

CONTRATACIONES DEL ESTADO

Lo que todo proveedor debe saber

Págs. 3, 4 y 5 Juan Carlos Morón - Zita Aguilera



Pág. 2
IMPULSO PARA LAS MYPES. Alcances de la nueva Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada. **Franklin Leandro Herrera.**

Págs. 6-7
GARANTÍA PROCESAL. Principio de doble conformidad penal desde una perspectiva regional. **Jorge Torres Manrique - José Cornejo.**

Pág. 8
COMPETITIVIDAD. Medidas para la mejora regulatoria en el Perú y la implementación del Decreto Legislativo 1448. **Jean Paul Calle.**

LA SOCIEDAD
POR ACCIONES
CERRADA
SIMPLIFICADA

Instrumento para la formalización



FRANKLIN
LEANDRO **HERRERA**

**Profesor de la Universidad
ESAN y UPC.** Abogado por la
PUCP y Máster en Finanzas y
Derecho Corporativo por ESAN.

El Poder Ejecutivo publicó el Decreto Legislativo 1409 (en adelante, D. Leg. 1409), norma que tiene por objetivo promover la formalización y la dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa, creando un nuevo régimen societario alternativo, denominado la Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (en adelante, SACS).

Este nuevo tipo de sociedad mercantil tiende a generar más de una diversificación de nuevos esquemas societarios, al ser un elemento adicional al régimen normativo fijado por nuestra

Ley General de Sociedades (en adelante, LGS).

Como lo indica el mismo D. Leg. 1409, la creación de la SACS tiene por finalidad promover una alternativa de formalización de actividades económicas solo de las personas naturales; es decir, se prohíbe la participación de personas jurídicas para este tipo de sociedad mercantil y de esta forma, impulsar el desarrollo productivo y empresarial de la micro, pequeña y mediana empresa.

Disposiciones

La SACS se constituye como la Sociedad Anónima Cerrada, es decir, por minuta o documento privado de dos o hasta 20 accionistas, pero que deben ser personas naturales. A diferencia de la Sociedad Anónima Cerrada que está regulada en la Ley General de Sociedades, esta última sí establece la posibilidad de incluir a personas jurídicas como accionistas y en ella el concepto de responsabilidad limitada se halla más reforzada.

No obstante, en la SACS se establece que los accionistas son responsables económicamente hasta por el monto de sus respectivos aportes,

LA SOCIEDAD POR ACCIONES CERRADA SIMPLIFICADA (SACS) SE CONSTITUYE COMO LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, ES DECIR, POR MINUTA O DOCUMENTO PRIVADO DE DOS O HASTA 20 ACCIONISTAS, PERO QUE DEBEN SER PERSONAS NATURALES.

salvo en los casos de fraude laboral cometido contra terceros y sin perjuicio de la legislación vigente en materia de obligaciones tributarias. Al respecto, el concepto de fraude laboral no se ha incluido en la LGS para las sociedades anónimas, por lo que el Reglamento del D. Leg. 1409 debe definir en qué casos se articula este concepto toda vez que podría entenderse, desde el punto de vista judicial, que el contar con deudas laborales por imposibilidad de pago del empleador puede entenderse como fraude laboral.

En este caso, en vez de ser un instrumento para promover la formalización de las mypes, sería una herramienta que genere lo contrario o que, simplemente, siempre acudan al régimen tradicional de la Sociedad Anónima regulado en la LGS.

La diferencia que permite servir como una bondad de este régimen es que el documento privado de constitución de la empresa ya no requiere pasar por un trámite notarial, es decir, ya no es necesario una escritura pública, sino que se implementa por primera vez el uso del Sistema de Intermediación Digital de Sunarp. En este caso, el documento constitutivo será electrónico, firmado digitalmente por los accionistas fundadores, el título es suficiente para calificar e inscribir la constitución de la SACS en el registro de Personas Jurídicas de la Sunarp; además de otorgarle en automático la asignación del Registro Único de Contribuyentes.

Esta fase es la diferenciadora sobre los regímenes societarios tradicionales, de brindarle a las mypes una plataforma tecnológica ágil y menos onerosa al no pasar por la formalidad notarial.

Consideramos que no era necesario constituir un nuevo régimen societario, toda vez que hubiese sido más amigable, darle a toda sociedad mercantil que tenga por finalidad inicial ser una mype, el camino de implementación con esta herramienta sistémica, antes de crear un nuevo tipo societario, de forma adicional a la establecida en la LGS.

