

# jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº  
725

## HOSTIGAMIENTO SEXUAL Pautas legales para sancionar estas agresiones

Págs. 4-5 César Puntriano Rosas

**Págs. 2-3**

**Meritocracia e integridad.**

La JNJ y su impacto en el deber constitucional de resguardar al Poder Judicial.  
Gustavo Gutiérrez Ticse

**Págs. 6-7**

**Investigación.** La transacción en materia tributaria. Aportes para la promoción del acuerdo de voluntades entre el contribuyente y la Sunat. Cecilia Campaña Martino

**Pág. 8**

**Nuevos retos.** Tiempos del compliance arbitral, a propósito de la conferencia internacional Women in Arbitration. María Alejandra Quintana Gallardo

**IMPACTO EN EL DEBER CONSTITUCIONAL DE RESGUARDAR AL PODER JUDICIAL**

# Junta Nacional de Justicia: meritocracia e integridad



**GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE**

**Constitucionalista.**  
Profesor de derecho constitucional de la Universidad de San Martín de Porres y Universidad Privada Antenor Orrego.

La Junta Nacional de Justicia (en adelante JNJ) se edifica sobre el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), por lo que se trata, a primera vista, de un cambio más nominal que sustantivo. Se inspira en el sistema profesionalizado de selección de magistrados construido en Europa, a la sazón de las constituciones francesa (1946) e italiana (1948).

Guarda sintonía, entonces, con el modelo comparado, y en lo que lo distingue acaso en el fondo es en la sustitución de la variante peruana, que había permitido darle mayor pluralismo a su composición en aras de afirmar un modelo altamente deliberativo.

En efecto, el CNM ha estado compuesto no solo por especialistas en materia jurídica, sino también por profesionales de otras disciplinas. Todos ellos elegidos, más que por criterios meritocráticos y de consideraciones éticas, por razones de representatividad. Así, por ejemplo, el delegado del Colegio de Abogados era elegido con base en los votos. Lo mismo ocurría con el representante de los otros colegios profesionales.

La idea esencial del CNM era evitar toda



conexión política de este órgano para que no hubiera riesgo de politización. Mientras que en el modelo comparado estos consejos mantienen dicha conexión política, en tanto y en cuanto sus integrantes continúan siendo elegidos por los poderes de Estado; en el caso peruano, el CNM no tenía ninguna conexión más que con los propios estamentos corporativos de donde nacía su fuente de poder.

Esta fórmula la hacía interesante en razón de que afianzaba una fórmula más democrática. Hay que recordar que hace unos años atrás un informe comparativo de los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú concluía aseverando que “en ninguno de los cinco países existen representantes de la sociedad civil en la integración de los Consejos de la Magistratura. El único matiz que vale rescatar es el caso de Perú [...]”.

Lamentablemente, este auspicioso CNM no funcionó del todo. Una opción atendible hubiera podido ser la de cualificar a sus integrantes mediante la adición de requisitos meritocráticos y de integridad, pero preservando su matiz pluralista. Pero el constituyente optó por cerrar esta apertura al pluralismo y reconducir su diseño hacia un modelo altamente técnico.

### Comisión especial

En esa perspectiva, la reforma establece una comisión especial del más alto nivel compuesta por dignatarios bajo la presidencia del defensor del Pueblo e integrada por el presidente del Poder Judicial, el fiscal de la Nación, el presidente del Tribunal Constitucional, el contralor general de la República y dos rectores elegidos por universidades licenciadas con más de 50 años de antigüedad.

