

5 Regulación responsiva

Este capítulo describe las prácticas que sigue el OEFA para diseñar las fiscalizaciones basándose en las acciones de los sujetos regulados. También aborda los instrumentos legales disponibles que otorgan al OEFA la posibilidad de implementar respuestas regulatorias diferenciadas basándose en una serie de criterios y consideraciones. Asimismo, este capítulo presenta una evaluación de las prácticas que sigue el OEFA y propone áreas para llevar a cabo mayores mejoras.

La promoción del cumplimiento debe basarse en los principios de “regulación responsable”, es decir, las acciones de inspección y promoción del cumplimiento deben de modelarse con base en el perfil y comportamiento de empresas específicas (OECD, 2014^[1]), (OECD, 2018^[2]).

El principio de regulación responsable implica permitir a la legislación (o, por lo menos no prohibirle) un cumplimiento diferenciado (responsivo), que proporcione un marco apropiado para la discreción, incluyendo límites y rendición de cuentas. Una regulación responsable da mejores resultados que las sanciones uniformes.

La respuesta a la promoción del cumplimiento debe depender de las circunstancias y tener en cuenta elementos como la seriedad de las violaciones en términos de riesgo, registro de logros, la situación general del establecimiento, la disponibilidad para cumplir y mejorar, el intento o la falta de este, la disimulación y la transparencia. Se debe permitir la discreción, pero debe restringirse mediante la aplicación de principios y criterios como la proporcionalidad de riesgos y la rendición de cuentas.

La gradación de las sanciones disponibles se debe adecuar para permitir una disuasión creíble a través del escalamiento – que sea lo suficientemente ligero para usarlo cuando sea necesario, así como lo suficientemente fuerte para compensar las potenciales ganancias del incumplimiento. La legislación debe anticipar una gama de respuestas diferenciadas. Al mismo tiempo, los fiscalizadores deben asegurarse de que las fiscalizaciones tengan un seguimiento para garantizar el cumplimiento en casos de que se utilicen respuestas menos firmes.

Se necesita una clara distinción, pero también una articulación efectiva, entre las actividades regulatorias que se enfocan en promover el cumplimiento y las actividades de promoción del cumplimiento de la ley que se enfocan en combatir el crimen. Las fiscalizaciones regulatorias deben ser claramente distintas de la promoción del cumplimiento de la ley en el sentido criminal; no obstante, se requiere la articulación efectiva entre ambas actividades con el fin de evitar brechas en el sistema.

Las prácticas de cumplimiento deben diferenciar las respuestas de acuerdo con la trayectoria de los sujetos regulados, la evaluación de riesgos, la efectividad de las diferentes opciones y la fecha de establecimiento del negocio, tratando a las nuevas empresas de manera distinta. Esto significa considerar el impacto de la respuesta de la promoción del cumplimiento sobre el futuro cumplimiento, tanto dentro como fuera del establecimiento. Aunque lo primero refleja la posible respuesta del personal y la gerencia a las acciones de promoción de cumplimiento, un ejemplo de lo último es el efecto de ejemplaridad. Una orientación suficientemente detallada y una sólida capacidad profesional de los fiscalizadores son indispensables para evaluar adecuadamente la situación sobre el terreno.

Cumplimiento responsivo (proporcional)

El principio de regulación responsable se incorpora en el Reglamento de Supervisión del OEFA. El documento anticipa que las supervisiones deben realizarse de una “manera modulada”, dependiendo en particular del tipo de requisitos que se están verificando, la seriedad del presunto incumplimiento, la trayectoria del negocio regulado y otros factores que permiten una intervención proporcional hacia el cumplimiento con los requisitos regulatorios (Art. 4.h).

El mayor esfuerzo en lo que respecta a la implementación de este principio se ha realizado en el área de la promoción del cumplimiento responsivo o proporcional. La legislación permite diferentes conclusiones de las fiscalizaciones y, por lo tanto, medidas o sanciones diferenciadas.

El Art. 245.1. del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Procedimiento Administrativo General permite diferentes posibles conclusiones de una fiscalización. Los siguientes resultados se incluyen en la ley: 1) certificación o registro de cumplimiento; 2) recomendación de mejoras o correcciones; 3) advertencia de la existencia del incumplimiento sin responsabilidades administrativas; 4) recomendación de iniciar un

procedimiento para determinar las responsabilidades administrativas; 5) adopción de medidas correctivas; 6) otras posibles conclusiones como lo establecen leyes especiales.

