD/Tribunal Constitucional, Lima, Ernesto Gamarra Olivares; 20 de septiembre de 2004).

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

el derecho a la información (cuando se trata de unos hechos de interés general) o el ejercicio de la libertad de expresión y opinión”<sup>46</sup>.

Frente a la prevalencia del derecho de información, los Meguías (2019) también rescata que los “tribunales exigen para su licitud que los datos personales difundidos sean mínimos (como puede ser el nombre y apellidos) y obtenidos de un modo legal”<sup>47</sup>.

Mientras que, para el ejercicio de la libertad de expresión y opinión, “cuando se trata de una opinión –no información– (...) no resulta de aplicación la normativa de protección de datos personales más que para solicitar la cancelación del comentario u opinión y buscar el amparo legal a través de la protección del honor y buena fama<sup>48</sup>”, en tanto tales derechos conexos se consideren lesionados

## **VI. Ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales ante los usos “domésticos, personales o relacionados con la vida privada o familiar”**

En línea con lo anterior, a nivel normativo, el artículo 1 de Ley de Protección de Datos Personales (2011) indica que su objeto es “garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales”.

Así, la Ley de Protección de Datos Personales (2011) es la norma aplicable a todos los datos personales contenidos (o destinados a ser contenidos) en bancos de datos personales de administración pública y privada siempre que su tratamiento se realice dentro del territorio nacional. Es decir, su ámbito de aplicación es únicamente territorial, difiriendo con otros ordenamientos jurídicos, como el RGPD (2016), que se aplica a todo tratamiento de datos personales en el extranjero, en tanto estos pertenezcan a ciudadanos europeos. Por ello, para el ámbito de aplicación territorial deben observarse, concurrentemente, los criterios del artículo 5° del Reglamento (2013).

Adviértase que según el artículo 53 del Código Procesal Constitucional (2021) se considerará a un “archivo, registro, base o banco de datos a todo conjunto de datos organizado de información personal y que sean objeto de tratamiento o procesamiento físico, electrónico o computarizado, ya sea público o privado, y cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso”. Ante ello, por su lado y con una redacción muy similar, la Ley de Protección de Datos Personales (2011) esboza su propia definición de banco de datos personales: “conjunto organizado de datos personales, automatizado o

---

<sup>46</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N° 03041-2021-HD/TC, San Martín, Miguel Arévalo Ramírez; 17 de junio de 2022

<sup>47</sup> *Idem*. Para más información, ver Sentencia 1960/2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 10 de mayo de 2013 y Sentencia 594/2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 14 de febrero de 2017.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 158

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso” (artículo 2.1 de la Ley de Protección de Datos Personales)<sup>49</sup>.

Ahora bien, la definición de tratamiento comprende a cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, en tanto permita “la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales” (numeral 19 del artículo 2, Ley de Protección de Datos Personales, 2011). Así, el tratamiento puede ser llevado a cabo por el responsable del tratamiento, el cual puede contar tanto con un encargo de tratamiento, como con una subcontratación. Además, nada impide que un titular de banco de datos personales sea el responsable o encargado del tratamiento.

Con ello, también debe mencionarse que la aplicación de tal Ley de Protección de Datos Personales (2011) ocurre con independencia de la modalidad del tratamiento de los datos personales, es decir, “ya sea efectuado por personas naturales, entidades públicas o instituciones del sector privado e independientemente del soporte en el que se encuentren” (artículo 3°, Decreto Supremo 003-2013-JUS “Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales” [Reglamento], 2013)<sup>50</sup>. Por ello, de existir normas particulares o especiales que incluyan regulaciones sobre datos personales, no excluirán el ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales (2011) y su Reglamento (2013) (artículo 3° del Reglamento, 2013).

Así, en cuanto a las excepciones al ámbito de aplicación, por un lado, se exceptúan a entidades del sector público, cuando sea “necesario para el estricto cumplimiento de competencias asignadas por ley (...) que tengan por objeto: la defensa nacional, la seguridad pública y, el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito” (artículo 4 del Reglamento, 2013)<sup>51</sup>. Por otro lado, se exceptúan en el sector privado a los datos personales contenidos (o destinados a ser contenidos) en bancos de datos personales, creados por personas naturales siempre tal tratamiento sea realizado para **finés exclusivamente relacionados con usos domésticos, personales o relacionados con su vida privada o familiar** Sobre el particular, cabe preguntarse ¿qué debe entenderse por aquellos fines exclusivamente relacionados con usos domésticos, personales o relacionados con la vida privada o familiar de la persona natural que realiza el tratamiento?

---

<sup>49</sup> Un dato personal posee cuatro (4) elementos o componentes que, entre ellos, están “estrechamente ligados y se complementan recíprocamente” (Grupo de Trabajo del Artículo 29, 2007, p. 6).

<sup>50</sup> Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS. Reglamento del Reglamento de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1913756/DS-3-2013JUS.REGLAMENTO.LPDP\\_.pdf?v=1643315587](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1913756/DS-3-2013JUS.REGLAMENTO.LPDP_.pdf?v=1643315587)

<sup>51</sup> *Idem*.

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

Para ello, deben tenerse en cuenta los siguientes cuatro (4) argumentos y consideraciones.

Primero, el contenido y límite inicial a la autodeterminación informativa está dada en vía constitucional, tal como se exploró en la sección anterior, este derecho aplica indistintamente a todos los “registros ya sean públicos, privados o informáticos a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos”<sup>52</sup>, pero atendiendo a las “restricciones o limitaciones derivadas, esencialmente, de la necesidad de que sea armonizado con otros derechos o bienes constitucionales”<sup>53</sup> con los que pueda entrar en tensión

Segundo, la fórmula legislativa es clara al reconocer que las excepciones legales (y no constitucionales) que el legislador ha decidido incorporar en tal régimen legal son aquellos **tratamientos** detallados en el artículo 4 del Reglamento (2013). Es decir, que, si bien se puede hablar de **tratamientos**; por su finalidad y carácter subjetivo – persona natural – de quien los realiza, se encuentran exceptuados de la aplicación de dicha ley<sup>54</sup>.