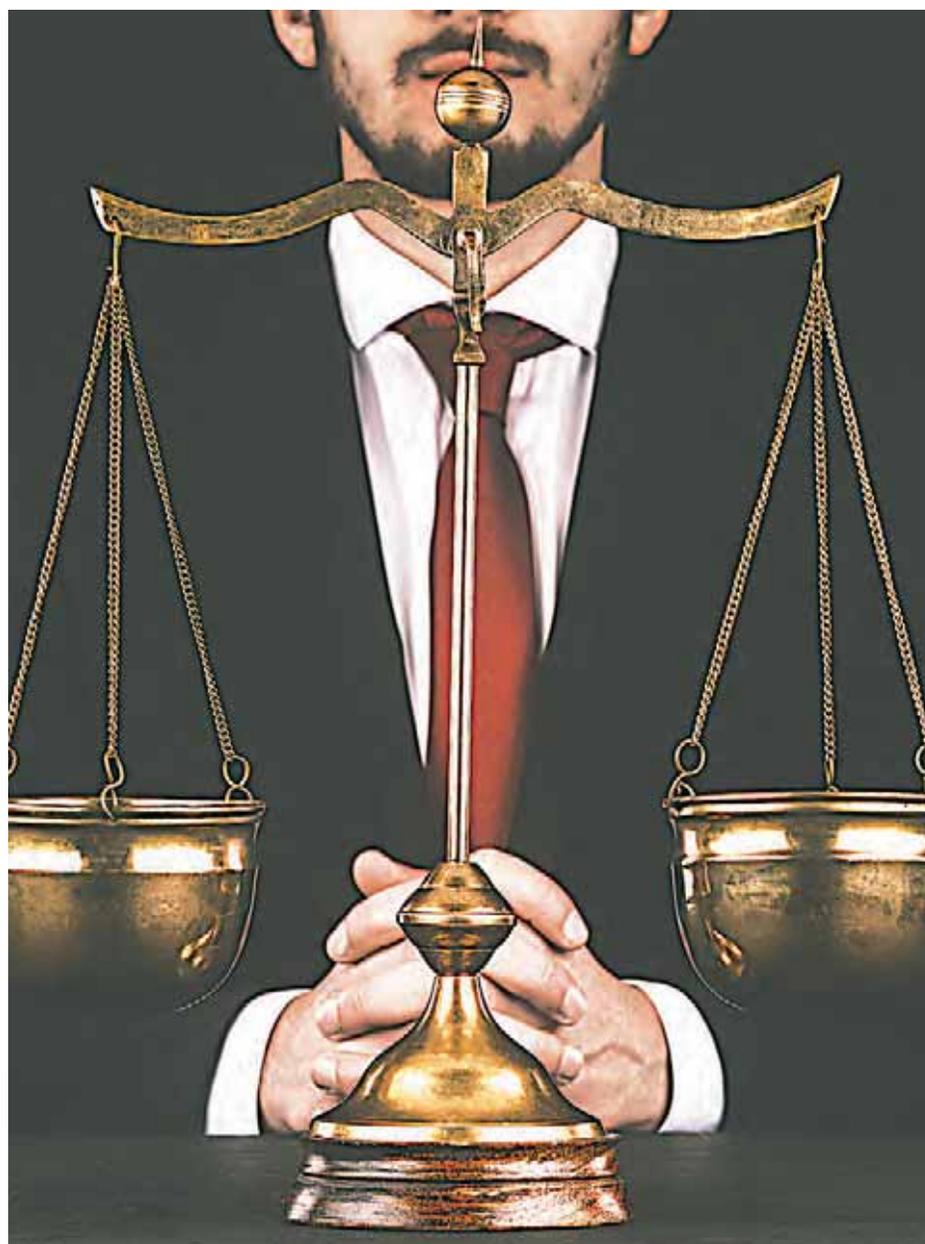
Esta comisión tiene, además, un conjunto de parámetros preestablecidos e incorpora como conceptos basilares la meritocracia y la integridad. En ese sentido, establece tres tipos de pruebas de confianza a los que deben ser sometidos los aspirantes a la JNJ: i) Prueba patrimonial; ii) Prueba socioeconómica; y, iii) Prueba psicológica y psicométrica.

Como hemos adelantado, lo que busca la nueva fórmula es alzaprimar el mérito y la integridad. Sin embargo, hay algunas observaciones que por un lado merecen relevar en modo saludable, y otras que deben ser sometidas a una mayor valoración en la praxis, a fin de que, *de lege ferenda*, proceda a su corrección.

Por ejemplo, entre los aspectos más importantes advertimos la incorporación de la evaluación parcial del desempeño de jueces y fiscales. Es decir, con la reforma, antes del procedimiento de ratificación cada siete años, se tendrá una medición previa a la mitad del período.

En esta evaluación, la JNJ contará con la participación de la Academia de la Magistratura, y tiene por finalidad diagnosticar falencias para ser corregidas en el resto del período hasta la etapa de la ratificación.

Debe indicarse que esta propuesta es de la Ceriajus (2004); lamentablemente, el recelo de los propios jueces y fiscales a ser sometidos a una evaluación permanente fue uno de los primeros obstáculos a su concreción normativa.



## LA NUEVA FÓRMULA OTORGA A LA JNJ POTESTAD PARA SANCIONAR, DISCIPLINARIAMENTE Y DE OFICIO, A JUECES Y FISCALLES DE TODAS LAS INSTANCIAS. SIN DUDA, UN REQUERIMIENTO TAMBIÉN ESPERADO DESDE HACE VARIOS AÑOS.

Ahora la oportunidad resulta auspiciosa en la medida en que se entienda que la evaluación parcial lo que busca es que el evaluado se quede en el cargo, al cumplir determinadas metas de interés de la judicatura.

Asimismo, la nueva fórmula otorga a la JNJ potestad para sancionar, disciplinariamente y de oficio, a jueces y fiscales de todas las instancias. Sin duda, un requerimiento también esperado desde hace varios años.

Era, sin duda, un menoscabo funcional que el CNM pueda destituir, pero no de oficio sino únicamente a pedido de la Corte Suprema o de la Fiscalía de la Nación. Y aún habiendo pedido

de destitución, no puede aplicar sanciones menores, como la amonestación o la suspensión de funciones.

La actual ley de la JNJ, en cambio, sí habilita a que este órgano pueda actuar de oficio y aplicar sanciones que permitan un eficaz control disciplinario de los jueces y fiscales de todos los niveles.

