



Universidad Nacional Mayor de San Marcos
GRUPO DE INVESTIGACIÓN OMEGA BETA GAMMA

La Aplicación de la Teoría de la Ejecución Pública de las Leyes en el Perú

Cesar Yonashiro

Grupo de Investigación Omega Beta Gamma
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Av. San Germán Amézaga 375, Lima CP01

Marzo 15, 2017

Citación sugerida:

YONASHIRO, C. (2017). "La aplicación de la teoría de la ejecución pública de las leyes en el Perú". *Documento de Trabajo Omega Beta Gamma 01*, Grupo de Investigación Omega Beta Gamma, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

**DOCUMENTO
DE TRABAJO**

N° 01 - 2017

Serie «Documento de Trabajo OMEGA BETA GAMMA»

El principal objetivo de la serie «Documento de Trabajo OMEGA BETA GAMMA» es difundir los avances de investigaciones conducentes a futuras publicaciones de artículos científicos así como de textos resultantes del proceso de enseñanza de los profesores del Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; incluyendo publicaciones de investigadores nacionales e internacionales de otras instituciones de educación superior.

La serie «Documento de Trabajo OMEGA BETA GAMMA» es promovida y desarrollada por el Grupo de Investigación Omega Beta Gamma del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

COMITÉ EVALUADOR

Eloy Ávalos, DIRECTOR

Alfonso L. Ayala, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Perú

Juan M. Cisneros, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Perú

Hugo Sánchez, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Perú

Documento de Trabajo OMEGA BETA GAMMA, Nro. 01-2017, marzo 2017.
International Standard Serial Number ISSN 2312-4776

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Facultad de Ciencias Económicas
Av. Germán Amézaga 375.
Teléfono 619-7000, anexo 2231.
Lima 01
Perú

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA EJECUCIÓN PÚBLICA DE LAS LEYES EN EL PERÚ*

Cesar YONASHIRO[†]

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Marzo 15, 2017

Resumen

La teoría de la ejecución pública de las leyes puede responder a dos preguntas: i) ¿cuántos recursos se deben asignar para detectar a los infractores?, y, ii) ¿qué variables determinan el valor de las multas? (Vásquez & Gallardo, 2006). En este documento se presentan los principios, criterios y metodologías empleadas para calcular el valor monetario de las multas administrativas en el Perú en función a la teoría de la ejecución pública de las leyes. Se encontró que la expresión general para calcular las multas administrativas considera que ésta es directamente proporcional al beneficio obtenido por la conducta infractora e inversamente proporcional a la probabilidad de captura. Los métodos y criterios para estimar el beneficio y la probabilidad dependen de cada entidad. No obstante, se podrían mejorar las metodologías si se representara a un agente peruano y si se consideraran los plazos del procedimiento administrativo sancionador y el proceso contencioso administrativo.

Palabras claves: Derecho económico, ejecución de la ley.

Clasificación JEL: K00; K42.

*La base de datos utilizada en el presente trabajo se puede encontrar en <https://data.world/cesaryona>.

[†]B. Sc. Economía, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Analista de Gestión de la Información del Ministerio de la Producción, Lima - PERÚ. Contacto: cesaryonashiro@gmail.com y <https://unmsm.academia.edu/CesarYonashiro>.

1. Introducción

La Ley de Procedimiento Administrativo General -Ley Nro 27444 y sus modificatorias- establece los criterios que deberían considerar las entidades estatales para calcular el nivel de las sanciones, sin precisar los pasos específicos de cómo estimar la cuantía de las mismas.

Sin embargo, desde el trabajo de Vásquez & Gallardo (2006), algunas instituciones del Estado vienen aplicando una metodología derivada la teoría de la ejecución pública de las leyes¹ para calcular el valor de las multas administrativas. En tal sentido, la teoría de la ejecución pública de las leyes puede responder a preguntas como: i) ¿cuántos recursos de la sociedad deben asignarse para detectar a los infractores?, y, ii) ¿qué variables determinan el valor de las multas? (Vásquez & Gallardo, 2006).

Al respecto, este documento tiene como objetivo presentar los principios, criterios y metodologías empleadas para calcular el valor monetario de las multas administrativas en el Perú. En términos generales, la multa óptima es directamente proporcional al beneficio obtenido por la conducta infractora e inversamente proporcional a la probabilidad de captura.

El presente documento se divide en cinco partes. En la segunda sección se presenta una breve revisión de la literatura vinculada la teoría de ejecución pública de las leyes. La tercera sección presenta un modelo simple de la teoría de ejecución pública de las leyes. En la cuarta sección se describe el marco legal respecto a las sanciones administrativas en el Perú. La quinta sección se presentan las metodologías utilizadas por las entidades del Estado peruano para estimar la multa óptima; y finalmente, en la última sección se presentan las conclusiones.