Tercero, se requiere dilucidar qué debe entenderse por “fines o usos domésticos, personales o relacionados con la vida privada o familiar”, los mismos que, al ser una excepción, deberán siempre interpretarse de manera restrictiva y no amplia para evitar vulneraciones no deseadas en la esfera de los posibles titulares de los datos personales afectados. Al respecto, en la jurisprudencia comparada, Meguías (2019) comenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] también considera que:

(...) la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva [ahora Reglamento]<sup>55</sup> en relación a las actividades personales y domésticas debía ser interpretada siempre en sentido estricto, en primer lugar porque las restricciones a las garantías de los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal nunca deberán sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario y, en segundo lugar, porque el propio

---

<sup>52</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 06164-2007-HD/TC, Arequipa, Jhonny Robert Colmenares Jiménez; 21 de diciembre de 2007

<sup>53</sup> Tribunal Constitucional. Expediente 03041-2021-HD/TC, San Martín, Miguel Arévalo Ramírez; 17 de junio de 2022

<sup>54</sup> Igualmente, cabe mencionar que la Ley de Protección de Datos Personales (2013) y el RGPDP (2013) a lo largo de sus articulados también prevén otros tipos de excepciones más específicas. Por ejemplo, las excepciones al deber de consentimiento que se encuentran tipificadas en el artículo 14 de la Ley de Protección de Datos Personales, o la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 28 de la Ley de Protección de Datos Personales (2013) relativa a “no utilizar los datos personales objeto de tratamiento para finalidades distintas de aquellas que motivaron su recopilación, salvo que medie procedimiento de anonimización o disociación”.

<sup>55</sup> Cabe mencionar que el actual Reglamento UE 2016/679, Reglamento General de Protección de Datos Personales [RGPD] (2016) que sustituyó a la anterior Directiva UE 95/46/CE, sobre protección de datos, si bien introdujo múltiples cambios, en lo que atañe a la presente excepción, mantuvo en su artículo 2.2.c) una redacción idéntica a la del artículo 3.2 de la Directiva derogada. Así, se continúa excluyendo del ámbito de aplicación del RGPDP (2016) a todo tratamiento de datos personales “efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas” (literal c), del numeral 2 del artículo 2, RGPDP, 2016).

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

texto normativo utilizaba el término exclusivamente para despejar las dudas que pudieran surgir en torno a la cuestión.<sup>56</sup>

Así, tal criterio o análisis no es ajeno a la realidad nacional. La Ley de Protección de Datos Personales (2011) curiosamente también emplea un texto similar **finés exclusivamente** y, como se viene detallando, el régimen legal de protección de datos personales peruano tiene justamente como objetivo el “garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales”<sup>57</sup>.

Cuarto, ¿qué usos o supuestos específicos estarían comprendidos? Para responder a eso, puede ser de utilidad empezar analizando la doctrina comunitaria comparada para luego aterrizar en el país. Así, el considerando 18 del RGPD (2016) detalla, con relación a su artículo 2.2.c), que:

El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades<sup>58</sup>. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

Así, por contraposición se esboza un (1) primer límite claro: la conectividad a alguna actividad ya sea profesional o comercial. A ello, la Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] (2006) precisa que una finalidad será personal cuando “los datos tratados afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad y que la finalidad del tratamiento no sea otra que surtir efectos en esos ámbitos” (como se cita en Loza, 2021).

Así, Meguías (2019) comenta que en aplicación de tal criterio de “exclusividad” también se debe tomar en cuenta si se está ante “ficheros mixtos”, i.e., un “directorio telefónico, personal o familiar que sea utilizado simultáneamente en una actividad personal y otra no personal, como profesional, comercial, política, etc.”<sup>59</sup> estos quedarían automáticamente sometidos a las exigencias establecidas en el RGPD (2016). Así, Loza (2021) también precisa que en algunos casos “lo personal

---

<sup>56</sup> MEGUIAS, J. (2019). RGPD y actividades personales en materia de protección de datos. *Persona y Derecho*. 80(2019/1), 147-178. <http://dx.doi.org/10.15581/011.80>. p. 165

<sup>57</sup> Ley N° 29733. Ley de Protección de Datos Personales. (03 de julio de 2011). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1034642>

<sup>58</sup> Autores como Loza (2021) comentan que tal Considerando 18 del RGPD (2016) añadió como ejemplos de actividad personal o doméstica, a “la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades” gracias a la sugerencia realizada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) pues la “correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones habían quedado un tanto obsoletos y debía contemplarse la realidad de internet”.

<sup>59</sup> MEGUIAS, J. (2019). RGPD y actividades personales en materia de protección de datos. *Persona y Derecho*. 80(2019/1), 147-178. <http://dx.doi.org/10.15581/011.80>. p. 165

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

y lo profesional aparece entremezclado en cuyo caso dichos tratamientos quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la ley al no tener como finalidad exclusiva el uso personal”<sup>60</sup>.

En contraste a lo anterior, ¿qué pasa con aquellos datos personales generados en una esfera pública pero posteriormente empleados en una esfera privada? Aquí, Meguias (2019) opina que “el tratamiento de datos personales propios y ajenos realizado por una persona física no estará sujeto a las exigencias del RGPD cuando se trate de actividades exclusivamente personales o domésticas – aunque se hayan desarrollado en espacio público – con una finalidad privada”. Un ejemplo de ello son datos personales de contacto que fueron obtenidos mediando una relación profesional por lo que tal actividad no puede ser considerada de naturaleza personal o doméstica; sin embargo, los mismos “pueden ser utilizados sin problemas posteriormente en una actividad exclusivamente personal”. Ello, por ejemplo, sucede cuando un “trabajador que obtuvo lícitamente las direcciones electrónicas profesionales de sus compañeros mientras compartía trabajo con ellos en la misma empresa y que utilizó posteriormente para enviarles mensajes de carácter personal”.

Además, tampoco hay que entender como un requisito que tal tratamiento sea realizado por un único individuo. La AEPD (2006) indica que “por ejercicio de una actividad personal no debe entenderse ejercicio de una actividad individual” (como se cita en Loza, 2021). Ante ello, Loza (2021) también opina que “no deja de ser personal aquella actividad de tratamiento de datos que aun siendo desarrollada por varias personas físicas su finalidad no trasciende de su esfera más íntima o familiar”<sup>61</sup>.