De igual forma, como característica particular para la constitución de la SACS, la norma indica que la Sunarp, una vez producida la inscripción de la sociedad, debe comunicar a la UIF la relación de los accionistas fundadores y el monto aportado como capital social.

Este requisito de operatividad de la SACS es nuevo para el país, porque a una persona natural la llena de procedimientos informativos, elemento que no tiene ninguna sociedad anónima en el país.

En conclusión, este nuevo decreto legislativo tiene un noble objetivo de conseguir un mejor esquema de incentivo para formalizar a las mypes; sin embargo, consideramos que el reglamento debe desarrollar los conceptos que sean necesarios para que haya tenido sentido la creación de una modalidad societaria mercantil en el Perú. ▀

IMPACTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444

La Ley de Contrataciones del Estado



JUAN CARLOS MORÓN

Abogado. Socio del Estudio Echeopar asociado a Baker & McKenzie International.



ZITA AGUILERA

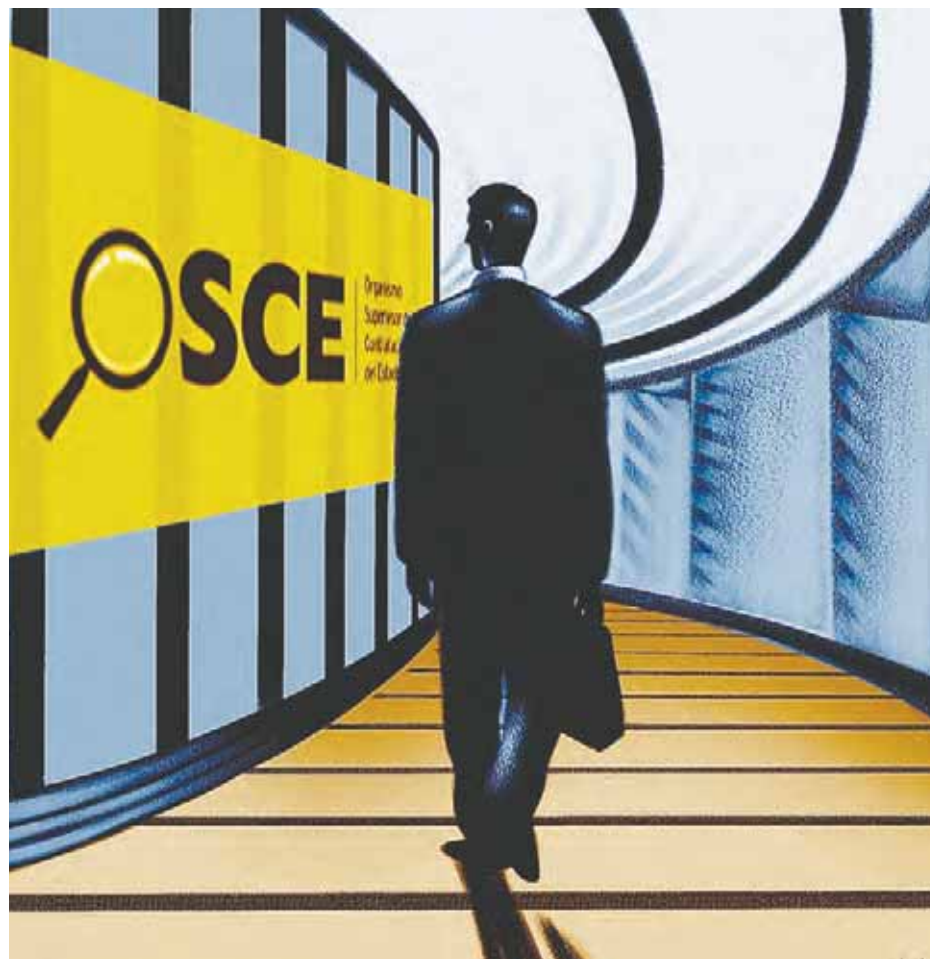
Abogada. Socia del Estudio Echeopar asociado a Baker & McKenzie International.

Por Decreto Legislativo N° 1444 se modificó la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (LCE), a fin de impulsar la ejecución de políticas públicas nacionales y sectoriales mediante la agilización de los procesos de contratación; así como para fortalecer el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Central de Compras Públicas-Perú Compras, con el objetivo de fomentar la eficiencia en las contrataciones.