2. Revisión de la literatura

La teoría de la ejecución pública de las leyes inicia con los trabajos de Beccaria (1764) y Bentham (1931); y su renacimiento se atribuye al trabajo de Becker (1974) (Posner, 1985).

Beccaria (1764) señala que debe existir una relación entre las sanciones y el daño social de los delitos. En, ese contexto, Bentham (1931) precisa este argumento y propone las siguientes reglas para la imposición de sanciones:

- i. las sanciones deben superar los beneficios de las ofensas;
- ii. mientras menor sea la certeza de la sanción, más severa debe ser;
- iii. cuando dos ofensas estén vinculadas, la ofensa más grande debe estar sujeta a una sanción más severa, en orden de que el que el delincuente pueda tener un motivo para detenerse en la menor;
- iv. mientras más grande la ofensa, mayor será el peligro de imponer una sanción severa en lugar de prevenir la ofensa;
- v. la misma sanción para la misma ofensa no debería ser infringida para todos los delincuentes, es necesario prestar atención a algunas circunstancias que pudieran afectar la sensibilidad.

Por otro lado, Bentham (1931) presenta las condiciones que deben cumplir las ofensas a fin de imponer sanciones. Al respecto, señala que no se deberían imponer sanciones si:

¹En inglés, *public enforcement of law*. La teoría de la ejecución pública de las leyes es una de las áreas de estudio del análisis económico del derecho. El análisis económico del derecho estudia el efecto que tienen de las leyes, normas, reglamentos y los distintos actos del Estado sobre el comportamiento de los agentes económicos y el bienestar social (Polinsky & Shavell, 2005; Cooter & Ulen, 2016). Las áreas de estudio del análisis económico del derecho son: el derecho de propiedad, el derecho contractual, la responsabilidad civil, el litigio, la ejecución pública de las leyes, entre otras. Otras áreas son: el derecho corporativo, la propiedad intelectual, la legislación ambiental, y el derecho internacional (Polinsky & Shavell, 2007).

- i. no existe una ofensa o si el daño está más que compensado por el beneficio;
- ii. los individuos no tienen conocimiento de la ley o realizan las acciones consideradas como ofensas sin intención;
- iii. son superfluas, o,
- iv. son costosas en su ejecución.

Es decir, Bentham (1931) propone realizar un análisis costo beneficio antes de imponer una sanción.

Becker (1974) considera su trabajo como una resurrección, modernización y mejora de los trabajos de Beccaria (1764) y Bentham (1931). Para Becker (1974), la principal contribución de su trabajo es presentar la regulación del comportamiento ilegal, por parte del Estado, a partir de la asignación óptima de recursos. La decisión óptima del Estado tiene como objetivo maximizar el bienestar de la sociedad mediante la combinación eficiente entre los costos asignados para la aprehensión y convicción de las ofensas; así como del nivel de las sanciones.

Vásquez & Gallardo (2006), en base al trabajo de Polinsky y Shavell (2000), es el primer trabajo encontrado en el Perú respecto a la teoría de ejecución pública de las leyes y el cálculo de las multas administrativas. Luego de este trabajo, algunas instituciones del Estado peruano han publicado documentos aplicados a los sectores en los cuales tienen competencia.

Las instituciones que han publicado documentos vinculados con la teoría de la ejecución pública de las leyes son la Autoridad Nacional de Agua (ANA), el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales (OSINFOR), el Organismo Supervisor de Inversión Privada (OSIPTTEL), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), el Ministerio de la Producción (PRODUCE), la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) (ANA, 2015; Beteta, del Pozo, & Bielich, 2015; Indecopi, 2013; OEFA, 2013; OSINFOR, 2013b; OSIPTTEL, 2010; OSITRAN, 2017; PRODUCE, 2016; SUSALUD, 2014; SUNASS, 2015)

2.1. Modelo simple de la teoría de la ejecución pública de las leyes

En esta sección se presenta un modelo simple de la teoría de la ejecución pública de las leyes. Este modelo simple nos permitirá conocer la base teórica utilizada para estimar la cuantía de las multas administrativas y sus implicancias.

Este modelo estático supone que los individuos maximizan su beneficio en el que tienen que decidir entre realizar una conducta infractora que les supondrá un beneficio esperado determinado o cumplir con la regulación y mantener un beneficio esperado igual a cero (0). Asimismo, supone que los individuos tienen pleno conocimiento de la regulación, son neutrales al riesgo, y que no hay costos de transacción, para los individuos ni para las entidades del Estado.

El beneficio esperado por la comisión de la conducta infractora está compuesto por el ingreso esperado en función a dos estados de la naturaleza. En el primer estado, el individuo es capturado y sancionado. Y en el segundo, no es capturado. Cada estado de la naturaleza está ponderado por la probabilidad capturado o no captura, respectivamente.

$$BE = p(b - m) + (1 - p)b \geq 0 \tag{1}$$

donde BE es el beneficio esperado, b es el beneficio obtenido por la comisión del crimen, p es la probabilidad de captura y m es la multa impuesta por la comisión y captura de la infracción.