En vista de lo anteriormente detallado, algunos ejemplos de exclusiones al ámbito de aplicación del RGPD, serían los directorios o agendas personales, los álbumes de fotos familiares y amistades, los registros de contabilidad familiar, los videos domésticos, los listados para invitaciones de celebraciones familiares o de amistad, etc., cuando no sean utilizados para una finalidad que exceda su cometido original. En caso de que tales ficheros fueran, por ejemplo, “difundidos en una red social sin limitación de acceso, o utilizados con fines comerciales, o en procedimientos judiciales, ya no les será de aplicación la excepción doméstica contemplada por el RGPD” (Meguias, 2019)<sup>62</sup>.

Así, en sede local, dichos aspectos esbozados en torno al uso doméstico y personal también resultan aplicables. Autores como Morales (s.f.) detallan que “si una persona natural o jurídica, en calidad de usuario de una red social, crea su propio perfil con fines comerciales, empresariales o políticos, y en ese contexto realiza

---

<sup>60</sup> LOZA, M. (2021). Sobre la «Excepción Doméstica». Blog AEC GOVERTIS. <https://dpd.aec.es/sobre-la-excepcion-domestica/>

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> MEGUIAS, J. (2019). RGPD y actividades personales en materia de protección de datos. *Persona y Derecho*. 80 (2019/1), 156. <http://dx.doi.org/10.15581/011.80.147-178>

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

tratamiento de datos personales, ya no se tratará de un uso doméstico o familiar”<sup>63</sup>. Así, afirma que tales usuarios “se convertirán en responsables del tratamiento” obligados a cumplir con las disposiciones de la Ley de Protección de Datos Personales (2011).

Ante ello, la misma autora comenta que “si bien no existe jurisprudencia en el Perú respecto a este caso en particular, podemos ver que la Dirección General de Datos Personales ha sancionado a varios colegios por haber subido a su página web las fotos de sus alumnos sin el consentimiento de sus padres o sus tutores”<sup>64</sup>. Por ende “cualquier persona natural o jurídica con un perfil comercial [o profesional] podrá ser sancionada por las mismas razones y criterios: tratar datos personales sin el consentimiento de su titular”.

Además, una aplicación práctica de tales argumentos dentro de la normativa peruana es el ámbito de aplicación material de la Directiva 01-020-JUS/DGTAIPD, “Tratamiento de Datos Personales mediante sistemas de videovigilancia”. Así, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales [DGTAIPD] exceptúa de tal ámbito de aplicación, con base en el artículo 4º del Reglamento (2011):

(...) al tratamiento de imágenes en el ámbito personal y doméstico, que incluye el uso de cámaras ‘on board’<sup>65</sup> y los sistemas de videoportería, salvo que estos últimos se articulen mediante procedimientos que reproduzcan o graben imágenes de modo constante y que resulten accesibles (mediante internet o emisiones por televisión en circuito cerrado) y, en particular, cuando el objeto de las mismas alcance a las zonas comunes y/o la vía pública colindante. (numeral 6.2.2 del artículo VI, Directiva, 2020).<sup>66</sup>

Con ello, vale acabar este capítulo comentando que la redacción peruana es muy similar a la europea, en tanto que ambos poseen **dos (2) requisitos indispensables para la verificación de la excepción estudiada**; y, en vista de ello, su aplicación en sede local también debiera serlo, al menos en esencia:

- a. El primer requisito es que el tratamiento lo realice, en principio, **una persona natural**, aunque aquí también se ha visto que puede haber casos en que una o más personas realicen el tratamiento siempre que ello no desvíe el segundo requisito.

De igual manera, si un tercero proporcionara los “medios” empleados para el tratamiento, y tal medio comparte un fin comercial o profesional en su

---

<sup>63</sup> MORALES, A. (s.f.). *¿Cuál es el impacto jurídico que tiene el uso de redes sociales en lo que respecta al ámbito del derecho a la protección de datos personales?*. Agnitio.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> Una cámara “on board” según la Directiva (2020) es aquella “instalada dentro de un vehículo, casco o vestimenta de un conductor, que permite grabar imágenes durante el recorrido que se realiza con el mismo” (numeral 5.5. del artículo V, Directiva, 2020).

<sup>66</sup> Directiva N° 01-020-JUS/DGTAIPD. Tratamiento de Datos Personales mediante sistemas de videovigilancia. (14 de febrero de 2020). <https://www.gob.pe/institucion/anpd/informes-publicaciones/1938476-directiva-para-el-tratamiento-de-datos-personales-mediante-sistemas-de-videovigilancia>

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

funcionamiento (e.g., algunas plataformas o empresas que se dedican a organizar eventos y debieran proporcionar algún servicio a una lista de invitados a un evento familiar), tal tercero y los medios empleados sí deberán cumplir con la normativa de protección de datos personales en su funcionamiento. Lo anterior, sobre todo, por cuanto la finalidad del tratamiento y, con ello, del probable encargo que realicen sí tiene una finalidad económica. Así, la excepción alcanzará estrictamente al tratamiento concreto que realice la persona natural, siempre que pueda seguirse entendiendo dentro del segundo requisito.

- b. El segundo requisito va ligado a que el tratamiento que realice tal persona natural sea justamente para un **fin estrictamente doméstico o personal**. Ahora bien, en el caso peruano el legislador añade un tercer supuesto que, lejos de generar mayor predictibilidad, resulta quizás redundante “o usos domésticos, personales o relacionados con su vida privada o familiar” (artículo 4, Reglamento, 2013)<sup>67</sup>. Ello, por supuesto, salvo que en vía interpretativa ingeniosamente se llegasen a prever supuestos de la vida privada o familiar que no estén comprendidos en lo doméstico o personal lo cual resulta difícil de dilucidar.