Las modificaciones entrarán en vigencia a los 30 días calendario de publicado el reglamento, para lo cual se cuenta con 90 días hábiles. Los cambios se aplicarán para los procedimientos de selección que se convoquen a partir de su entrada en vigencia. Solo la primera (supletoriedad de normas administrativas), tercera (procedimiento sancionador), cuarta (contratos de Estado a Estado), quinta (arbitraje institucional), sexta (prácticas anticompetitivas de proveedores), octava (adecuación del régimen de Petroperú) y novena (Plan de homologación de Perú Compras) disposiciones complementarias finales entraron en vigencia el pasado 17 de setiembre, y son aplicables a los procedimientos de selección que se convoquen a partir de dicha fecha.

Se creó también el Sistema Nacional de Abastecimiento (Decreto Legislativo N° 1439).

Las disposiciones de la LCE objeto de modi-



ficación son los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 34, 38, 40, 41, 44, 45, 49, 50, 52, 58, 59 y Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225, en los siguientes términos:

Ámbito de aplicación

Se excluye del ámbito de aplicación de la LCE a las sociedades de beneficencia pública (artículo 3). En forma expresa también procederá con los contratos de asociaciones público-privadas y proyectos en activos, regulados en el Decreto Legislativo N° 1224 y Decreto Legislativo N° 674, o normas que lo sustituyan; y a las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales (artículo 4).

Para el caso de las contrataciones que realiza el Estado Peruano con otro Estado, supuesto excluido del ámbito de aplicación de la LCE pero sujeto a supervisión de OSCE, se establece que el Estado puede ejecutar las prestaciones mediante sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras.

Se establece que estas contrataciones pueden tener por objeto la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación, y que se regulan bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional.

Los contratos de Estado a Estado deben ser autorizados mediante decreto supremo refren-

Los organismos internacionales

Se establece la posibilidad de encargar, excepcionalmente, a organismos internacionales debidamente acreditados las actuaciones preparatorias y/o procedimientos de selección, previa autorización expresa.

Estos procedimientos de selección deben ser acordes con los principios que rigen la contratación pública y con los tratados o compromisos internacionales que incluyen disposiciones sobre contratación pública suscritos por el Perú (artículo 6).

El reglamen-

to, además, desarrollará los requisitos que deben cumplir los objetos contractuales y demás condiciones para efectuar el encargo.

Se establece que el convenio que suscriba la entidad y el organismo internacional debe obligar al organismo internacional a remitir la documentación de la ejecución del convenio, y que esta información debe ser puesta en conocimiento del OSCE y de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, cuando estos lo soliciten.

dados por el titular del sector correspondiente, declarando de interés nacional el objeto de contratación, la cual debe cumplir con las siguientes condiciones: (i) indagación de mercado que permita identificar a los posibles Estados que puedan cumplir con lo requerido por el Estado peruano; (ii) informe técnico-económico que compare las condiciones ofrecidas por los Estados interesados y evidencie las ventajas para el Estado peruano de contratar con otro Estado; (iii) informe de la oficina de presupuesto o la que haga las veces del sector correspondiente, que señale que se cuenta con el financiamiento necesario para dicha contratación, salvo que se requiera concertar una operación de endeudamiento, en cuyo caso debe estar contemplada en el Programa Anual de Endeudamiento del año respectivo; (iv) declaratoria de viabilidad y/o aprobación en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, cuando corresponda.

Los contratos o convenios pueden incluir cláusulas que contemplen: i) plan de transferencia de conocimientos relacionados con el objeto del acuerdo; ii) plan para el legado del país; iii) compromiso de implementar una Oficina de Gestión de Proyectos (PMO) cuando el objeto incluya la gestión de proyectos; y, iv) la obligación de remitir la documentación referida a la ejecución del contrato o convenio por parte del otro Estado, que debe ser puesta en conocimiento del OSCE y de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, cuando estos lo soliciten.

Si la contratación tiene como objeto la adquisición de bienes, la entrega puede realizarse en zona primaria o en el lugar que los gobiernos contratantes convengan. Si el objeto de contratación es un servicio este se realiza en el lugar donde las partes contratantes convengan.

Prácticas anticompetitivas

Se dispone que cuando la entidad, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) para que, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables, y esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables, a fin de asegurar la eficacia de la investigación (artículo 14).

Cuando el Indecopi determina una infracción a dicha ley, calificada como muy grave y la sanción quede firme, el OSCE procede a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado por el plazo de un año (sexta disposición complementaria final).

Requerimientos y responsabilidades

Se suprimió la referencia al momento (primer semestre), a partir del cual cada entidad debe programar su cuadro de necesidades, y se exige la publicación del Plan Anual de Contrataciones en el portal institucional de la respectiva entidad (artículo 15).

