INNOVACIÓN EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS, CONTRATACIÓN PÚBLICA, UNIDAD DE MERCADO E INFRACCIONES AMBIENTALES

Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación

II Anuario Internacional de
Derecho Administrativo Económico y Regulación

Innovación en la regulación de servicios, contratación pública, unidad de mercado e infracciones ambientales

Ponencias del Segundo
Congreso Internacional de
Derecho Administrativo Económico y
Regulación

Pierino Stucchi López Raygada
Paulo Comitre Berry
(Editores)

Escriben:

Rafael Ariño Sánchez
Sandra Ponce de León Salucci
Víctor Murillo Huamán
Carlos González Palacios
Carlos J. Laplacette
Raquel C. Alianak
Francisco Ochoa Mendoza
Matilde Carlón Ruiz
Óscar R. Aguilar Valdez
Cecilia E. López Muñoz
Manuel Gómez Tomillo

esan
esan ediciones
esan graduate school of Business Law
PALESTRA

Anuario Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación
N.° 2, 2023

INNOVACIÓN EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS, CONTRATACIÓN PÚBLICA, UNIDAD DE MERCADO E INFRACCIONES AMBIENTALES

Ponencias del Segundo Congreso Internacional de
Derecho Administrativo Económico y Regulación

Pierino Stucchi López Raygada
Paulo Comitre Berry
(Editores)

Edición, diciembre 2023

© 2023: Pierino Stucchi López Raygada, Paulo Comitre Berry

© 2023: Palestra Editores S.A.C.
Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú
Telf. (511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

© Universidad ESAN
Av. Alonso de Molina 1652, Surco, Lima, Perú
www.esan.edu.pe - esanediciones@esan.edu.pe

Impresión y encuadernación:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pj. Maria Auxiliadora N.° 156, Breña
Diciembre, 2023

Cuidado de edición:
Manuel Rivas Echarri
Óscar Carrasco

Corrección de estilo:
Óscar Carrasco

Diagramación:
John Paolo Mejía Guevara

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-12541

ISSN: 2955-8115

Tiraje: 200 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 13
Pierino Stucchi López Raygada
Paulo Comitre Berry
(Editores)

PARTE I
INNOVACIÓN EN LA REGULACIÓN
DE SERVICIOS PÚBLICOS

ACERCA DEL SISTEMA MARGINALISTA DE FIJACIÓN DE PRECIOS
EN EL MERCADO *SPOT* DE ELECTRICIDAD 19
Rafael Ariño Sánchez
(España)

1. El mercado marginalista en electricidad 21
2. Pero nada hay perfecto bajo el sol 27
3. Las propuestas del grupo crítico español frente al mercado marginalista y razones que animan a pensar en un futuro cambio del sistema 29
4. La propuesta de modificación del diseño del mercado eléctrico de la Dirección General de Energía de la UE del 14 de marzo de 2023 34
5. Conclusión 38

Referencias bibliográficas 40

REGULACIÓN DE LOS NIVELES DE SERVICIO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE: CAMBIO DE PARADIGMA 41

Sandra Ponce de León Salucci
(Chile)

1. Cambio regulatorio que incorpora el nivel de servicio como elemento de la infraestructura concesionada 43
2. Efectos del cambio regulatorio 44
3. ¿Se modifica el sistema de riesgos contractual? 51
4. Medidas regulatorias para el resguardo de la competencia del proceso de contratación 52
5. Tratamiento del incumplimiento grave del contrato por parte de la concesionaria 54
6. Modificación del sistema de resolución de conflictos 55
7. Experiencia previa que fue considerada por el legislador para aprobar los cambios regulatorios 55
8. Reflexiones y conclusiones 56

Referencias bibliográficas 58

CÓMO ALIGERAR Y HACER MÁS EFICAZ LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ENERGÉTICOS 59

Víctor Murillo Huamán
(Perú)

1. El mercado de los servicios públicos energéticos 60
2. Las fallas de los mercados energéticos 61
3. La regulación como intervención del Estado 63
4. Empoderando al consumidor: más allá de la labor de supervisión de la autoridad 68
5. La digitalización y los consumidores 70
6. Profundizando la mejora regulatoria 72
7. Los permisos administrativos y la digitalización 76
8. Facilitadores para una permisología automatizada 79

9. Conclusiones 83

Referencias bibliográficas 83

NUEVAS TENDENCIAS EN LA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO EN MODELOS COMPARADOS 85

Carlos González Palacios
(Perú)

1. Francia: el modelo de movilidad activa y compartida 87
2. España: un planeamiento del transporte basado en líneas de actuación 2.0 89
3. Alemania: el modelo europeo de digitalización del transporte 92
4. Conclusión sobre los tres países 93
5. El caso del Perú 94