Despejando la ecuación [1] se obtiene la siguiente expresión:

$$BE = b - pm \geq 0 \quad (2)$$

En ese sentido, el individuo cometerá la infracción si el beneficio esperado por la comisión de la infracción es mayor a cero. Caso contrario, no tendrá los incentivos necesarios para cometerla.

Cabe señalar, que la decisión individual respecto a la comisión de la infracción tiene efectos en el bienestar social. La comisión de la infracción provoca un daño social (d) que el Estado quiere evitar a fin de maximizar el bienestar social. Sin embargo, el Estado, al realizar un esfuerzo (e) para supervisar y capturar a los individuos infractores que generan costos sociales que disminuyen el bienestar social. Siempre y cuando d sea mayor a b .²

Es decir, a mayor e se incrementa p , lo que incrementaría los costos generados por realizar la conducta infractora (pm) y así evitar el d .

Donde el bienestar social (S) se puede expresar en función al BE , d y e .

$$Si = \begin{cases} BE > 0 \Rightarrow S = -d + b - pm - e(p) \\ BE \leq 0 \Rightarrow S = -e(p) \end{cases} \quad (3)$$

Al respecto, el Estado debe elegir la situación que maximice el bienestar social. Esta situación corresponde al estado donde el beneficio esperado por la comisión de la infracción es menor o igual a cero. Esto implica que:

$$pm > b \quad (4)$$

De la expresión [4] se deduce que el Estado tiene como herramientas de política a p y m ; y debe elegir el nivel adecuado de las mismas, cuyo producto supere b . Nótese que p y m son sustitutos.

No obstante, si el Estado elige un nivel bajo de p y una m muy alta entonces es posible que no se disuada la comisión de infracciones. Asimismo, si p y e son muy altas, aún sin presencia de d , se estaría disminuyendo el S . Es decir, niveles no adecuados de p y m ocasionan pérdidas de bienestar social.

Vásquez & Gallardo (2006), en base al trabajo de Polinsky y Shavell (2000), suponen que \bar{p} y \bar{e} están fijos en el corto plazo y que la multa óptima (m^*) se puede expresar en función del ingreso por realizar la conducta infractora (b) o el daño social (d).

$$m^* = \frac{b}{\bar{p}} \quad (5)$$

En resumen, la multa óptima (m^*) es directamente proporcional a b o d , e inversamente proporcional a p , suponiendo un óptimo esfuerzo por parte del Estado. Entonces, para estimar el valor de m^* se tienen que estimar b o d , según corresponda.

Tomemos como ejemplo a las multas de tránsito. El esfuerzo al que se hace referencia son las horas hombre que la Policía de Tránsito utiliza para detectar infracciones. Entonces, una mayor cantidad de horas implica una mayor probabilidad de detección de infracciones. Pero, este mayor uso de horas hombre para la detección de infracciones de tránsito requerirá de mayores recursos que podrían haber sido utilizados para otras actividades que otorguen un mayor bienestar social u actividades con mayor riesgo de daño social.

Este ejemplo nos permite apreciar que si se quisiera capturar a todos los conductores que se pasen una luz roja se tendría que poner a un policía de tránsito bajo cada semáforo, cosa que es absurdo. Por su parte, si no hubiese suficientes policías de tránsito se tendrían que imponer sanciones muy altas

²Si d es muy bajo y b es muy alto, entonces, no sería eficiente sancionar o disuadir estas conductas porque la comisión de las mismas incrementaría el bienestar social.

que podrían generar una disminución del bienestar social por la extracción excesiva de recursos a las personas jurídicas o naturales.

En esta sección se ha presentado un modelo simple del que se desprende la multa óptima y los supuestos considerados para estimarla. En la siguiente sección se describirá, de manera general, el marco legal vinculado a las sanciones administrativas en el Perú, su procedimiento, los criterios que la conforman y los tipos de sanciones administrativas.

3. Las sanciones administrativas en el Perú

La sanción administrativa es una consecuencia jurídica de carácter punitivo por la comisión y verificación de una conducta sancionable, cometida por un agente económico. En ese contexto, la sanción administrativa tiene como objetivos (Osinergmin, 2012; OSINFOR, 2013a):

- i. reprimir o regular la conducta de los agentes económicos; y,
- ii. prever que la comisión de la infracción no resulte más ventajosa que cumplir la regulación o asumir la sanción.

3.1. Procedimiento administrativo sancionador

Las sanciones administrativas son impuestas mediante el procedimiento administrativo sancionador. Este procedimiento se encuentra regulado en la Ley N° 27444 y la normativa particular de cada sector o entidad del Estado.