Se identifica al área usuaria como la responsable de fijar los requisitos de calificación (artículo 16). Además, se indica que el reglamento establecerá los mecanismos que podrán utilizar las entidades para la difusión de sus necesidades, con la finalidad de contar con mayor información para optimizar los requerimientos.

El requerimiento puede incluir que la prestación se ejecute bajo las modalidades de concurso oferta, llave en mano u otras que se establezcan en el reglamento.

Se indica que son los ministerios los que están facultados para uniformar los requerimientos en el ámbito de sus competencias a través de un proceso de homologación (artículo 17).

Otras disposiciones sobre actos preparatorios del proceso de selección se refieren a lo siguiente: (i) se suprimió la posibilidad de emitir una constancia de previsión de recursos correspondientes al valor referencial, según la programación del Proyecto de la Ley de Presupuesto del año siguiente, para aquellos procesos de selección cuya convocatoria se realice dentro del último trimestre de un año fiscal (artículo 19); y, (ii) se fija la obligación de usar la ficha técnica, que determina las características de los bienes y servicios commodities, incluso en aquellas contrataciones que no estén bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación, además de la subasta inversa.

La solución de controversias

La norma también regula aspectos de la solución de controversias en ejecución contractual. Así:

Se establece que el inicio del procedimiento de solución de controversias no suspende o paraliza las obligaciones contractuales de las partes, salvo que la entidad disponga lo contrario, de acuerdo con el plazo y condiciones establecidos en el reglamento (artículo 45.2).

Se indica que durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de

proseguir con la controversia, atendiendo el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se podrá solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces (artículo 45.12).

Se prevé que para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el OSCE o el que haga sus veces.

Además, para la designación residual del presidente del tribunal arbitral en una entidad arbitral o ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros (artículo 45.16).

El laudo arbitral solo se debe notificar por el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), y ya no en forma personal (artículo 45.21).

Se establece que las entidades solo pueden iniciar la acción judicial de anulación de laudo previa autorización del titular de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad; esta facultad es indelegable. Para ello, se realiza el análisis costo-beneficio, atendiendo el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir

la anulación. De igual modo, constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida (artículo 45.23).

Se suprimió el requisito que, tratándose de ministerios, la autorización para iniciar la acción judicial de anulación del laudo sea aprobada por el titular del sector.

Se impone también a los árbitros la obligación de registrar en el Seace la información que fije el reglamento y la que requiera el OSCE (artículo 45.33).

Mediante decreto supremo se establecerá la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales (quinta disposición complementaria final).



Contrataciones directas

► En lo que respecta a los supuestos de contratación directa (artículo 27), se efectúan las siguientes modificaciones:

► Inciso c), se permite contratar por desabastecimiento inminente los servicios de operación y mantenimiento de redes de infraestructura de telecomunicaciones financiadas por el Estado.

► Inciso j), se precisa que el arrendamiento de bienes inmuebles puede incluir el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del predio, conforme lo que disponga el reglamento.

► Inciso k), se prevé la contratación de servicios especializados de asesoría legal para la defensa de las entidades en procesos arbitrales o judiciales.

► Inciso l), establece la posibilidad de contratar directamente, cuando exista la necesidad urgente de la entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44, incluso en el caso de que haya existido un solo postor en el procedimiento de selección de donde proviene el contrato resuelto o declarado nulo.

Puede invocarse esta causal para la contratación de la elaboración de expedientes técnicos de saldos de obra derivados de contratos de obra resueltos o declarados nulos conforme a lo indicado en el párrafo anterior.

Las modificaciones al contrato

► Enuncia los supuestos de modificación del

contrato: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la ley y el reglamento (artículo 34.1).

► Se indica que la autorización del titular de la entidad para que se ejecuten adicionales de obra, por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra, y que no son responsabilidad del contratista, mayores al 15% y hasta por 50% del monto originalmente contratado, procede siempre que se cuente con los recursos necesarios, requiriéndose para la ejecución y pago la autorización previa de la Contraloría General de la República (artículo 34.5).

► Para el cálculo del 15% de los adicionales de supervisión, solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra (artículo 34.8).

► Se indica que cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes

pueden acordar otros cambios al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el titular de la entidad (artículo 34.10).

► Tratándose de ejecución de obras, la entidad puede solicitar en los documentos del procedimiento que el contratista constituya un fideicomiso para el manejo de los recursos que reciba a título de adelanto, a fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente (artículo 38.3).