## **VII. Redes sociales frente a los usos “domésticos, personales o relacionados con la vida privada o familiar” de sus usuarios**

Los servicios de redes sociales [SRS] pueden definirse generalmente como “plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes” (pp. 4-5, Grupo de Trabajo del Artículo 29 [GT29], 2009). Así, para el GT29 (2009) los SRS comparten determinadas características: (i) sus usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o perfil; (ii) proporcionar también herramientas que permiten a sus usuarios poner su propio contenido en línea, que es el contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios; y, (iii) funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario con los que pueden interactuar<sup>68</sup>.

Además, cabe mencionar que los SRS “generan la mayoría de sus ingresos con la publicidad que se difunde en las páginas web que los usuarios crean y a las que acceden”. Por ello, “los usuarios que publiquen en sus perfiles mucha información sobre sus intereses ofrecerán un mercado depurado a los publicitarios que desean

---

<sup>67</sup> Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS. Reglamento de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1913756/DS-3-2013JUS.REGLAMENTO.LPDP\\_.pdf.pdf?v=1643315587](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1913756/DS-3-2013JUS.REGLAMENTO.LPDP_.pdf.pdf?v=1643315587)

<sup>68</sup> Para mayor detalle sobre los distintos tipos de SRS y su impacto en la protección de datos personales, ver: Barriuso, C. (2009). *Las redes sociales y la protección de datos hoy*. Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá II. (pp. 301-3338). <https://core.ac.uk/download/pdf/58906859.pdf>

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

difundir publicidad específica y basada en esta información” (p. 5, Grupo de Trabajo del Artículo 29 [GT29], 2009).

En ese mismo sentido, Morales (s.f.) también advierte que un SRS “social se puede acceder, compartir, consultar, reproducir la información que se encuentra en los perfiles de sus usuarios, así como la que brindan estos durante su interacción en la red social, como pueden ser hábitos, fotografías, videos, entre otros”<sup>69</sup>. Por ello, considera como “innegable señalar que, en una red social, se produce lo que se conoce como tratamiento de datos personales”. Asimismo, el autor menciona que entre los ejemplos de SRS más utilizados se encuentran Facebook, YouTube, WhatsApp, Twitter, Instagram, LinkedIn, Snapchat, entre otras.

En el ámbito jurisprudencial, un primer caso de relevancia en relación con las actividades en línea de usuarios de SRS fue dictado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Tribunal de Justicia de la Unión Europea] (2003), pronunciándose sobre la calificación de la difusión sin consentimiento previo de datos personales de terceros a través de una web<sup>70</sup>. En dicha oportunidad, se zanjaron dos (2) criterios importantes que hoy sirven de base para el análisis en redes sociales<sup>71</sup>. Primero, que el “hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado”. Segundo, que tal tratamiento consistente en “la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas” no puede estar comprendido dentro de la excepción de actividades exclusivamente personales o domésticas, que ocurren dentro de la vida privada o familiar de las personas naturales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2003)<sup>72</sup>.

Del mismo modo, Meguias (2019) interpreta que para el caso concreto de imágenes o vídeos que no son difundidas fuera del ámbito familiar no revisten problema alguno porque la incidencia sobre la privacidad de los afectados es mínima o nula<sup>73</sup>. Sin embargo, si los anteriores datos personales terminaran a disposición del

---

<sup>69</sup> MORALES, A. (s.f.). *¿Cuál es el impacto jurídico que tiene el uso de redes sociales en lo que respecta al ámbito del derecho a la protección de datos personales?*. Agnitio.

<sup>70</sup> En dicha oportunidad, Bodil Lindqvist, una ciudadana europea que impartía catequesis junto a otras personas en una parroquia sueca y quiso hacer más asequible la información a los participantes, razón por la que creó una web abierta y sin restricciones de acceso. Tal web contenía los nombres, números telefónicos, aficiones y otros datos del resto de los catequistas, pero sin haberles solicitado previamente su consentimiento. Cuando los anteriores mostraron su disconformidad al respecto la ciudadana eliminó la web.

<sup>71</sup> Adicionalmente, en tal sentencia el TJUE (2003) precisó que las actividades personales y domésticas deben quedar referidas únicamente a las actividades claramente privadas y reservadas, es decir, confinadas en la esfera personal o doméstica de los interesados. Por tanto, una actividad que presenta una marcada connotación social, como la actividad de catequesis en el seno de la comunidad parroquial no califica dentro de ello. Menos aún, si se considera que adicionalmente el tratamiento implicó la divulgación de datos personales en una página web accesible desde cualquier parte del mundo.

<sup>72</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [TJUE]. (6 de noviembre de 2003. ECLI:EU:C:2003:596.

<sup>73</sup> MEGUIAS, J. (2019). *RGPD y actividades personales en materia de protección de datos*. Persona y Derecho. 80 (2019/1), 159.

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

público en Internet vía una web o una plataforma, como lo es una SRS, entonces tal tratamiento ya no estaría excluido de la aplicación de las normas de protección de datos. Lo anterior “supondría la obligación de recabar el consentimiento explícito de los terceros afectados o, como mínimo, prever un fácil ejercicio del derecho de rectificación/cancelación por esos terceros”.

Con ello, una primera conclusión en esta sección es que **una plataforma, web o un blog sin limitación de acceso exceden el ámbito doméstico; por lo que, en principio, los datos de carácter personal de terceros que se difundan a través de ella quedaban protegidos por la normativa de protección de datos personales**. Por supuesto, en tanto otros derechos constitucionales no primen total o parcialmente, como podría ser la libertad de información, expresión u otro interés público, y conforme se detalló líneas arriba.

A ello, García (2011) señala que un usuario en una red social, salvo que se le aplique la exención de ámbito doméstico o personal, “podría ser considerado responsable del tratamiento de datos respecto al fichero que constituye su cuenta”<sup>74</sup>. Esto además deja entrever que una cuenta de usuario o perfil propio puede ser considerada un fichero o, como en otras legislaciones se denominan, “bancos de datos personales”. Asimismo, tal autora enfatiza que:

El prestador del servicio online lo es [responsable] respecto el fichero privado creado por los registros de perfiles y contactos de los usuarios e independientemente de la responsabilidad sobre los datos de tráfico, localización y conservación del proveedor de servicios de comunicación pública en Internet. Exención de ámbito doméstico en el tratamiento de datos, ficheros privados, excepciones al derecho y fuentes accesibles al público<sup>75</sup>, son categorías que están implicadas en el complejo entramado de contactos, datos, informaciones e interacciones que son las redes sociales online.