Debemos poner énfasis también en la incorporación del principio de no discriminación en la selección de los miembros de la JNJ. A los pedidos de algunos sectores sociales de incorporar la regla de la paridad en su composición, esta no guardaba lógica con un modelo meritocrático, en razón de que coloca una regla de desigualdad por razones de género y no de mérito. Es interesante dicho principio, ya que se convierte en una garantía de medición que impone a los miembros de la comisión especial evaluar en estricto la trayectoria profesional.

### Proceso de selección

Por otro lado, hay algunas disposiciones que deben, sin embargo, ser evaluadas. En principio, el proceso de selección de los integrantes de la JNJ. La norma, al procurar que esta etapa sea lo más rigurosa, no advierte que muchos connotados juristas no necesariamente van a estar animados a pasar por un examen de conocimientos, de corte cancelatorio.

En efecto, al ser la JNJ un alto estamento de poder la lógica demanda que el trato a sus integrantes deba ser el mismo que sus pares (jueces de la Corte Suprema). De acuerdo con

la Ley de la Carrera Judicial, la prueba de conocimientos para el caso de los jueces supremos no es cancelatoria. En el caso de la JNJ sí lo es.

Hay que tomar en cuenta, además, que un órgano como este no es propiamente un consejo de científicos, sino un estamento de estadistas, es decir, de magistrados con una alta formación académica, pero además con un elevado nivel cultural que le permita afrontar adecuadamente el rol constitucional asignado. Más que ser abogado, lo que requiere el sistema es un consejero con una visión multidisciplinaria, altamente enriquecida con la experiencia en todos los ámbitos de la sociedad.

Estamos, pues, ante la reinauguración de nuestro CNM, ahora denominado JNJ. La idea es la misma, transferir el poder a los jueces y fiscales para que estos impartan justicia con independencia e imparcialidad.

Ahora será un colegiado más técnico y menos plural, lo cual resulta innegable, pero ello no lo hace en ningún modo inconstitucional, sino que advierte la toma de posición sobre un modelo específico. De lo que no debe quedar duda en todo esto es que la creación de los Consejos de la Magistratura constituye un gran paso para afirmar al Poder Judicial como un verdadero poder. Y al Ministerio Público como severo perseguidor del delito.

### Extremo importante

Del juez “neutro” expresado por Montesquieu al juez como actor social reconfigurado con la constitucionalización del derecho se advierte que la fórmula de elección por el poder político ya es una pieza de museo que forma parte de la historia del constitucionalismo. Aunque es verdad que en el derecho anglosajón se mantienen incólumes a razón de sus peculiares tradiciones jurídicas estas son imposibles de ser copiadas en realidades como las nuestras.

En suma, consideramos de extremo importante a la JNJ, habida cuenta que pese a los cambios realizados en contrastando al pluralismo, al eliminarse la participación de los sectores corporativos del país, lo cierto es que continúa siendo una opción viable que asegura un alto grado de independencia de sus magistrados.

Y ello no obstante que se ha habilitado la participación de otros poderes públicos en la génesis de su composición por medio de la comisión especial de selección de los integrantes de la JNJ. Visto en un primer plano, parecería que ello pone en riesgo la autonomía de este poder del Estado; sin embargo, el hecho de que la comisión especial sea excepcional y, por tanto, temporal, nos permite concluir que cualquier grado de interferencia terminará diluyéndose. En otras palabras, si la Comisión Especial hubiera tenido carácter permanente, entonces sí habría serias dudas sobre la independencia de la JNJ.

En conclusión, pese a las marchas y contramarchas de la reforma, la norma cumple el deber constitucional de resguardar al Poder Judicial, como diría López Guerra, del influjo de otros poderes del Estado, al garantizar a la JNJ de un alto grado de autonomía y de importantes herramientas para el cumplimiento de sus funciones. ▀

## PAUTAS LEGALES PARA PREVENIR Y SANCIONAR ESTAS AGRESIONES

## El hostigamiento sexual



**CÉSAR  
PUNTRIANO  
ROSAS**

**Abogado.** Magister en Derecho del Trabajo y la seguridad social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente universitario.

Este 27 de febrero se conmemora el Día de la Lucha contra el Hostigamiento Sexual en el Ámbito Laboral, tal y como fue dispuesto mediante RM N° 041-2018-TR.

A propósito de la permanente lucha que debe librarse contra dicho flagelo que afecta a nuestra sociedad en todo ámbito, resulta oportuno formular algunas reflexiones y recordar a los trabajadores los derechos que les asisten ante un caso de acoso sexual.

Así, de acuerdo con el art. 2 de la Ley N° 27942, en centros de trabajo públicos y privados resulta aplicable a los trabajadores o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral.

También resulta aplicable en instituciones educativas, instituciones policiales y militares, y a las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral, tales como la prestación de servicios sujetas a las normas del Código Civil, la formación de aprendices del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (Senati), los Programas de Capacitación para el trabajo, el acceso a centros de educación superior, y otras modalidades similares.

### Manifestaciones

Constituyen además manifestaciones del acoso sexual, según el art. 6 de la Ley N° 27942, modificado por el D. Leg. 1410, entre otros casos, los siguientes: a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales; b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima, que atente o agrave su dignidad; c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima;

### Concepto

Es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole.