► Se prevé que en los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra, la responsabilidad del contratista alcanza a errores, deficiencias o vicios ocultos, y puede ser reclamada por la entidad por un plazo no menor de tres años después de la conformidad de obra otorgada por la entidad (artículo 40.3).

► En los contratos de consultoría para la supervisión de obra, la entidad determina el plazo para reclamar su responsabilidad, el cual no puede ser inferior a siete años después de la conformidad de obra otorgada por la entidad.

Nulidad de oficio del contrato

Se prevén las siguientes causales de nulidad de contrato (artículo 44.3):

► Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa para la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilicen los métodos de contratación previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se emplee un método de contratación distinto del que corresponde.

► Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, este, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

Se establece, además, que la nulidad del procedimiento y del contrato ocasiona la obligación de la entidad de efectuar el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar, y que el titular de la entidad puede autorizar la continuación de la ejecución del contrato, previo informes técnico y legal favorables que sustenten tal necesidad. Esta facultad es indelegable (artículo 44.4).

Mientras que cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, esta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la ley; es decir, mediante la interposición del recurso de apelación (artículo 44.7). ►

Más cambios

► Corporativas

Se precisa que las compras corporativas se deben efectuar mediante un procedimiento de selección único, a fin de alcanzar condiciones más ventajosas para el Estado mediante la agregación de demanda.

► Nulidad

Se establece que la competencia para declarar la nulidad de oficio es del titular de la entidad e indelegable, al igual que la aprobación de las contrataciones directas, salvo lo dispuesto en el reglamento. Asimismo, se indica que el reglamento establecerá otros supuestos en los que el titular de la entidad no puede delegar la autoridad otorgada.

► Selección

Se menciona expresamente al comité de selección como el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria mediante determinada contratación.

► Inspectores

Se prevé que para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores en tanto se contrata la supervisión.

► Ofertas

Se fija que se rechazarán las ofertas por debajo del 90% del valor referencial en el caso de ejecución o consultoría de obras.

► Acuerdo

Se determina que serán las reglas especiales del procedimiento de cada acuerdo marco las que definirán el monto a partir del cual el uso de catálogos electrónicos es obligatorio.

► Seguros

Se dispone que cuando se declare desierto un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de seguros patrimoniales, la entidad puede utilizar el procedimiento que determine el reglamento para los procedimientos declarados desierto o lo previsto en el literal f) del artículo 5 de la presente ley.

► Apelación

El recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la buena pro o después de publicado los resultados de adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco. El reglamento señala el procedimiento, requisitos y plazo de presentación y resolución.



EL PRINCIPIO DEL DOBLE CONFORME DESDE LA EXPERIENCIA REGIONAL

La garantía procesal



JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

Abogado UCSM (Arequipa).
Doctorados en Derecho y Administración UNFV (Lima). Docente Principal en WorldWide Legal Consulting de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA).



JOSÉ SEBASTIÁN CORNEJO AGUIAR

Abogado UI Sek (Quito).
Candidato a Master en Derecho Penal por UASB (Quito). Evaluador de la Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion, Universidad de la Sabana (Bogotá).



El derecho a recurrir

Es necesario explicar lo que es el derecho a recurrir, que se refiere al artículo antes enunciado, el mismo que haciendo una necesaria correlación de este con lo que se conoce como el derecho de acción y contradicción, en virtud de llevar al proceso mediante el principio de la segunda instancia, pretende que la acción se ejercite a cabalidad.

Es decir, se entendería como la relación existente entre los tribunales de distinto grado, que no es propiamente jerárquica pues no existe poder de supremacía ni deber de subordinación entre unos y otros en el ámbito del ejercicio de la función materialmente jurisdiccional, basándose la revisión judicial por otro tribunal exclusivamente en un control técnico ideado por el legislador. En donde

en ocasiones al ser tan importante esta decisión se vulneran derechos. Por tanto el derecho a recurrir es muy importante ya que pretende corregir el error judicial cometido, además, es entendido como un medio procesal denominado doble grado, o doble instancia. Esto deja a relucir que el interés para recurrir se basa en una pretensión de que el juez ha violado la ley, al negar el cumplimiento de ciertos aspectos, por ende se solicita, bajo pedido, se corrija el fundamento legal por parte del superior. Mediante la debida interposición del recurso, la cual es muy importante ya que la sentencia si bien es cierto una es entendida como un silogismo lógico, debido a que posee un criterio estructural compuesto de premisa mayor, premisa menor y conclusión, que

estaría siendo sometida a una nueva revisión por parte de un órgano superior. Así, este derecho a recurrir es una innovación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, que en su artículo 76 núm. 7 literal l menciona “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”, es decir este derecho consagrado como una garantía básica al debido proceso, nos permite recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, no obstante debemos mencionar que este derecho ya se encontraba reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 8.2.h que menciona “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

modificado por el Decreto Legislativo N° 1067 –Decreto Supremo N° 013-2008-JUS– en referencia a los medios impugnatorios y recursos, que: “En los casos a que se refiere el artículo 26 no procede el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión”.