El procedimiento administrativo se consiste de tres etapas. La primera es la supervisión que realizan las entidades del Estado a fin de detectar y registrar la conducta infractora. Luego de detectada y registrada, la segunda etapa consiste en evaluar la conducta en función a las pruebas y a la normativa. Finalmente, en la tercera etapa se impone una sanción administrativa, de considerarse necesaria.

Por ejemplo, el caso de una multa de tránsito a unidad de transporte público. En primer lugar, un Policía de Tránsito detecta que se ha incumplido el Reglamento de Tránsito y se entrega al conducto una papeleta. Luego, la entidad distrital revisa y evalúa las pruebas presentadas por la Policía de Tránsito e impone la sanción de acuerdo con la tabla de multas del Reglamento de Tránsito; y, finalmente, entrega el documento correspondiente en el domicilio del propietario de la unidad o al titular de la licencia de conducir.

Si bien el procedimiento administrativo sancionador culmina con la imposición de la multa, existen otros procedimientos o procesos que se deberían tener en cuenta. Las personas naturales o jurídicas pueden apelar, en la misma entidad, la sanción administrativa, presentando pruebas nuevas o solicitando que se considere otra interpretación de la normativa general o sectorial. Luego de resuelta esta apelación, y si no le resulta favorable a la persona natural o jurídica, puede iniciar un proceso en él.

Por la situación antes descrita, pasan la mayoría de sanciones administrativas, con plazos que muchas veces no se pueden prescindir; ya sea por falta de recursos o por imposición normativa. El procedimiento administrativo sancionador puede durar como máximo cuatro (04) años. Asimismo, las apelaciones pueden durar dos (02) años y el mismo periodo podría tardar el Poder Judicial en resolver la controversia.

No obstante, luego de resuelta la controversia en el Poder Judicial, las sanciones administrativas no se cumplen inmediatamente. Generalmente, las sanciones son ejecutadas de manera coactiva, es decir, de manera forzosa. Este procedimiento de ejecución coactiva de las sanciones administrativas tiene su propia regulación y plazos. Este procedimiento podría tardar otros dos (02) años.

En resumen se ha descrito el procedimiento administrativo sancionador, en términos generales.

Asimismo, se han mostrado los mecanismos que poseen las empresas o personas para apelar la sanción administrativa en la misma entidad y en el Poder Judicial. Por último, el proceso completo, desde la detección de la conducta infractora hasta que la sanción sea ejecutada, podría superar los ocho (08) años. Nótese que la teoría de la ejecución pública de las leyes supone que las conductas infractoras son sancionadas de manera inmediata; sin embargo, la realidad es que la ejecución de las sanciones puede tardar varios años.

3.2. Criterios de cuantificación

Las sanciones administrativas están reguladas por principios generales en el que se destaca el principio de razonabilidad. Este principio incorpora los criterios económicos presentes en la teoría de ejecución pública de las leyes presentadas en la sección 2.

Cuadro 1: Criterios complementarios utilizados para la graduación de sanciones administrativas

Criterio	Cantidad
daño potencial o real	59
circunstancias de la comisión de la infracción	27
conducta procesal del investigado	22
reincidencia o reiterancia	21
beneficio esperado o efectivo	17
características particulares del infractor	15
subsanción de la infracción	13
probabilidad de detección de la infracción	5
otras	18

Nota: El listado de normas revisadas se puede encontrar en <https://unmsm.academia.edu/CesarYonashiro> o <https://data.world/cesaryona>. Fuente: Normativa. Elaboración propia.

En atención al principio de razonabilidad, las entidades del Estado deben prever que prever que la comisión de la conducta sancionable, y su consecuente sanción, no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas. En ese sentido, la cuantificación de las sanciones debe seguir los siguientes criterios:

- i. el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- ii. la probabilidad de detección de la infracción;
- iii. la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- iv. el perjuicio económico causado;
- v. la reincidencia, definida como la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
- vi. las circunstancias de la comisión de la infracción; y,
- vii. la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

Por su parte, cada sector establece normas especiales a fin de regular la conducta de los agentes en cada sector o actividad económica. En el siguiente cuadro, se pueden observar los criterios complementarios presentes en la normativa especial. El principal criterio complementarios es el daño potencial o real de la conducta infractora; seguida por las circunstancias de la comisión de la infracción y la conducta procesal del investigado, entre otros. El cuadro [2] presenta un resumen de estos criterios complementarios.

3.3. Tipos de sanciones

Las principales sanciones administrativas en el Perú son la multa, la suspensión y la amonestación. Las multas están presentes en toda la normativa sectorial, mientras que las suspensiones y las amonestaciones aparecen en menos de la mitad. No obstante, la sanción administrativa más onerosa es la cancelación o revocación del acto administrativo que autoriza la actividad económica. Asimismo, se puede apreciar que existe una variedad de sanciones administrativas y que las instituciones no prevén aplicar todos los tipos de sanciones.

Cuadro 2: Principales saciones administrativas.