Es por ello por lo que la FRA y Consejo de Europa (2018) reconocen que ciertamente el acceso de los ciudadanos a internet y, con ello, “la posibilidad de utilizar plataformas de comercio electrónico, redes sociales y blogs para compartir información personal acerca de sí mismos y de otras personas hace que sea cada vez más difícil distinguir el tratamiento de datos para actividades personales”<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> GARCIA, R. (2011). *Redes sociales online: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las Directivas de protección de datos y privacidad de las comunicaciones electrónicas)*. Revista de Derecho Político. (81), 151.

<sup>75</sup> Para mayores detalles, la autora aborda distintas cuestiones de torno a la naturaleza funcional de todos los registros de perfiles y contactos que cataloga como ficheros privados; por supuesto, con independencia de la responsabilidad sobre los datos de tráfico, localización y conservación del proveedor de servicios de comunicación en Internet. Sin embargo, al mismo tiempo la autora discute que la vocación de fuente de información pública parece estar en la esencia de estos sitios de colaboración o SRS, aunque arguye que al mismo tiempo puedan encajar en la definición legal de ficheros privados. Para la autora, las SRS viven una constante pugna o disyuntiva en torno a la exención de ámbito doméstico en el tratamiento de datos, ficheros privados y fuentes accesibles al público. Así, todas esas categorías están implicadas en el complejo entramado de contactos, datos, informaciones e interacciones que son las redes sociales online.

<sup>76</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [FRA] & el Consejo de Europa. (2018). *Handbook on European data protection law*. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. <http://doi.org/10.2811/343461>

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

frente a aquellas otras no personales. Así, más pareciera ser que la consideración o determinación sobre si ciertas actividades califican como puramente personales o domésticas “depende de las circunstancias”. Por ello, en una labor conciliadora, advierte que resulta “crucial que los usuarios sean conscientes de que subir información de otras personas sin obtener su consentimiento puede violar los derechos a la privacidad y la protección de datos de esas personas”.

Ahora, deben tomarse en cuenta ciertos matices dentro del espectro de las redes sociales. Entre tales, la principal diferencia de una RSR frente a una web es que la primera “ofrece al usuario la posibilidad de restringir a una lista limitada de contactos el acceso a los contenidos o permitir el acceso a todos los usuarios de la red” (Meguias, 2019)<sup>77</sup>. De optarse por tal segunda opción, se aplicará lo detallado líneas arriba sobre las webs.

Por ello, de la mano de lo indicado por el GT (2009) y Meguias (2019) pueden irse concluyendo **tres (3) supuestos dentro de un SRS en los que no será de aplicación la excepción del uso doméstico o personal:**

- Como se vio líneas arriba, es claro que si un usuario actúa en nombre de una empresa o de una asociación o utiliza su cuenta o perfil o una actividad dentro de la misma tiene una connotación con fines principalmente comerciales, políticos o sociales.
- Si un usuario dentro de la SRS decide (o no puede) limitar su lista de contactos al ámbito familiar o de amistad, abriendo el acceso a su perfil y contenidos a personas completamente desconocidas o si los datos de tal perfil son indexables por los motores de búsqueda. En esa misma línea, si tal usuario decidiera con perfecto conocimiento de causa ampliar el acceso más allá de los amigos elegidos para cierto contenido, entonces asumirá nuevamente las responsabilidades de un responsable del tratamiento de datos.
- Si el usuario habiendo limitado su lista de contactos y, por tanto, el acceso al círculo estrictamente familiar o de amistad, incluye entre sus contenidos datos personales de carácter sensible de alguno de ellos o de terceros. Sin embargo, en este caso, la legislación europea sí podría diferir de la local, aunque no exista a la fecha un pronunciamiento concreto al respecto<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> MEGUIAS, J. (2019). *RGPD y actividades personales en materia de protección de datos*. Persona y Derecho. 80 (2019/1), 166.

<sup>78</sup> Al respecto, si bien no se cuenta con un pronunciamiento al respecto y no debiera distinguirse donde la ley no lo hace, salvo que medien razones que justifiquen dicha distinción razonable. La DGTAIPD (2015) en la Opinión Consultiva con Oficio 570-2015/JUS/DGPDP, opinó con respecto a las excepciones al deber de obtener el consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco de los datos personales que están contenidas en el artículo 14º de la Ley de Protección de Datos Personales (2011). En dicha oportunidad la DGTAIPD (2015) indicó que en tanto el artículo 14º no distingue entre datos personales sensibles y no sensibles, entonces dicha excepción específica al deber de obtención del consentimiento abarca por completo a cualquier tipo de dato personal (sensible o no).

Así, en la misma línea el artículo 4 del Reglamento (2013) habla de la totalidad de la aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales (2011), por lo que ni en vía normativa, ni

Frente a lo anterior, en principio la actividad de los usuarios de redes sociales, incluyendo aquellos datos ajenos que son tratados por éste, se considera como actividad doméstica y personal si mantiene dicha actividad razonablemente en el ámbito de su lista de contactos al círculo más cercano. Sin embargo, como bien señala el GT29 (2009) siempre “habrá que analizar y ponderar cada caso concreto, pues ni todas las redes sociales son iguales, ni todas las que más o menos lo son ofrecen los mismos servicios” (como se cita en Meguias 2019)<sup>79</sup>. Así, siempre podrá probarse en contra y ningún argumento parece irrefutable ante tales conclusiones.

Ante los distintos matices o particularidades de las plataformas digitales, el propio Meguias (2019) pone de ejemplo que “un usuario puede publicar un tweet dirigido a sus seguidores convencido de que sus destinatarios constituyen un grupo restringido, pero la posibilidad ofrecida por la aplicación de retweetear ese mismo mensaje hace imposible que le pueda ser aplicada la excepción doméstica”<sup>80</sup>. De igual manera, otro debiera ser el análisis cuando “se crea un grupo de WhatsApp en el que los integrantes superan el círculo cercano del administrador y no existe relación entre ellos, pues los números de móviles suelen llevar asociados los datos de identificación (imagen y nombre) de los titulares de los terminales”<sup>81</sup>.