Entonces, es de verse que lógicamente lo que se pretende es evitar que se interponga el recurso de casación de manera indiscriminada, cuando ha habido igual criterio, confirmado el parecer judicial o lo que es igual, logrado la doble conformidad en dos instancias. Ergo, no tendría sentido recurrir a la Corte Suprema.

Es así, que el principio de doble y conforme se configura en sede contenciosa administrativa, esto es, con la finalidad de impedir que se utilice la casación como tercer mecanismo procesal. Y a propósito, queda claro que dicho principio no resulta ser unimismable al principio de doble instancia o pluralidad de instancia.

La vigencia del principio de doble conformidad comporta, pues, una quintaesencia basililar como capital. Esto, en tanto que garantiza la salvaguarda de los derechos fundamentales: i) al debido proceso, ii) seguridad jurídica, iii) doble instancia, iv) legalidad, v) defensa, vi) cosa juzgada, vii) legitimidad; entre otros.

Mención aparte requiere acotar, que la observancia del principio de doble conformidad, requiere de un cuidado sumo o a fortiori. Ello, en razón de que se trata de garantizar en sede casatoria o suprema, el amparo de los derechos fundamentales referidos, puesto que es de entenderse que la jurisprudencia o el juzgar prudente, resulta ser más estricta que las decisiones de primera o segunda instancia. Y ello se logra, cuando se ampara una casación al determinarse que no se configuró el principio de doble conformidad. Y, así también, al desestimarse cuando dicho principio quedó amparado en la jurisdicción ordinaria.

La experiencia peruana

Empero, como tiene que corresponder en las demás ramas del derecho adjetivo, esto es, la aplicabilidad del principio de doble conforme, en la presente entrega, toca revisar si lo propio acontece en el proceso penal peruano.

Tenemos que respecto del principio de doble y conforme, el literal d), inciso 1, del artículo 428, del Nuevo Código Procesal Penal, en relación a la desestimación, esto es, que advierte que la Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando: “el recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si esta fuera confirmada

El principio de la “doble conforme” es de origen canónico (y se mantiene hasta hoy en el ordenamiento de la Iglesia: v. inciso 1 del canon 1641 del Código de Derecho Canónico) e irradió su influencia sobre la “jurisdicción secular” como “método” para limitar el número de apelaciones posibles. En el derecho histórico español regía el principio de la “triple conforme” (1).

Luego, tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), utilizó primigeniamente la denominación de derecho de doble conforme, en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (Sentencia de 17/11/09), párrafo 129, 2009, señalando: “La Corte es consciente que el señor Barreto Leiva cumplió con la pena que le fue impuesta. Sin embargo, los perjuicios que una condena encierra todavía están presentes y este Tribunal no puede determinar que los mismos son consecuencia de una condena legítima o no. Esa es una tarea del Estado (supra párr. 24) que aún no ha sido cumplida, ya que todavía está pendiente el doble conforme”.

Así en el mencionado caso, la Corte IDH dictó importante derrotero a seguir, señalando que no podía validarse el cumplimiento de una condena, cuando la sentencia correspondiente no fue apelada en su momento y como consecuencia de ello, se haya tenido dos fallos judiciales adversos. Por ello, afirmó que ameritaba el cumplimiento de lo prescrito por el principio de doble conformidad penal.

Por principio de doble conforme o doble y conforme, debemos entender, en atención del artículo 35 inciso 3, in fine del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo,

por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación?

No obstante, pongámonos en el supuesto de que la norma legal adjetiva penal no contemplase el principio de doble conformidad. ¿Dicho principio no podría ser aplicado en sede procesal penal?, ¿y de igual modo en las demás sedes procesales?

Al respecto, tenemos que el inciso h, del apartado 2, del artículo 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sobre las garantías judiciales, establece el: "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

En consecuencia, consideramos que al encontrarse amparado en las referidas normas convencionales, el principio de doble conformidad tiene correlato constitucional. Por lo cual, es de aplicación no solo en sede penal, sino en la totalidad de ramas del sistema jurídico peruano.