Número	Clasificación	Cantidad
1	multa	40
3	suspensión	18
3	amonestación	18
4	cancelación	12
5	decomiso	10
6	revocación	8
7	inhabilitación	7
8	cierre	6
9	clausura	5
10	paralización de obras	3
11	destitución	3
12	otros	12

Nota Los tipos de sanciones se presentan e 40 de las 51 normas sectoriales revisadas.
Fuente: Normativa sancionadora. Elaboración propia.

4. El cálculo de las multas administrativas

Las metodologías de cálculo, basadas en la teoría de la ejecución pública de la leyes, son aplicadas por SUNASS, SUSALUD, OEFA, OSINFOR, Indecopi, entre otros (SUNASS, 2015; SUSALUD, 2014; OEFA, 2013; OSINFOR, 2013b; Indecopi, 2013). En términos generales, estos organismos utilizan la siguiente ecuación para calcular las multas:

$$\text{Multa} = \frac{b}{p} F \tag{6}$$

donde b es el beneficio o el daño ocasionado por la conducta infractora y p es la probabilidad de captura. El término $\frac{b}{p}$ se denomina multa base y se le multiplican los factores agravantes y atenuantes (F) que le sean aplicables.

Se desprende que la expresión [6] es una variación de la ecuación [5] y que a ambas ecuaciones le subyacen los mismos supuestos. Entre otros, estos supuestos son el i) pleno conocimiento de las leyes y las sanciones, ii) la neutralidad del riesgo de los individuos, iii) que la probabilidad de captura está determinada; y, iv) la inmediatez de la sanción. Nótese que estos supuestos no se ajustan necesariamente con el comportamiento de los agentes económicos peruanos ni con los plazos que se presentan en la realidad.

Por su parte, las multas se establecen en función a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). La UIT es un valor de referencia tributaria utilizada para determinar las bases imposables, las deducciones, los límites de afectación; y, para aplicar sanciones, obligaciones contables, entre otras. Para el determinar el valor de la UIT se consideran supuestos macroeconómicos (MEF, 2013). Actualmente el valor de una (01) UIT supera los 4000 soles (cuatro mil soles).

En las siguientes sub secciones se presentan las estrategias de estimación seguidas por las entidades del Estado a fin de cuantificar b , p y F .

4.1. Aproximación al beneficio o daño ocasionado

El término b resulta ser el más sencillo de estimar y se expresa en términos monetarios. Este término se estima mediante distintas metodologías:

- i. los ingresos obtenidos por la actividad infractora (SUNASS, 2015; ANA, 2015; OEFA, 2013),
- ii. la utilidad operativa obtenida como resultado de la actividad infractora (Indecopi, 2013; OSINFOR, 2013b),
- iii. los costos evitados o postergados de no cumplir con la normativa (ANA, 2015; OEFA, 2013; SUNASS, 2015; OSITRAN, 2017), y
- iv. el daño ocasionado por la conducta infractora (Vásquez & Gallardo, 2006; Indecopi, 2013; OEFA, 2013).

Nótese que, las entidades del Estado tienen que estimar o cuantificar, en todos los casos, el beneficio o el daño ocasionado por la conducta infractora. Esta información no se pueden obtener con facilidad y requieren de un equipo de trabajo multidisciplinario que se encargue de generar la misma con los datos disponibles.

Asimismo, estas metodologías presentan ventajas y desventajas respecto a la cantidad de información, recursos y conocimientos. La metodología de ingresos obtenidos requiere menor información que el resto de metodologías. Las metodologías de costos evitados y utilidad operativa requieren de un nivel medio de información y la estimación monetaria de los daños requiere un nivel alto de información y conocimientos especializados. A fin de obtener información relevante con los datos disponibles, se requiere necesariamente realizar varios supuestos que permitan una aproximación al resultado deseado o ideal.

De poseer los recursos necesarios, las entidades del Estado podrían estimar el factor b por las cuatro metodologías antes presentadas y con el propósito de imponer una multa disuasiva se tendría elegir el mayor valor encontrado.

Por otro lado, de considerarse necesario, se actualiza el valor estimado mediante el uso de una tasa de interés. La actualización se realiza mediante el costo de oportunidad del sector (OEFA, 2013; ANA, 2015), bajo el supuesto de que la empresa utiliza los fondos obtenidos por la actividad infractora en inversiones de largo plazo (Vásquez & Gallardo, 2006).

4.2. Estimación de la probabilidad de captura

La probabilidad de captura es un factor importante para la estimación de la multa base. La probabilidad utilizada para estimar la multa base resulta ser una aproximación subjetiva de la entidad. En algunos casos considera como probabilidad de captura hasta que la misma sea cancelada por el presunto infractor y en otras solo hasta el momento en que se detecta la conducta infractora (probabilidad de detección).