### **VIII. ¿Qué comprende el derecho de acceso?**

Como parte de la manifestación de las facultades de control previstas en el derecho a la autodeterminación informativa en vía constitución, la Ley de Protección de Datos Personales (2011) prevé que todo titular de datos personales goce de once (11) derechos. Entre ellos, los más importantes a esta investigación, el derecho de información<sup>82</sup> y el de acceso.

Así, el derecho de acceso se encuentra contenido en los artículos 19 de la Ley de Protección de Datos Personales (2011) y 61º del Reglamento (2013). Además, implica obtener información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos públicos o privados; la forma en que se recopilaban sus datos; las razones que lo motivaron; a solicitud de quién se realizó tal recopilación; las

---

jurisprudencial se ha previsto esa salvedad con respecto a los datos sensibles que reflejan la esfera más íntima de una persona. Ahora bien, cuestión distinta es si tal matiz resultara positivo, proporcional y razonable a los titulares de datos personales peruanos frente a dicho supuesto.

<sup>79</sup> MEGUIAS, J. (2019). *RGPD y actividades personales en materia de protección de datos*. Persona y Derecho. 80 (2019/1), 162.

<sup>80</sup> Inclusive, el propio Tribunal Constitucional (2019) ha reconocido que Twitter es, esencialmente, una red social. Que, eventualmente, incluya contenido oficial de agencias estatales no altera dicha esencia –y, por tanto, el carácter voluntario de las interacciones que se den en ella. Igualmente, considera que “en esta red social, predominaron las opiniones y juicios de valor, más que la información”. Pudiendo ser la información sometible a una prueba de veracidad, lo que no ocurre cuando se transmiten opiniones o juicios de valor ya que estas son eminentemente subjetivas. (Tribunal Constitucional. Expediente 0442-2017-PA/Tribunal Constitucional, Lima, Erick Américo Iriarte Ahon; 15 de agosto de 2019).

<sup>81</sup> MEGUIAS, J. (2019). *RGPD y actividades personales en materia de protección de datos*. Persona y Derecho. 80 (2019/1), 162.

<sup>82</sup> El alcance de derecho se encuentra definido en los artículos 18 de la Ley de Protección de Datos Personales (2011), el numeral 4 del artículo 12 y 60 del Reglamento (2013).

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

transferencias realizadas o previstas; la información relativa a sus datos personales<sup>83</sup>; y, todas las condiciones y generalidades del tratamiento a estos.

De igual manera, en la Opinión Consultiva 34-2020-JUS/DGTAIPD se ha concluido que este derecho nace de la “facultad de control que tiene el titular del dato personal sobre su información y, por ende, es un derecho personal que se basa en el respeto al derecho de protección de datos”<sup>84</sup>. El derecho de acceso, al igual que el resto, está concebido para materializar esa facultad de control, que la autodeterminación informativa implica.

El artículo 61 del Reglamento (2013) prevé que se tiene derecho a obtener del titular del banco de datos personales o responsable, toda la información relativa a sus datos personales, condiciones y generalidades de sus tratamientos<sup>85</sup>. Por ello, esta información debe ser extensa y abarcar todo el tratamiento realizado con respecto al titular de los datos personales independientemente de que se reciba un pedido; siendo su único límite los derechos de terceros.

Un caso práctico es la Resolución Directoral RD-044-2015-DGPDP. Aquí, se concluyó que “la información a la que podrá tener acceso el titular de los datos personales debe ser amplia y comprender la totalidad del registro correspondiente al titular del dato personal, aun cuando el requerimiento solo comprenda un aspecto de dichos datos”. Esto comprende qué datos se vienen “utilizando, cómo y de dónde fueron recopilados, para qué finalidades se recopilaron, a solicitud de quién se realizó la recopilación, con quién comparten la información, qué transferencias se realizan, en qué condiciones están tratando los datos y cuánto tiempo”. En este sentido, a pesar de que la reclamada “atendió la solicitud de acceso dentro del plazo, (...) no demuestra que cumplió con el derecho de acceso de acuerdo con la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, ya que solo indicó que la información de la reclamante la obtuvo de fuentes de acceso al público y que no realiza transferencia de sus datos personales a terceros”<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Probablemente, con la expresión: incluye a la información relativa a sus datos personales, se alude a la metadata sobre los datos personales, es decir, aquellos datos sobre los datos personales, que sirven para suministrar información sobre los datos producidos y consisten en información que caracteriza a los datos, describen el contenido, calidad, condiciones, historia, disponibilidad y otras características de los datos a los que aluden. Lo anterior permite ubicar y entender los datos tratados. Para más información ver: <https://www.geoidep.gob.pe/conoce-las-ides/metadatos/que-son-los-metadatos>

<sup>84</sup> Dirección de Protección de Datos Personales. Opinión Consultiva N° 34-2020-JUS/DGTAIPD. (14 de julio de 2020). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1745107/Sobre%20solicitud%20de%20acceso%20a%20los%20datos%20personales%20y%20acceso%20a%20la%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.pdf>.

<sup>85</sup> Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS. Reglamento del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1913756/DS-3-2013JUS.REGLAMAMENTO.LPDP\\_.pdf?v=1643315587](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1913756/DS-3-2013JUS.REGLAMAMENTO.LPDP_.pdf?v=1643315587)

<sup>86</sup> Dirección de Supervisión y Control de la Dirección General de Protección de Datos Personales. Resolución Directoral N° 044-2015-JUS/DGPDP-DS. (31 de julio de 2015). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1365972/RD-44-2015-DS.pdf.pdf>

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

De manera adicional, en cuanto a un límite que podría esbozarse en torno a tal derecho, en la Resolución Directoral 378-2017-JUS/DGTAIP-DPDP se afirmó que los datos personales de otros titulares de datos personales e información o documentos de terceros, inclusive si en estos se les alude o impacte, resultan un límite al ejercicio de este derecho, en tanto posee las siguientes características:

- a) La información solicitada debe corresponder exclusivamente a los datos personales del titular, ya que el derecho de acceso es la petición legítima del interesado a obtener información sobre sus propios datos personales y no de 'terceros', b) Si bien el derecho de acceso consiste en obtener información de los bancos de datos personales de administración privada o pública, esto no significa el acceso a documentos concretos que puedan contener información de 'terceros' como por ejemplo documentos de seguridad de la información.<sup>87</sup>

Con ello, queda en evidencia que, siguiendo la línea constitucional, **el derecho de acceso en vía legal también debe ser aplicado de manera amplia y abarcando todo el tratamiento realizado con respecto al titular de los datos personales**, incluso si tal pedido no fue pedido de manera concreta y detallada siendo en estricto el único límite, la vulneración de los derechos de terceros afectados. Así, también queda claro que en vía legal el derecho de acceso **comprende el conocer o informarse sobre la forma, fuentes y/o razones por las que se recopilaron sus datos**. Ahora bien, cuestión distinta es el determinar si ad hoc la revelación de tal información pudiera vulnerar algún derecho de un tercero en concreto. Ante lo cual, de argumentarse ello por parte de un responsable de tratamiento en la negativa a brindar tal información, siempre podrá recurrir a un procedimiento trilateral de tutela y/o a la vía judicial explorada, en ejercicio de su derecho de tutela.

## **IX. Conclusiones**

- a. Hoy en día, pese a los percances técnicos de su reconocimiento constitucional, la protección de los datos personales o la autodeterminación informativa constituye un derecho fundamental, subjetivo, autónomo, y con una función facilitadora o habilitadora de otros derechos fundamentales, tal como lo son la privacidad y la intimidad. Si bien, tal derecho comprende una serie de facultades para justamente garantizar su pleno ejercicio, tales facultades específicas no se encuentran del todo claras o concretizadas en vía jurisprudencial, ni en la fórmula constitucional del artículo 2.6 de la Constitución Política del Perú (1993). Sin embargo, mediante el recurso constitucional destinado a proteger tal derecho, el Hábeas Data, se ha enlistado de manera enunciativa más no taxativa, tanto jurisprudencial y normativamente vía el Código Procesal Constitucional, todas las

---

<sup>87</sup> Dirección de Protección de Datos Personales. Expediente N° 004-2017-PTT. Resolución Directoral N° 378-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP. (1 de septiembre de 2017). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/589686/RD-378-2017-DPDP.pdf>

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

modalidades de Hábeas Data para proteger la autodeterminación informativa.

- b. La autodeterminación informativa y, con ello, el Hábeas Data permiten ejercer control sobre la información personal contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos. Incluso, el Código Procesal Constitucional contempla múltiples disposiciones expresas en torno a garantizar la facultad de acceso, específicamente el conocer y supervisar la forma en que la información personal viene siendo utilizada por parte de otros terceros (incluyendo personas naturales), el contenido de la información personal que se almacenaría en tal banco de datos, el nombre de la persona que proporcionó el dato, el lugar donde se almacena el dato, así como el esclarecer los motivos (finalidades) que han llevado a la creación de la base de datos en donde se almacenan los datos personales.
- c. Por supuesto, la autodeterminación informativa no es un derecho irrestricto y comprende límites frente a derechos de terceros u otros bienes constitucionales en juego con los que debe armonizarse. Por ejemplo, el libre ejercicio de la libertad de información o comunicar, incluyendo el ejercicio de la función periodística, no siempre será un límite irrestricto a la autodeterminación informativa, pues pasa más por una evaluación ad hoc, caso por caso, a fin de determinar qué interés público protegido primaría en caso de existir un conflicto de intereses.

Sin embargo, un límite sí ha quedado claro en vía jurisprudencial: “toda investigación dirigida contra una persona, en cualquier nivel, acerca de sus supuestos vínculos con la supuesta comisión de los delitos de narcotráfico y terrorismo, goza de la más alta relevancia e interés público, y constituye, a todas luces, un hecho noticioso que debe ser objeto de escrutinio a través del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información”. Tal límite a su vez podría extenderse analógica y funcionalmente a otros delitos de igual o similar gravedad y trascendencia para el bienestar general, como lo son la corrupción, delitos de lesa humanidad, delitos de explotación sexual y contra menores, entre otros totalmente repudiables por nuestros cimientos democráticos y éticos.

- d. No obstante, la conclusión anterior, para otros casos donde el interés público ni el bien protegido requiere de una imposición absoluta y radical frente a la autodeterminación informativa, sí sería interesante contar con mayores mecanismos o jurisprudencia en donde se observe que las limitaciones impuestas a la autodeterminación informativa gozaron de un análisis y resultado proporcional, flexible y/o parcial. Ello, en vez de aplicar una decisión binaria y radical (sí o no) sobre todas las facultades de control del titular de los datos personales. A ello, se ha visto cómo en algunos casos de legislación comparada sí se han esbozado algunas soluciones más proporcionales, flexibles y viables para tales casos.

- e. En vía legal, la Ley de Protección de Datos Personales (2011) y su Reglamento (2013) junto con demás normativa orientativa o modificatoria constituyen el marco normativo de protección de datos personales. La anterior, posee algunas excepciones a su ámbito de aplicación previstas en su artículo 4º del Reglamento (2013), entre ellas, los bancos de datos personales creados por personas naturales siempre que tal tratamiento sea realizado para fines exclusivamente relacionados con usos domésticos, personales o relacionados con su vida privada o familiar.
- f. Tal excepción, al igual que las demás previstas en tal artículo 4º del Reglamento, deberán siempre interpretarse de manera restrictiva y no amplia para evitar vulneraciones no deseadas en la esfera de los posibles titulares de los datos personales afectados. Además, tal excepción debiera verificar dos (2) requisitos indispensables para su aplicación:
- Que el tratamiento lo realice, en principio, una persona natural, aunque puede haber casos en que una o más personas realicen el tratamiento siempre que ello no desvíe el segundo requisito.  
  