El aporte ecuatoriano

Este es un tema de gran trascendencia porque se trata de una garantía que se sustenta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, inciso 5, permitió el desarrollo del derecho del imputado o procesado a impugnar la sentencia condenatoria; y, la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 8.2.h establece el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior; instrumentos que han generado el doble conforme.

Lo cual nos da a entender sin lugar a dudas que el derecho al recurso contra el fallo condenatorio en materia penal (doble conforme o doble conformidad judicial), como ha sido llamado por la doctrina, es una garantía básica y mínima que todo Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha obligado a respetar y garantizar en la legislación interna. [2]

Esta garantía impacta necesariamente en la forma en que se estructura los procedimientos penales, en la medida que todo fallo o sentencia de naturaleza condenatoria habilita al imputado o acusado para ejercer ante un juez o tribunal superior el recurso o control formal y material respecto del fallo para revisar la justicia del mismo. Como se trata de una obligación internacional de los Estados parte y su incumplimiento es una violación de los derechos contenidos en la convención, es de suma importancia verificar el nivel de cumplimiento o adecuación de las legislaciones internas.

Lo cual implica manifestar que en la conceptualización no existe claridad, pues en ocasiones se confunde con el principio de doble instancia, y se lo relaciona con la casación, por lo que para lograr una mejor comprensión, se debe precisar su alcance y sobre todo a quién o quiénes ampara.

Debido a que la garantía del doble conforme está dirigida a favor del sentenciado cuya finalidad es impedir la ejecución de la pena, sin que un ente superior confirme



la legalidad de la condena, coincidiendo o discrepando con la sentencia, lo cual le otorga mayor seguridad y tutela mediante una doble verificación que consiste en la valoración de la prueba, según sea el tipo de recurso que se plantee, o de la aplicación, interpretación de la norma sustantiva o adjetiva.

Tal es así que la Constitución de la República del Ecuador otorga la facultad de impugnar decisiones judiciales, a fin de garantizar la seguridad jurídica principalmente fundada en la legalidad que guía al proceso penal como medio de realización de la justicia la que debe responder a sus principios fundamentales

como legalidad, mínima intervención penal y motivación.

En razón de que la doble instancia es un derecho fundamental que tiene únicamente el imputado, mientras que la doble conformidad es una decisión legislativa que busca dotar de seguridad jurídica a los intervinientes del proceso, por otra parte, las sentencias han dejado claro que la doble conformidad se encuentra totalmente apegada a la Constitución.

Siendo en tal sentido que el principio de doble instancia o doble conforme, una máxima o axioma procesal que se fundamenta en establecer una jerarquía judicial, como regla

ES DE VERSE QUE LÓGICAMENTE LO QUE SE PRETENDE ES EVITAR QUE SE INTERPONGA EL RECURSO DE CASACIÓN DE MANERA INDISCRIMINADA, CUANDO HA HABIDO IGUAL CRITERIO, CONFIRMADO EL PARECER JUDICIAL O LO QUE ES IGUAL, LOGRADO LA DOBLE CONFORMIDAD EN DOS INSTANCIAS, ERGO, NO TENDRÍA SENTIDO RECURRIR A LA CORTE SUPREMA.

general, de que todo juicio sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía. El principio se estructura básicamente como fuente de la impugnación a una sentencia no ejecutoriada y en función al principio de igualdad ante la ley o de paridad entre las partes; se formula para brindar la seguridad jurídica a la parte que piense que el fallo de instancia afectará sus derechos. En consecuencia, a lo alegado, es una herramienta del debido proceso para hacerlo efectivo.

Principio que en el Ecuador, al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, que invoca una necesaria supremacía constitucional como arma imperativa a nuestro ordenamiento jurídico, es necesario aplicarlo mediante una función llamada judicial que, según el artículo primero del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que serán los jueces quienes deben seguir los múltiples principios que los establece la Constitución, los tratados internacionales y la ley, entre los cuales sin lugar a dudas se encuentra el contenido en el artículo 76.7, literal m de la Constitución de la República del Ecuador, como garantía normativa y que consiste en recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre un derecho, lo cual nos faculta el doble conforme y la casación.■

[1] ARIANO DEHO, Eugenia. En la búsqueda de nuestro "modelo" de apelación civil. En línea: recuperado en fecha 07/08/18 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/viewFile/2439/2391>, Lima, p. 02.

[2] Gabriel Jaime Salazar Giraldo, «La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal», Revista Ratio Juris Vol 10 N°21, 2015, <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/viewFile/21/56>, p.7.