En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta. Notemos que la modificatoria al concepto de hostigamiento sexual introducida por el D. Leg. 1410 reconoce que este es una forma de violencia contra la

víctima, además de ampliar los supuestos que pueden calificar dentro de la definición, pues se refiere a la afectación de la actividad laboral, formativa o de cualquier otra índole.

La norma expresamente elimina la exigencia de que el presunto acosado demuestre el rechazo a la conducta del acosador y su reiterancia, como se exigía previamente. Este cambio es positivo pues resultaba muy difícil en la práctica probar el rechazo y, por otro lado, para que una conducta sea considerada como acoso sexual no es necesario que sea reiterada.

d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima; e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo; y, f) Otras conductas que encajen en el concepto detallado en el numeral precedente.

### ¿Qué debe hacer el empleador?

Importante notar que el empleador posee los siguientes deberes, de conformidad con el art. 7 de la Ley N° 27942: i) Capacitar a los trabajadores sobre las normas y políticas contra el hostigamiento sexual en la empresa; ii) Adoptar las medidas necesarias para que cesen las amenazas o represalias ejercidas por el hostigador, así como las conductas físicas o comentarios de carácter sexual o sexista que generen un clima hostil o de intimidación en el ambiente donde



se produzcan; iii) Informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los casos de hostigamiento sexual y el resultado de las investigaciones efectuadas para verificar el cumplimiento de la presente Ley. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo incluye dentro del reglamento las disposiciones que resulten pertinentes.

Notemos que una manifestación del principio de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador consiste en prever que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores (art. I del Título Preliminar y art. 56 de la Ley N° 29783). Se considera que existe exposición a los riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades mentales, entre otras (art. 103 del Reglamento).

Entonces, el empleador deberá prevenir, investigar y sancionar aquellas conductas que califiquen como acoso sexual, pues lo contrario implicará exponer a la víctima a un riesgo psicosocial en el centro de trabajo.

### El procedimiento de investigación

De acuerdo con el art. 7 del reglamento de la Ley N° 27942, se debe considerar lo siguiente:

(i) Interposición de la queja: Las quejas pueden ser presentadas de forma verbal o escrita ante la instancia establecida en cada ámbito de aplicación. En ningún caso se puede obligar a la víctima a interponer la queja ante el presunto hostigador, por ser coincidentemente la autoridad encargada del proceso, debiendo

corresponderle al inmediato superior o quien haga sus veces. Recibida la queja, la autoridad u órgano administrativo tiene un plazo de 24 horas o el del término de la distancia debidamente fundamentado, para elevar la queja a la instancia u órgano competente encargado de la investigación.

(ii) Traslado de la queja: Al tomar conocimiento el órgano encargado de la investigación, este cuenta con 3 días hábiles para correr traslado de la queja. El quejado cuenta con 5 días hábiles para presentar sus descargos contados a partir del día siguiente de la notificación. El descargo deberá hacerse por escrito y contendrá

# en el empleo

la exposición ordenada de los hechos y pruebas con que se desvirtúen los cargos.

(iii) Medidas cautelares: Para asegurar la eficacia de la resolución final que recaiga en el procedimiento de investigación y la protección a la víctima, se podrá solicitar y/o dictar medidas cautelares. Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad, y que podrán ser: a. Rotación del presunto hostigador; b. Suspensión temporal del presunto hostigador, salvo los trabajadores del Régimen Laboral Público; c. Rotación de la víctima, a solicitud de esta; d. Impedimento de acercarse a la víctima o a su entorno familiar, para lo cual se deberá efectuar una constatación policial al respecto; e. Asistencia psicológica u otras medidas de protección que garanticen la integridad física, psíquica y/o moral de la víctima, por ser el/la mayor afectado/a con el hostigamiento sexual sufrido. Dicha responsabilidad estará a cargo del sector Salud.

(iv) Investigación: La autoridad u órgano encargado de la investigación cuenta con el plazo de diez (10) días para realizar su labor: correrá traslado de la contestación al quejoso dentro del tercer día hábil de recibida dicha contestación, deberá poner en conocimiento de ambas partes todos los documentos que se presenten y realizará las investigaciones que considere necesarias a fin de determinar la configuración del acto de hostigamiento sexual. La resolución motivada que se derive de esta investigación pondrá fin a los respectivos procedimientos internos de cada institución. Plazo máximo para investigar: 20 días hábiles, salvo el término de la distancia debidamente fundamentado.