Si un tercero proporcionara los “medios” empleados para el tratamiento, y tal medio comparte un fin comercial o profesional en su funcionamiento (por ejemplo, algunas plataformas o empresas que se dedican a organizar eventos y debieran proporcionar algún servicio a una lista de invitados a un evento familiar), tal tercero y los medios empleados sí deberán cumplir con la normativa de protección de datos personales en su funcionamiento. Lo anterior, sobre todo, por cuanto la finalidad del tratamiento y, con ello, del probable encargo que realicen sí tiene una finalidad económica. Así, la excepción alcanzará estrictamente al tratamiento concreto que realice la persona natural, siempre que pueda seguirse entendiendo dentro del segundo requisito.
  - Que el tratamiento que realice tal persona natural sea justamente para un fin estrictamente doméstico, personal y/o relacionados con su vida privada o familiar.
- g. Las SRS son plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes, donde sus usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o perfil. Las SRS inclusive proporcionan herramientas que permiten a sus usuarios poner su propio contenido o generarlo en línea y funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario con los que pueden interactuar. Ante ello, y contrariamente a lo expresado por el Tribunal Constitucional (2023), una plataforma, web o un blog sin limitaciones de acceso exceden el ámbito doméstico y personal; por lo que, en tales casos los datos de carácter personal de terceros que se difundan a través de ella debieran quedar protegidos por la normativa de protección de datos personales. Por supuesto, en tanto otros

*La legítima inquietud: ¿puedo saber cómo otros usuarios de redes sociales obtuvieron mis datos personales publicados en sus perfiles?*

derechos constitucionales no primen total o parcialmente, como podría ser la libertad de información, expresión u otro interés público.

- h. Por ende, pese a lo indicado por el Tribunal Constitucional (2023), se ha visto que un usuario en una SRS, salvo que se le aplique la exención de ámbito doméstico o personal, sí podría ser considerado responsable del tratamiento de datos respecto al banco de datos personales que constituye su propia cuenta de usuario. Por su lado, el prestador del servicio online continuará siendo el responsable y titular del(os) banco(s) de datos personales creado(s) por los registros de perfiles y contactos de los usuarios e independientemente de la responsabilidad sobre los datos de tráfico, localización y conservación del proveedor de servicios de comunicación pública en Internet.
- i. Se ha visto que deben tomarse en cuenta ciertos matices o particularidades dentro del espectro de las SRS ya que ni todas las SRS son iguales, ni todas las que más o menos lo son ofrecen los mismos servicios. No obstante, se pueden esbozar algunos criterios generales de ayuda donde se estará fuera de la excepción de uso personal, doméstico y/o privado o íntimo y será aplicable la normativa de protección de datos personales:
- Si un usuario actúa en nombre de una empresa o de una asociación o utiliza su cuenta o perfil o una actividad dentro de la misma tiene una connotación con fines principalmente comerciales, políticos o sociales.
  - Si un usuario dentro de la SRS decide (o no puede) limitar su lista de contactos al ámbito familiar o de amistad, abriendo el acceso a su perfil y contenidos a personas completamente desconocidas o si los datos de tal perfil son indexables por los motores de búsqueda. En esa misma línea, si tal usuario decidiera con perfecto conocimiento de causa ampliar el acceso más allá de los amigos elegidos para cierto contenido, entonces asumirá nuevamente las responsabilidades de un responsable del tratamiento de datos.
  - Si un usuario habiendo limitado su lista de contactos y, por tanto, el acceso al círculo estrictamente familiar o de amistad, incluye entre sus contenidos datos personales de carácter sensible de alguno de ellos o de terceros. Sin embargo, en este caso, la legislación europea sí podría diferir de la local, aunque no exista a la fecha un pronunciamiento concreto al respecto.
- j. Con ello, el derecho de acceso en vía legal también debe ser aplicado de manera amplia y abarcando todo el tratamiento realizado con respecto al titular de los datos personales, incluso si tal pedido no fue pedido de manera concreta y detallada siendo en estricto el único límite, la vulneración de los derechos de terceros afectados. Así, también queda claro que en vía legal el derecho de acceso comprende el conocer o informarse sobre la forma, fuentes

y/o razones por las que se recopilaron sus datos. Ahora bien, cuestión distinta es el determinar si ad hoc la revelación de tal información pudiera vulnerar algún derecho de un tercero en concreto. Ante lo cual, de argumentarse ello por parte de un responsable de tratamiento en la negativa a brindar tal información, siempre podrá recurrirse a un procedimiento trilateral de tutela y/o a la vía judicial explorada, en ejercicio del derecho de tutela que asiste a todo titular de datos personales.

- k. Ante tal situación, algunos autores en la experiencia comparada han resaltado que resultaría deseable abordar mecanismos legales y prácticos más simples que permitieran a los usuarios de redes sociales, como responsables del tratamiento, cumplir con sus obligaciones derivadas y permitir el ejercicio de los derechos de terceros titulares de datos personales sobre todo cuando divulguen su información. Sin embargo, hasta la fecha resulta cuestionable si los usuarios de SRS siquiera conocen y/o son conscientes de la posible aplicación y obligaciones legales derivadas cuando difundan o traten datos personales de otras personas naturales. Lo anterior, sobre todo considerando que, como hemos visto, requiere de cierto nivel técnico y legal el determinar en qué supuestos específicos ello podría ocurrir. Quizás mecanismos y obligaciones más simplificadas, pero aterrizadas a las necesidades reales de usuarios en SRS y otros entornos digitales similares podrían garantizar una aplicación y protección adecuada de la autodeterminación informativa, y evitando así el incumplimiento masivo del régimen de protección de datos personales que vendría existiendo.
- l. Así, respondiendo a la pregunta de este artículo, puede concluirse que los titulares de datos personales sí tienen derecho a exigir, en vía constitucional y normativa, el conocer la fuente de obtención de sus datos personales que sean publicados por usuarios de SRS en sus propias cuentas de perfil, salvo que mediaran las excepciones detalladas anteriormente. Particularmente, en el caso estudiado del Expediente 0134-2003-HD/TC, el Tribunal Constitucional debió dilucidar si la información personal de un tercero que fue difundida por un usuario de Facebook calificaba dentro del ámbito de uso doméstico o personal y/o privado o íntimo; y/o, en caso de no calificar dentro de tal excepción, si mediaba algún interés público o derecho de tercero que primara frente a la autodeterminación informativa del demandante (como podría haber sido la libertad de información u otros). Sin embargo, tal análisis nunca fue abordado.