Indecopi (2013) considera que la probabilidad de captura está determinada por la posibilidad de que la conducta infractora sea detectada por sus supervisores o fiscalizadores, además, de que la multa sea efectivamente cancelada. En ese sentido, consideran que la probabilidad de detección de la conducta infractora se encuentra entre 0 % y 100 %; y, la probabilidad de esta multa sea efectivamente pagada entre 30 % y 90 %. La estimación de estas probabilidades se realizó mediante entrevistas a los órganos internos del Indecopi.

SUNASS (2015) considera la probabilidad de captura y sanción como la posibilidad de que la conducta infractora sea detectada y sancionada. En este caso, SUNASS (2015) presenta tres niveles de probabilidad: alta, media y baja, con probabilidades de 1, 0.5 y 0.1 (100 %, 50 % y 10 %), respectivamente. La probabilidad se considera alta si resulta fácilmente observable, media cuando resulta de denuncias de terceros y baja si es detectada por los supervisores de la SUNASS. De forma similar, OSITRAN (2017) presenta la misma escala de probabilidad con valores de 100 %, 50 % y 20 %.

ANA (2015) y OEFA (2013) consideran como probabilidad de captura a la probabilidad de la conducta infractora sea detectada. Ambas instituciones presentan cinco niveles de probabilidad. Los niveles de probabilidad son: muy alta, alta, media, baja y muy baja con probabilidades 1, 0.75, 0.5, 0.25 y 0.1 (100 %, 75 %, 50 %, 25 % y 10 %), respectivamente. En ese contexto, si la empresa infractora reporta la comisión de la infracción entonces se le aplica el nivel de probabilidad muy alta. Si es denunciado por un afectado o por un no afectado se aplicará un nivel de probabilidad alta o media, respectivamente. Si fue detectada por una inspección de los supervisores entonces se aplica el nivel de probabilidad baja y si ha mentido en su reporte de comisión de la infracción se aplica un nivel de probabilidad muy baja.

OSINFOR (2013) supone una probabilidad igual a 1 (100 %). Esta institución considera que realiza los esfuerzos de supervisión necesarios para cubrir el total del universo de supervisión. Cubrir el universo de supervisión no significa que se esté realizando un esfuerzo óptimo ni que se haya alcanzado el mínimo social de infracciones.

4.3. Aplicación de factores agravantes y atenuantes

Luego de estimada la multa base, las entidades del Estado aplican factores agravantes y atenuantes que consideren necesarias. Estos factores no parecen estar vinculados con los esfuerzos de supervisión y cobro de las multas, ni tampoco al daño ocasionado por las conductas infractoras, dado que ya estarían consideradas en b y p . Sin embargo, parece que su uso está vinculado con la aplicación de todos los criterios presentados en la normativa general y sectorial pero que no están presentes en la teoría de la ejecución pública de las leyes.

Los factores agravantes y atenuantes incrementan o reducen el valor de la multa base, en función, principalmente, de los criterios presentados en la normativa sectorial. Los factores agravantes tienen un efecto positivo en la cuantía de la multa y están vinculados al daño potencial y la reincidencia o reiterancia de la conducta infractora. Por otro lado, los criterios atenuantes se encuentran vinculados con la subsanación de la infracción. Además, dependiendo del caso, las circunstancias de la comisión de la infracción, la conducta procesal del investigado y las características particulares del infractor, podrían aumentar o reducir la multa base.

En términos operativos, los factores agravantes y atenuantes, incrementan o disminuyen, la multa base en distintos porcentajes, dependiendo de la entidad del Estado que los aplique. Los factores agravantes incrementan la multa base entre 3 % y 180 % y los factores atenuantes disminuyen la multa base entre 5 % y 50 %.

Al respecto, ANA (2015) y OEFA (2013) presentan atenuantes entre 10 % y 50 % pero agravantes entre 5 % - 150 % y 4 % - 180 %, respectivamente. Asimismo, OSINFOR (2013) presenta los agravantes y atenuantes más bajos, entre 3 % - 5 % y 5 % - 10 %, respectivamente. Por otro lado, OSITRAN (2017) presenta agravantes entre 10 % y 35 %, y atenuantes entre 20 % y 40 %. Del mismo modo, SUNASS (2015) presenta agravantes entre 10 % y 50 %, y atenuantes entre 5 % y 20 %.

Cabe mencionar que, a diferencia de los beneficios y la probabilidad de captura, las entidades del Estado no precisan las razones por las cuales establecen los niveles presentados de agravantes y atenuantes.

4.4. Escalas y multas máximas

La normativa sectorial clasifica las sanciones en función a una escala de acuerdo a su gravedad y, en algunos casos, prevé que las multas podrían alcanzar niveles que afectarían financieramente a las empresas o personas. Las multas administrativas se presentan generalmente por la escala leves, graves y muy graves. Las multas leves tienen un mínimo de 0.04 UIT y un máximo de 1000 UIT. Por otro lado, las multas graves tienen un mínimo de 0.08 UIT y un máximo de 3500 UIT. Finalmente, las multas mínimas son de 0.12 UIT y un máximo de 30000 UIT. Los mínimos presentados se encuentran en la tabla de infracciones de tránsito (MTC, 2009) y los máximos en la normativa ambiental. (Ver Anexo II). Algunas normas no presentan escalas para las sanciones y otras no precisan una multa máxima.