(v) Sanciones: Dependiendo de la gravedad de la falta, la cual se evaluará en función de los hechos, de los antecedentes del acosador y de la reiterancia en este tipo de conductas, el empleador podrá imponer las siguientes sanciones, luego de concluido el procedimiento de investigación y determinados los responsables: a) Amonestación verbal o escrita; b) Suspensión; c)

## Reflexiones finales

Resulta fundamental combatir el acoso sexual en todo ámbito, en particular en el laboral. La omisión por parte del empleador lo expone a multas de Sunafil no solamente en razón a ello sino también debido a la infracción a la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo al no garantizar un ambiente de trabajo libre del acoso sexual. Lo anterior sin perjuicio de que el empleador responda solidariamente con el acosador en el pago de la indemnización por los daños ocasionados por el acoso sexual a la víctima del mismo. Por ello es fundamental que las empresas asuman un rol

activo previniendo este acto de violencia, investigando su ocurrencia y sancionando a los responsables. Los trabajadores deben tener claro sus derechos en este tema. No permitir actos de violencia que califiquen como acoso sexual y en general ninguna conducta de acoso laboral en su contra. Si consideran que son acosados, recurrir al módulo denominado 'Trabajo sin acoso', donde diversos abogados del Ministerio de Trabajo brindan información y asesoramiento sobre cómo canalizar este tipo de denuncias de hostigamiento sexual (<http://trabajasinacoso.trabajo.gob.pe/tesths/inicio>).

Despido; d) Separación temporal o definitiva; e) Ser dado de baja o pasar a disponibilidad; y, f) Otras, de acuerdo al ámbito de aplicación.

### Atención a trabajadoras víctimas

Si el hostigador es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista, la víctima puede optar entre accionar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización, dando por terminado el contrato de trabajo, conforme al art. 35 del TUO del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el DS N° 003-97-TR. En este supuesto, no es exigible la comunicación al empleador por cese de hostilidad concediéndole 6 días calendario para que justifique su conducta.

Asimismo, la víctima tiene a salvo el derecho de demandar los daños y perjuicios sufridos producto del acto de hostigamiento sexual. Las vías señaladas anteriormente no impiden que la víctima pueda recurrir a la Sunafil.

Independientemente de la categoría o cargo del hostigador, si el empleador o instancia

## Base legal

► Constitución Política del Perú, art. 2.1: Art. 2 numeral 1.- Toda persona tiene derecho a integridad moral, psíquica y física; Art. 22: A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

► Ley N° 27942, Ley Prevención y Sanción Hostigamiento Sexual.

► Reglamento - Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES

► Decreto Legislativo 1410, que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual al Código Penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual.

► D.S. 003-97-TR – Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Art. 30 literal g): es hostilidad los actos contra la moral y los que afecten a la dignidad del trabajador.

► Guía práctica para la prevención y sanción del hostigamiento sexual – Resolución Vice Ministerial N° 005-2017-MTPE/2.

competente omite iniciar la investigación del caso de hostigamiento sexual o adoptar las medidas de protección, prevención y sanción correspondientes, la víctima también puede optar por cualquiera de los remedios señalados en el primer párrafo del presente acápite.

La norma sanciona con nulidad al despido o la no renovación del contrato de trabajo a plazo determinado por razones vinculadas a la presentación de una queja de hostigamiento sexual en el trabajo, la interposición de una demanda denuncia o reclamación por dichos motivos o por la participación en este tipo de procedimientos como testigo en favor de la víctima.

### La falsa queja

Cuando la queja o demanda de hostigamiento sexual es declarada infundada por resolución firme y queda acreditada la mala fe del demandante, el presunto hostigador tiene el derecho a interponer judicialmente las acciones pertinentes. En este caso, el supuesto hostigado queda obligado a pagar una indemnización que fije el juez. Esto de acuerdo con el artículo décimo de las Disposiciones finales y complementarias de la Ley N° 27942 y art. 17 del Reglamento - D.S. N° 010-2003-MIMDES.

### El sector público

Los funcionarios y servidores públicos sujetos al régimen laboral público que hayan incurrido en actos de hostigamiento sexual serán sancionados, según la gravedad, conforme al literal k) del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Sin perjuicio de la aplicación de la sanción administrativa, el hostigado tiene derecho a acudir a la vía civil en proceso sumarísimo para exigir el pago de la indemnización correspondiente.►

## EN LA PROMOCIÓN DEL ACUERDO DE VOLUNTADES ENTRE CONTRIBUYENTES Y LA SUNAT - I PARTE

# La transacción en materia tributaria



**CECILIA  
CAMPAÑA  
MARTINO**

**Abogada.** Especialista en Tributos Internos 3 - Tribunal Fiscal (\*).

**E**n el sistema tributario peruano, los procedimientos relacionados con la impugnación de la determinación de la deuda tributaria se han caracterizado por ser engorrosos, complejos y dilatados, en clara vulneración de los principios al debido procedimiento administrativo, seguridad jurídica y celeridad procesal. Tal situación, a su vez, origina un desmedro en la re-

caudación por parte del fisco y una lesión de los intereses económicos del contribuyente, incrementando los costos de transacción en materia tributaria, los cuales están conformados por los costos en que incurren los contribuyentes para cumplir con sus obligaciones tributarias y los costos en que incurre el Estado para hacer cumplir las mismas.