Referencias bibliográficas 95

PARTE II
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: LA AMENAZA DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA COMO FUENTE DE CORRUPCIÓN 99

Carlos J. Laplacette
(Argentina)

1. Principales previsiones normativas en materia de soborno 100
2. Declaración de nulidad del contrato 101
3. Rescisión por incumplimiento contractual 103
4. La denominada «rescisión» del artículo 10 del decreto 1023/2010 106
5. Nulidad y rescisión. Determinación de la figura aplicable 108
6. Conocimiento del vicio y autoría de los actos ilegales 115
7. Relaciones entre el contrato administrativo y la causa penal por soborno 116
8. Procedimiento para la extinción del contrato 118

9. Continuidad de la prestación 120

10. Lo que ocurre en la realidad 122

11. Algunos caminos para repensar 123

12. Ideas finales 126

Referencias bibliográficas 127

CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA, INNOVADORA, SOCIALMENTE RESPONSABLE, PROFESIONALIZADA Y SIN CORRUPCIÓN 131

Raquel C. Alianak
(Argentina)

1. Contratación pública estratégica 131

2. Contratación innovadora 133

3. Contratación pública socialmente responsable 135

4. Contratación profesionalizada 137

5. Contratación sin corrupción 138

PARTE III
ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS
Y UNIDAD DE MERCADO

ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y MEJORA REGULATORIA 149

Francisco Ochoa Mendoza
(Perú)

1. Control posterior en el Perú 150

2. Control previo en el Perú 155

3. Retos y oportunidades en el control previo y el control posterior 159

4. Conclusiones 166

Referencias bibliográficas 167

EL PAULATINO ARRINCONAMIENTO DE LA TÉCNICA AUTORIZATORIA DESDE LA LÓGICA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN CLAVE EUROPEA Y ESPAÑOLA 169

Matilde Carlón Ruiz
(España)

1. Planteamiento: luces y sombras del arrinconamiento de la técnica autorizatoria inspirada desde Europa 169
2. Primer embate: el carácter excepcional de la autorización en el marco de la Directiva de Servicios ante una lista abierta de razones imperiosas de interés general 171
3. Segundo embate: la clausura de la lista de razones imperiosas de interés general en la Ley 17/2009, que transpone la Directiva de Servicios, y su reducción para el ámbito local mediante la Ley 2/2011, de Economía Sostenible 176
4. Tercer embate: la reducción a cuatro de las posibles razones de interés general legitimadoras de autorizaciones para cualesquiera de las actividades económicas en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado 181
5. La generalización del planteamiento en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y los retos del nuevo modelo 185

Referencias bibliográficas 188

PARTE IV
SUPERVISIÓN, MEDIDAS CORRECTIVAS
Y SANCIONES EN MATERIA AMBIENTAL

REGULACIÓN Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS: CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA AMBIENTAL 191

Óscar R. Aguilar Valdez
(Argentina)

1. La regulación y sus déficits 192
2. La regulación responsiva y la función de la sanción administrativa en materia regulatoria 195
3. Algunas consecuencias de considerar la sanción como un instrumento de regulación responsiva en materia ambiental 201

4. Conclusiones 207

Referencias bibliográficas 208

APUNTES PARA LA EFECTIVIDAD DEL DISEÑO DE INSTRUMENTOS DE MEJORA DEL DESEMPEÑO AMBIENTAL: A PROPÓSITO DE LA REVISIÓN DEL ESQUEMA DE APLICACIÓN DE INCENTIVOS EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL 211

Cecilia E. López Muñoz
(Perú)

1. Los esquemas de incentivos como instrumentos para la mejora del desempeño ambiental de las empresas 212
2. El rol del OEFA y el régimen de incentivos en el ámbito de la fiscalización ambiental 214
3. Algunos puntos clave en el proceso de revisión del régimen de incentivos en la fiscalización ambiental 220
4. Conclusiones 223

Referencias bibliográficas (y bibliografía adicional) 223

PARTE V
PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y *COMPLIANCE*

LOS DERECHOS A GUARDAR SILENCIO, A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO DECLARARSE CULPABLE, Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO 227

Manuel Gómez Tomillo
(España)

1. El derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas: panorámica 228
2. La negativa a entregar documentación en el procedimiento penal 236
3. El derecho a no autoincriminarse en los procedimientos de inspección y supervisión administrativa 240
4. Fundamento del diferente alcance del derecho en procedimientos punitivos y en procedimientos de inspección y supervisión administrativa 244

5. El problema del requerimiento para entregar el programa de cumplimiento, denuncias internas, diligencias seguidas con ocasión de estas o análisis de riesgos 246