MENOS CARGA ADMINISTRATIVA PARA EL CIUDADANO

Por la mejora de la calidad regulatoria

JEAN PAUL CALLE

Director ejecutivo de Smart Regulation Peru.



con los actores interesados o potencialmente afectados y con la suficiente anticipación. Tampoco se usan las evaluaciones ex post para verificar si las regulaciones vigentes lograron sus objetivos de política pública de manera efectiva.

Ello ciertamente es un problema que aqueja a las entidades públicas, pero se agudiza en el caso de los gobiernos locales y regionales, en los que la existencia de regulaciones excesivas y disfuncionales, la falta de consistencia en la aplicación de las normas, los tramitomanías, y la carencia de adecuadas inspecciones o su ejercicio abusivo suelen crear, además, espacios propicios para la corrupción.

En este contexto, el Decreto Legislativo 1448 busca paliar esta problemática al incorporar como instrumentos de la mejora regulatoria el análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post, la consulta pública, las revisiones y derogaciones normativas, entre otros. Estos sirven para limpiar el stock regulatorio vigente y controlar el flujo de nuevas regulaciones, asegurando que las decisiones normativas se basen en evidencia, previa evaluación de sus posibles impactos y cargas regulatorias y con la participación ciu-

LA MEJORA REGULATORIA NO SE LOGRA PORQUE LA LEY LO DICE. ES NECESARIO INTERIORIZARLA EN LA CULTURA ORGANIZACIONAL, ASÍ COMO ESTABLECER PLANES DE CAPACITACIÓN PERMANENTE Y LINEAMIENTOS CLAROS PARA LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS.

Impacto

■ El Decreto Legislativo 1448 incorpora el concepto de mejora de la calidad regulatoria y se señalan sus principales instrumentos de simplificación administrativa, análisis de la calidad regulatoria de procedimientos administrativos, análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post, consulta mediante sus diversas modalidades, costo de la regulación y de trámites, y depuración y revisiones del inventario normativo.

■ Incluye que como resultado del Análisis de la Calidad Regulatoria (ACR) las entidades públicas deben adecuar y depurar las disposiciones normativas que establecían aquellos procedimientos administrativos eliminados, emitir disposiciones simplificadoras para eliminar requisitos, publicar el listado de los procedimientos administrativos eliminados y de los procedimientos administrativos ratificados y sus requisitos.

El Poder Ejecutivo acaba de publicar el Decreto Legislativo 1448, por el cual se introducen disposiciones para la mejora regulatoria en el ámbito de la administración pública. Con ello, el Gobierno busca alinearse a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) contenidas en su *Estudio sobre política regulatoria de Perú* del 2016.

La OCDE diagnosticó que nuestras normativas (incluidas las leyes) no obedecen a criterios de calidad regulatoria, toda vez que no se evalúa ex ante los posibles impactos de las normas en la economía, la sociedad, el medioambiente o en la competencia, ni se hace un adecuado análisis costo-beneficio. No se consulta sistemáticamente

dadana. A ello, se suma la evaluación periódica de la efectividad y eficiencia de esas decisiones para contribuir, de esta forma, a la permanencia de un entorno regulatorio saludable en beneficio de los ciudadanos y empresas.

Estos son estándares que deberían aplicarse de manera transversal en los tres niveles de gobierno y en los tres poderes del Estado. La reciente Ley de Mejora Regulatoria en México da cuenta de ello. Al parecer, esa sería la intención del decreto legislativo cuando señala que la mejora de la calidad regulatoria es un proceso que recae sobre la “función normativa del Estado”, es decir, cuando la “Administración Pública” decide utilizar la regulación como instrumento para alcanzar un objetivo de política pública. No obstante, es necesario aclarar el alcance en las normas reglamentarias.

Por otro lado, hubiera sido importante explicitar la necesidad de mejorar de manera integral el “ciclo de gobernanza regulatoria”. Es decir, no solo poner estándares de calidad a las etapas de formulación normativa y de evaluación ex post, sino también crear estándares para el planeamiento regulatorio, conectando todo ello con la etapa de implementación y “enforcement”.

Aún queda espacio para la adecuación reglamentaria. Solo esperamos que no se pierda de vista que la mejora regulatoria no se logra porque la ley lo dice. Es necesario interiorizar la mejora regulatoria en la cultura organizacional, así como establecer planes de capacitación permanente y lineamientos claros para la aplicación de los instrumentos. Para lograr la mejora continua y sostenible de nuestro entorno regulatorio, tenemos que cambiar el chip de los servidores públicos. Esto se logra convirtiéndolos en agentes de cambio. ▀