Al respecto, como resultado del proyecto ejecutado a partir del año 2012 por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU (UN-DESA), se desarrolló un manual de medición de los Costos de Transacción Tributarios (CTT) en las pequeñas y medianas empresas (pymes), con la finalidad de reducir los mismos y el incremento de la recaudación de los países de la región. En el marco de estas investigaciones, se determinó a partir de diversos estudios realizados desde 1989 hasta

2011, que los costos de transacción en el Perú representaban el 3.5% del producto bruto interno (PBI), este índice es el segundo más alto de un total de 20 países (1) (Novena Reunión del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en cuestiones de tributación, 2013).

Los hechos mencionados no son ajenos a la realidad de otros países (Venezuela, Uruguay, Brasil, Francia, Italia, España, Estados Unidos de América, Alemania, Inglaterra, entre otros), que en los últimos años han implementado mecanismos que, lejos de responder a un modelo tradicional de gestión vertical entre fisco y contribuyente, privilegian modelos de gestión participativos entre ambos sujetos, facilitando así el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias con la consiguiente reducción de los costos de transacción en esta materia.

En nuestro ordenamiento jurídico-tributario podemos citar como antecedente de este tipo de acuerdos a los Acuerdos Anticipados sobre Precios de Trans-

ferencia (APA), celebrados entre la Sunat y los contribuyentes domiciliados en el país, con la finalidad de establecer los precios o contraprestaciones aplicables a las operaciones efectuadas por estos con sus empresas vinculadas, o desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición. Estos acuerdos nacieron a raíz de las dudas o controversias que existían respecto a la determinación de los precios de transferencia, debido a los diversos criterios aplicados por los contribuyentes y la Administración en relación con la naturaleza de las operaciones económicas de aquellos, y por ende, respecto de la metodología a aplicar y ajustes respectivos.

En ese contexto, surge la transacción como un mecanismo dirigido principalmente a evitar el surgimiento de una controversia tributaria entre la Administración y el contribuyente, pues como resultado de la misma, si bien la Administración emite un acto de determinación de deuda tributaria, este corresponde al consenso entre ambas partes de la relación jurídica tributaria, por lo que una de sus características es la inimpugnabilidad de la liquidación tributaria resultante del referido acuerdo.

### Fundamentos económicos y jurídicos

Adoptar la transacción como mecanismo para evitar el surgimiento de controversias tributarias, requiere un enfoque interdisciplina-



rio: investigar previamente cuál es la realidad socio-económica que justifica esa medida y si nuestro ordenamiento jurídico tributario está diseñado de tal manera que, aun cuando exista justificación económica para su aplicación, ello no suponga una vulneración de los principios jurídicos que lo sustentan.

### Análisis económico

Corresponde analizar, desde un enfoque financiero, los costos de transacción para el cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente, y, desde un enfoque de gestión pública, los costos de transacción en que incurre el propio Estado para administrar el sistema tributario de resolución de controversias tributarias y no ver satisfechas sus acreencias tributarias debido a la dilación de los procedimientos contenciosos.

Los costos de cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente se pueden resumir en los siguientes: postergación de inversiones financieras (debido a la falta de seguridad jurídica sobre el resultado del procedimiento contencioso), costos por los servicios del personal a cargo del cumplimiento de las obligaciones tributarias, costos administrativos (agua, luz, alquileres, vigilancia, logística, entre otros) e incluso el valor económico del tiempo insumido por el contribuyente en las distintas tareas que demanda el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, los costos administrativos en que incurre el Estado para administrar el sistema tributario de resolución de controversias tributarias están vinculados a los distintos procesos relacionados con la resolución de tales controversias; esto es, procesos operativos y de soporte que coadyuvan a los mencionados procesos (gestión de la información, gestión informática, gestión de recursos humanos, gestión logística y procesos estratégicos de supervisión de la adecuada gestión de los procesos operativos y la satisfacción de los contribuyentes).

Los referidos costos representan la totalidad de costos de transacción que justifican adoptar mecanismos expeditivos que eviten el nacimiento de controversias tributarias y, por ende, representen un ahorro de costos para ambas partes.

En este punto, cabe traer a colación los aportes de la teoría económica neoinstitucional, a través de Douglas North –Premio Nobel de Economía en 1993–, quien, partiendo de la premisa de la existencia de costos de transacción en las economías, evidenció el rol protagónico de las instituciones en el funcionamiento de los mercados al señalar que las instituciones reducen las incertidumbres propias de la acción humana, toda vez que ellas proporcionan la estructura de intercambio, la cual, junto con la tecnología, determinan el costo de la transacción y el costo de la transformación (producción); en ese sentido, las instituciones inciden en el desarrollo de la economía de los mercados debido a su influencia sobre los costos de transacción (pp. 16-30).

Siendo así, desde un análisis económico de la eficiencia de la administración de justicia tributaria entendida como un mercado, podemos



## NO OBSTANTE, LA INTERROGANTE SE CENTRA EN DILUCIDAR QUÉ ASPECTOS VINCULADOS A LA DETERMINACIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA SON PASIBLES DE UN ACTO DE CONSENSO.

afirmar que en este mercado la demanda de justicia, representada por la cantidad de recursos impugnatorios, excede en demasía la oferta, representada por la cantidad de resoluciones emitidas por los funcionarios encargados de resolver los recursos aludidos, por lo que ante esas fallas del mercado, la institución de la transacción se erige como un mecanismo más eficiente socialmente que el sistema convencional de solución de controversias tributarias, pues no solo las evita, sino que también reduce los costos de transacción derivados de estas fallas.