Algunas normas sectoriales establecen multas máximas en función a los ingresos anuales que perciben las personas naturales o jurídicas. Este máximo se encuentra dentro del rango del 3 % y 20 % de los ingresos anuales, con una moda del 10 %. Aunque no se menciona en ningún documento, este límite en función a los ingresos podría estar vinculado con la utilidad promedio de las empresas. En el 2013, el promedio de la utilidad obtenida en el año respecto a las ventas fue de 8.83 %. En ese mismo año, las grandes empresas obtuvieron un margen de utilidad sobre las ventas en el sector hidrocarburos de 16.5 %, en servicios de electricidad, 13.8 %, en pesca, 13.1 %, construcción, 9.6 %, transporte y comunicaciones, 7.8 %, hospedaje, restaurantes y agencias de viaje, 3.5 %, manufactura, 3.1 %, comercio, 2.1 %, y otros servicios, 10 %. (INEI, 2015).

Al respecto, OEFA (2013) presenta una explicación legal respecto a la aplicación de este tipo de multas máximas. En tal sentido, señala que: «En aplicación del principio de no confiscatoriedad, la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10 %) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción».³

³El artículo 74 de la Constitución Política del Perú de 1993 indica, entre otros, que «(...) Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio». En relación al principio de no confiscatoriedad, el Tribunal Constitucional (2004) señala: «(...) informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonablemente y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas», y el Tribunal Constitucional (2003) aclara que: «(...) se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente se admite para no vulnerar el derecho de la propiedad (...)». Las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional hacen referencia al principio de proporcionalidad y al derecho de propiedad.

Desde la concepción clásica alemana, el principio de proporcionalidad significa: «prohibición en exceso». A fin de analizar si alguna normativa es una prohibición en exceso se evalúan tres subprincipios: (i) idoneidad, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad. Esta metodología se utiliza para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional, 2004b).

El derecho de propiedad es: (i) un derecho pleno, en el sentido que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos dentro del ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y es (ii) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o de solo querer de un tercero, salvo excepciones

Nótese que, si el daño y el beneficio, generados por la conducta infractora, son superiores a la multa máxima, entonces, no habrá disuasión. En este caso se deberían asignar los recursos necesarios e implementar las barreras adecuadas que impidan la ocurrencia de estas conductas infractoras o cancelar definitivamente la actividad económica de la persona jurídica o natural.

4.5. Reducción de multas

La normativa sectorial también prevé que los sancionados puedan cancelar sus multas con un descuento.

Las multas se pueden reducir entre un 10 % y 90 %. Esta reducción depende de varias condiciones, entre las que se destacan: i) la subsanación de la conducta antes de la notificación y ii) el pago de la multa dentro de un periodo de tiempo, que varía entre 5 y 30 días hábiles. En algunos casos, solo se puede aplicar a esta reducción la primera vez que se incurre en la conducta infractora. Asimismo, la Ley Nro. 27444 y sus modificatorias, indica que, si la empresa o las personas reconocen su responsabilidad de forma expresa y por escrito, la multa puede ser reducida hasta «un monto no menor a la mitad de la misma».

5. Conclusiones

Las teoría de la ejecución pública de las leyes nos permite apreciar los elementos que incentivan la comisión de las conductas infractoras y los costos que implican su detección y sanción.

En el Perú, la teoría de la ejecución pública de las leyes se utiliza principalmente para estimar el valor de las multas en función al beneficio obtenido por la conducta infractora y los esfuerzos realizados para su detección; para lo cual aplican distintas metodologías, y haciendo abstracción de algunos aspectos de la realidad, las cuales contradicen el marco teórico.

Sin embargo, se podría mejorar la metodología con la representación de los agentes peruanos y un modelo que considere los plazos del procedimiento administrativo sancionador.

Referencias

- [1] ANA. (2015). Resolución Jefatural Nro 181-2015-ANA. Pre publicación de la Norma para el cálculo de sanciones económicas por infracciones en materia de recursos hídricos. Lima.
- [2] ANA. (2016). Resolución Jefatural Nro 038-2016-ANA. Sanciones administrativas en materia de recursos hídricos y medidas complementarias. Lima.
- [3] Beccaria, C. (1764). Tratado de los delitos y de las penas. (J. de las Casas, Trad.) Madrid. Obtenido de https://books.google.com.pe/books?id=9RG7QV6MhVcC&printsec=frontcover&dq=de+los+delitos+y+las+penas&hl=es&ei=KIRsTqKobYLd4QSu06nfBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- [4] Becker, G. (1974). Crime and Punishment: An Economic Approach. (G. Becker, & W. Landes, Edits.) Essays in the Economics of Crime and Punishment, 1-54.
- [5] Bentham, J. (1931). Theory of Legislation (Second Edition ed.). (R. Hildreth, Trad.) London: Trubner & Co., 60, Paternoster Row. Obtenido de https://books.google.com.pe/books?id=wYYDAAAQAQAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- [6] Beteta, E., del Pozo, J., & Bielich, C. (2015). Estudio para la Elaboración de una Propuesta Metodológica para el Cálculo de las Sanciones a las Infracciones de las Normas Regulatorias en Materia de Transporte y Tránsito Terrestre. Lima.