6. Referencia al procedimiento administrativo sancionador y a ámbitos en los que son obligatorios los planes de cumplimiento 248

7. Conclusiones 253

Referencias bibliográficas 254

Presentación

En 2022 organizamos el II Congreso Internacional de Derecho Administrativo Económico y Regulación, llevado a cabo en el auditorio virtual de la Universidad ESAN. Los ponentes nacionales y extranjeros que participaron en este encuentro académico asumieron el compromiso de preparar por escrito el contenido de sus ponencias. Con base en estas valiosas contribuciones, tenemos el honor de editar este libro titulado *Innovación en la regulación de servicios, contratación pública, unidad de mercado e infracciones ambientales*, que es un segundo anuario en la especialidad del derecho administrativo y la regulación.

Cabe resaltar que los autores de este libro son académicos y profesionales iberoamericanos, expertos de referencia en cada uno de los temas abordados. La mayoría de ellos son juristas o abogados, todos conscientes de la relevancia del derecho administrativo para asegurar el principio y el derecho a la buena administración que tienen los ciudadanos.

La primera parte, relacionada con la innovación en la regulación de servicios, se abre con un análisis acerca del sistema marginalista de fijación de precios en el mercado *spot* de electricidad, donde se expone la experiencia en la jurisdicción española, a cargo del reconocido profesional y académico Rafael Ariño Sánchez (España), que aborda temas de patente actualidad. Asimismo, se presenta una contribución sobre la regulación de los niveles de servicio en las concesiones de obras públicas y el cambio de paradigma que dictan las necesidades actuales, a cargo de Sandra Ponce de León (Chile), académica

experta en la materia. Igualmente, se cuenta con una contribución dirigida a explicar cómo se puede aligerar y hacer más eficaz la regulación económica de los servicios públicos energéticos, desarrollada por Víctor Murillo Huamán (Perú), ingeniero peruano experto en el sector. Esta parte se cierra con la contribución sobre nuevas tendencias en la regulación del servicio de transporte público en modelos comparados, aporte de Carlos González Palacios (Perú), experto y profesor de la Universidad ESAN.

A su turno, la segunda parte registra un diálogo académico y profesional en relación con la contratación pública y la lucha contra la corrupción, donde el profesor Carlos José Laplacette (Argentina), distinguido académico y profesional, desarrolla un interesante análisis sobre los contratos administrativos y la lucha contra la corrupción, enfocando la amenaza de sanción administrativa como fuente de corrupción; y donde la profesora Raquel C. Alianak (Argentina), experta reconocida en la materia, aborda los elementos esenciales de la contratación pública estratégica, innovadora, socialmente responsable, profesionalizada y sin corrupción.

La tercera parte de este libro trata sobre el principio de unidad de mercado y el mecanismo de eliminación de barreras burocráticas. Al efecto, se abordan los principales contornos de la eliminación de barreras burocráticas en la jurisdicción peruana y su relación con la mejora regulatoria, en un estudio a cargo de Francisco Ochoa Mendoza (Perú), destacado funcionario público de carrera. Esta parte se complementa con un excelente planteamiento de la destacada catedrática Matilde Carlón Ruiz (España), que devela el proceso de paulatino arrinconamiento de la técnica de autorización desde la lógica de la unidad de mercado, en clave europea y española.

La cuarta parte se dedica a la supervisión, las medidas correctivas y las sanciones en materia ambiental, que es un conjunto temático de absoluta actualidad. Así, se presenta un estudio sobre la regulación y las sanciones administrativas, con especial referencia a la materia ambiental, a cargo de Óscar Aguilar Valdez (Argentina), especialista de talla internacional en esta materia; y, se presentan apuntes sobre la efectividad del diseño de instrumentos de mejora del desempeño ambiental, a propósito de la revisión del esquema de aplicación de incentivos en la fiscalización ambiental, trabajo elaborado por Cecilia López Muñoz (Perú), investigadora en la materia.

Cerrando la obra, la quinta parte contiene una valiosa contribución que aborda con precisión el derecho a no autoincriminarse y el *compliance* penal y

administrativo, y desarrolla reflexiones desde la perspectiva europea, de autoría de Manuel Gómez Tomillo (España), reconocido catedrático español experto en materia sancionadora y modelos de prevención.

Finalmente, corresponde expresar nuestro reconocimiento a la editorial Palestra, que, desde el compromiso con la investigación que expresan sus funcionarios Pedro Grández y Mayte Chumberiza, acoge y difunde este proyecto editorial anual cuyo segundo número materializa una valiosa colaboración con ESAN Ediciones.

Pierino Stucchi
Miembro
Foro Iberoamericano de
Derecho Administrativo

Paulo Comitre
Director
ESAN Business Law