### Análisis jurídico

Analizar jurídicamente los fundamentos de la transacción supone establecer los principios (constitucionales y legales) y derechos que legitimarían la adopción del referido mecanismo.

De acuerdo con los artículos 1302, 1303 y 1305 del Código Civil, de aplicación supletoria según la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario (1), constituyen materia de

transacción los asuntos dudosos o litigiosos de naturaleza patrimonial, respecto de los cuales las partes realizan concesiones recíprocas a fin de evitar o finalizar una disputa, teniendo la transacción carácter de cosa juzgada para las partes.

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre, el asunto dudoso es aquel que reviste más de una interpretación jurídica, y por ende, más de una solución jurídica, pudiendo ser, a su vez, un asunto litigioso, pues podría devenir en una controversia judicial o extrajudicial. Por otro lado, un asunto litigioso en estricto será aquel en el cual los derechos y obligaciones de las partes están establecidos con claridad, teniendo estas la certeza del contenido de sus obligaciones, no obstante, al menos una de ellas rehúsa al cumplimiento de la obligación a su cargo, siendo que la voluntad del legislador del Código Civil ha sido comprender en este término (litigioso) no solo a los asuntos que son objeto de una controversia judicial (litis) o de un arbitraje, sino aquellos asuntos en los que aún no exista un litigio, es decir, un juicio o proceso ya iniciado (1997, pp. 408-414).

A partir de las definiciones citadas podemos afirmar que la transacción en materia tributaria parte de la premisa de que existe una situación jurídica dudosa respecto a aspectos vinculados a la determinación de la deuda tributaria o a la interpretación de la norma jurídica tributaria aplicable, que podría ser materia de controversia o conflicto entre los administrados y la Administración Tributaria ante una eventual determinación de la obligación tributaria y subsiguiente impugnación por parte del contribuyente, por lo que constituiría, a su vez, un asunto litigioso en el sentido amplio del término.

Por otro lado, será el procedimiento de fiscalización la oportunidad idónea en la que pueda aplicarse el mecanismo de la transacción a fin de evitar el surgimiento de conflictos tributarios, toda vez que en el marco del mismo la Administración Tributaria está facultada para verificar la correcta determinación de la obligación tributaria efectuada por los contribuyentes, emitiendo, de ser el caso, la respectiva resolución de determinación o resolución de multa, los cuales pueden ser impugnados iniciándose un procedimiento contencioso tributario, y con ello, la controversia o conflicto tributario.

No obstante, la interrogante se centra en dilucidar qué aspectos vinculados a la determinación de la deuda tributaria son pasibles de un acto de consenso: la configuración del elemento material (el hecho imponible), el monto de la deuda o la correcta interpretación de una norma tributaria en caso de duda razonable.■

### BIBLIOGRAFÍA

- North, D. C. (1993). *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Osterling, F. y Castillo, M. (1997). La transacción. *Revista Derecho PUCP*, (51), 387-461.
- (\*) Artículo elaborado con base en el trabajo de investigación para optar el grado de Magíster en Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (1) Entre ellos España, Vietnam, Sudáfrica, Malasia, Australia, Suecia, Croacia, Noruega, Nueva Zelanda, Estados Unidos de América, Canadá, Finlandia y Bélgica.
- (2) El cual faculta a aplicar en supuestos no regulados en las normas tributarias, normas distintas a estas, siempre y cuando no se les opongan ni las desnaturalicen, siendo que, además, podrán aplicarse supletoriamente los principios del Derecho Administrativo y los principios generales del Derecho, entre otros.



## CONFERENCIA INTERNACIONAL WOMEN IN ARBITRATION

# Tiempos para el compliance arbitral



MARÍA  
ALEJANDRA  
QUINTANA  
GALLARDO

Abogado. Jefa del Área de Dispute Resolution en Caro & Asociados.

En tiempos de ausencia de buenas prácticas gubernamentales y una abundante exposición de casos de corrupción propios del sistema judicial, como dan cuenta los diversos medios de comunicación, cobra mayor valor el instituto del arbitraje, ya no solo como una “clásica” forma de resolución de conflictos alterna al poder de los jueces, sino también como un mecanismo en expansión para refinar el arte de la litigación, sus técnicas de argumentación y, con ello, sus resultados, en la búsqueda de la reducción del error o del “horror” judicial, con soluciones más justas y acordes con la legalidad.

En ese contexto, Women in Arbitration, foro organizado por el Instituto Peruano de Arbitraje, ha sido la primera oportunidad en nuestro medio para revisar el rol y participación, en cierto modo el empoderamiento, de las mujeres en el mundo del arbitraje, aunque no desde una perspectiva de género, cuotas, respuestas o contradicción frente a la mayoritaria participación de los hombres en el arbitraje que supera, según las cifras expuestas en el seminario, la valla del 80%, sino en orden de promover una mayor participación de la mujer en “igualdad de armas” para usar una frase tan propia del derecho procesal.