que prevé la Constitución. Estas restricciones son: (a) establecida por Ley, (b) ser necesaria, (c) ser proporcionales, (d) de hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (Tribunal Constitucional, 2007).

- [7] Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics* (6th edition ed.). Berkeley Law Books.
- [8] Indecopi. (2013). Documento de Trabajo Nro 01-2012/GEE "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi". Documento de Trabajo, Lima.
- [9] INEI. (2015). Perú: Características Económicas y Financieras de las Empresas, 2013. Lima.
- [10] MEF. (2013). Decreto Supremo Nro 133-2013-EF. Texto Único Ordenado del Código Tributario.
- [11] MTC. (2009). Decreto Supremo Nro 016-2009-MTC. Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito - Código de Tránsito. Lima.
- [12] OEFA. (2013). Resolución de Presidencia de Consejo Directivo Nro 035-2013-OEFA/PCD. Fórmulas que expresan la metodología aprobada en el artículo 1ro de la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo Nro 035-2013-OEFA/PCD. Lima.
- [13] Osinergmin. (2012). Resolución del Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN Nro 272-2012-OS-CD. Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN.
- [14] OSINFOR. (2013a). Resolución Presidencial Nro 007-2013-OSINFOR. Reglamento de Procedimiento Administrativo Único (PAU).
- [15] OSINFOR. (2013b). Resolución Presidencial Nro 016-2013-OSINFOR. Metodología de Cálculo del Monto de las Multas a imponer por el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre - OSINFOR. Lima.
- [16] OSIPTEL. (2010). Documento de Trabajo Criterios para la cuantificación de las sanciones a ser impuestas por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL". Lima.
- [17] OSITRAN. (2011). Resolución de Consejo Directivo Nro 047-2011-CD-OSITRAN. Pre publicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.
- [18] OSITRAN. (2017). Resolución de Consejo Directivo Nro 009-2017-CD-OSITRAN. Proyecto de Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones. Lima.
- [19] Polinsky, A. M., & Shavell, S. (2000). The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, 45-76.
- [20] Polinsky, A. M., & Shavell, S. (2005). *Economic Analysis of Law*. Stanford: Stanford Institute for Economic Policy Research.
- [21] Polinsky, A. M., & Shavell, S. (2007). Preface. En A. M. Polinsky, & S. Shavell (Edits.), *Handbook of Law and Economics* (Vol. 1, págs. xi-xii). Obtenido de <http://www.sciencedirect.com/science/handbooks/15740730>
- [22] Posner, R. (1985). An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*.
- [23] PRODUCE. (2011). Decreto Supremo Nro 019-2011-PRODUCE. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas - RISPAC. Lima.
- [24] PRODUCE. (2016). Resolución Ministerial Nro 136-2016-PRODUCE. Publicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Supervisión y Sanción en las Actividades Pesqueras y Acuículas (RESSPAC). Lima.
- [25] SUNASS. (2015). Guía metodológica para el cálculo de multas impuestas por la SUNASS.
- [26] SUSALUD. (2014). Resolución de Superintendencia Nro 083-2014-SUSALUD/S. Proyecto de norma que aprueba la "Metodología de Cálculo de Sanciones aplicables a las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y Unidades de Gestión de IPRESS". Lima.
- [27] Tribunal Constitucional. (2003). Expediente Nro 2302-2003-AA/TC.
- [28] Tribunal Constitucional. (2004a). Expediente Nro 0041-2004-AI/TC.
- [29] Tribunal Constitucional. (2004b). Expediente Nro 0045-2004-AI/TC.
- [30] Tribunal Constitucional. (2004c). Expediente Nro 0090-2004-AA/TC.
- [31] Tribunal Constitucional. (2007). Expediente Nro 05614-2007-AA.
- [32] Vásquez, A. (2006). Sistemas de Sanciones por Daños Ambientales para la Fiscalización de la Industria de Hidrocarburos en el Perú - Documento de Trabajo Nro 20. Oficina de Estudios Económicos - OSINERG.

- [33] Vásquez, A., & Gallardo, J. (2006). Sistemas de Supervisión y Esquemas de Sanciones para el Sector Hidrocarburos - Documento de Trabajo Nro 10. Oficina de Estudios Económicos - OSINERG.