### Rol de las mujeres en el sistema legal

Ello teniendo en cuenta el creciente rol de la mujer en el sistema legal, dado el amplio número de magistradas y abogadas que operan en el mundo judicial, tal vez producto del ahora mayoritario número de mujeres que, frente a los hombres, cada año egresa de las facultades de Derecho. Sin embargo, cuando se revisan las estadísticas del arbitraje, las cifras se reducen de modo notable, lo que da lugar a múltiples explicaciones, cuando no especulaciones, que combinan aspectos sociológicos, demográficos,

económicos, políticos, e incluso desde la neurociencia, en torno a si estamos ante un espacio de una ostensible discriminación de la mujer o ante un sistema en el que las mujeres estamos llamadas a incrementar nuestro rol y participación. Es la eterna metaforización sobre ver el vaso medio lleno (a menos del 20% en verdad) o medio vacío.

El eje central del congreso fue el desarrollo de la participación de la mujer en el mundo del arbitraje, de la mano de ponentes locales e internacionales, mayoritariamente mujeres, como era previsible, que abordaron temas de especial trascendencia como ‘Women at the top: cómo llegar sin resbalones’, ‘¿Cómo fomentar la diversidad en la comunidad arbitral?’, ‘Prejuicios inconscientes en el arbitraje’, ‘La participación de la mujer como abogada, árbitro, magistrada, perito y experto legal’, ‘Double Hatting y otros multiroles’, ‘Relaciones entre los miembros del Tribunal Arbitral: Presidente, coárbitros y secretarios arbitrales’, y por último, ‘¿Ha llegado el invierno al arbitraje? Crisis, ética y corrupción’.

Aunque no es este el espacio para un tratamiento exhaustivo sobre cada ponencia, el botón de muestra corresponde en esta crónica

a la intervención de Érica Franzetti, con el tema ‘¿Ha llegado el invierno al arbitraje? Crisis, ética y corrupción’, en especial porque su discurso asemeja a una introducción a lo que podríamos denominar compliance arbitral (#compliancearbitral), al considerar que lo más importante, dentro de todo, es “ser personas y profesionales éticos”, algo que suena tan natural, tan de manual de urbanidad y buenas costumbres, pero que trae consigo múltiples problemas de orden práctico.

En especial si vemos, por ejemplo, que el caso Lava Jato ya incluye a cerca de 20 árbitros peruanos investigados por presuntos actos de corrupción desde hace un año, con sonados allanamientos a sus viviendas y oficinas, hecho que sin perjuicio del respeto a la presunción de inocencia, desde el punto de vista reputacional, ataca uno de los fundamentos del arbitraje: reducir la corrupción judicial.

¿Cómo mejorar o devolver al arbitraje su credibilidad? Desde luego que contando con personas con valores, reto que va más allá del derecho y de la facultades que forman juristas, y deja caer de madura la pregunta sobre las ventajas éticas del arbitraje en países como el nuestro, con una profunda crisis de valores personales, familiares e institucionales, con lo que adoptar, por ejemplo, las reglas de las cámaras arbitrales de Londres, París o Nueva York se antoja como una alternativa apenas de papel, si de valores estamos hablando.

### Una oportunidad impostergable

Pero toda crisis puede ser una oportunidad, “es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias”, como ha señalado Albert Einstein. Los llamados a enfrentar y superar esta crisis, a la que no es ajena el arbitraje, somos los jóvenes, y dentro de ellos, las mujeres. Es una oportunidad para romper con algunos mitos como las “vacas sagradas” del arbitraje, la presunción *iure et de iure* de que un laudo es ajeno a una práctica corrupta, una gestión de intereses (*lobby*) no permitido o, inclusive, la prevaricación.

Y acabo con algo que no es feminismo, sino acaso una simple arenga sobre el rol de la mujer. Este congreso internacional ha sido una ventana, un llamado para ellas, para nosotras, para aquellas profesionales del derecho que más que pensar bucólicamente o aspirar abstractamente a un mundo mejor, estamos convencidas de que el arbitraje no es ajeno a la mejora y superación, por ejemplo, desde la redacción de un convenio arbitral en igualdad de armas frente al Estado, la imposición de cláusulas anticorrupción en los contratos públicos y entre privados, el proceso de elección y régimen de incompatibilidad de árbitros, las propias reglas de la litigación arbitral que más que dirigirse a ser amable (*polite*) con la contraparte o cuidar la imagen frente al árbitro, otorguen a los litigantes el poder de exhibir con libertad su teoría del caso, incluso si ello implica implementar actos de defensa que a los árbitros podría no gustarles: recusarlos o investigar sus incompatibilidades.

Nuevos tiempos, nuevos retos, nuevas reglas, nuevas abogadas en el arbitraje. Son tiempos para el *compliance* arbitral. ■