Las leyes y las regulaciones relevantes (p. ej. Art. 135ff LGA, y Art. 22ff del Reglamento de Supervisión del OEFA) estipulan diferentes sanciones y medidas con el objetivo de crear una disuasión creíble a través del escalamiento de sanciones. Implica un enfoque flexible, una ligera exigibilidad cuando sea necesario y las acciones lo suficientemente fuertes para compensar los potenciales beneficios del incumplimiento.

Una clasificación de los incumplimientos y las sanciones basándose en el nivel de riesgo relevante encontrado y el impacto negativo potencial del incumplimiento permite determinar si estos son menores, serios o muy serios (o menores y serios, dependiendo del documento fuente). El OEFA preparó la Metodología para el Cálculo de las multas¹ para diferentes sectores bajo su competencia. Dicha metodología busca disuadir las violaciones a través del escalamiento de las sanciones considerando por lo menos los siguientes elementos: beneficio ilícito, probabilidad de detección,² y daño (potencial y real). Se pueden tomar en consideración factores adicionales, por ejemplo a) cuando existe información disponible para determinar el valor del mercado del daño, b) cuando existen factores agravantes y atenuantes.

Una lista de los factores agravantes y atenuantes también se encuentra disponible para la imposición de multas (Presidencia del Consejo de Ministros, 2013^[3]), (OEFA, n.d.^[4]). Por ejemplo, cuando un operador remedia voluntariamente el incumplimiento antes del proceso de exigibilidad de cumplimiento, la sanción se reduce;³ por lo contrario, la cantidad de la multa incrementa en caso de reincidencia o intencionalidad y dependiendo de la manera en la que se hayan visto impactados los aspectos ambientales o las fuentes de contaminación. La multa también es proporcional a su impacto ambiental, así como respecto a la reversibilidad de dicho impacto. Se ha elaborado un Manual que explica el enfoque, los diferentes factores agravantes y mitigantes, entre otros factores, y que está a disposición del público de forma gratuita (OEFA, 2012^[5]).

Sin embargo, los instrumentos disponibles (como los mencionados anteriormente, incluyendo la “metodología para evaluar el riesgo ambiental”) no parecen dar claridad sobre si los factores agravantes y atenuantes deben considerarse para las acciones y medidas de promoción de cumplimiento distintas de las multas. De ser así, esto debe aclararse, así como las reglas sobre la manera en la que se deben considerar estos factores; de otro modo, se recomienda que el OEFA también considere implementar dichos factores para las sanciones y medidas distintas de las multas. Algunos factores exonerativos o atenuantes ya se han previsto en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Art. 257) y sería conveniente desarrollarlos más, así como elaborar las directrices sobre su implementación.

Consideración de las características de las entidades reguladas

El Reglamento de Supervisión del OEFA y la nueva Guía de Supervisiones Ambientales anticipa que la planeación y la realización de las supervisiones necesitan considerar la trayectoria de los negocios (OEFA, 2019^[6]). Este principio se aclara en el Art. 4.h) del Reglamento. La información sobre la trayectoria de los sujetos fiscalizados se encuentra disponible, desde una perspectiva negativa, en el Registro de Infractores Ambientales (RINA). Además, es evidente que la reincidencia es un factor agravante cuando se calcula una multa; sin embargo, las consecuencias de un historial positivo son inciertas en la práctica. Por ejemplo, ¿merece una empresa con un historial de cumplimiento impecable un trato diferente, en particular cuando se trata de imponer medidas? Además, no está claro el efecto de los factores agravantes y atenuantes en las medidas y sanciones que no son multas.

Los micro y pequeños negocios recientemente establecidos tienen derecho a “fiscalizaciones orientativas” con base en el Art. 245.2. del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Procedimientos Administrativos. Específicamente, anticipa que las autoridades de fiscalización “procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa”.⁴ El OEFA siguió la ruta abierta por el legislador para desarrollar más el concepto de “fiscalizaciones orientativas”.

De conformidad con el Art. 13 del Reglamento de Supervisión del OEFA, estas supervisiones enfocadas en dar orientación al operador sobre la forma de lograr el cumplimiento de requisitos regulatorios clave, sin fines punitivos. Con base en esta disposición, solo se puede llevar a cabo una supervisión orientativa por única vez, y si no se ha realizado una supervisión previa en el caso de personas naturales con negocio, micro o pequeña empresa. El OEFA introdujo esta nueva clase de fiscalización basándose en los hallazgos que indican que este grupo de operadores con frecuencia no están conscientes de los requisitos regulatorios con los que deben cumplir, ya que no cuentan con la suficiente información y nunca han sido fiscalizados anteriormente. Sin embargo, además de la introducción de la propia “guía de supervisiones”, nada indica que estos tipos de negocios necesiten ser tratados de manera distinta durante las supervisiones normales o cuando se decida implementar una medida de exigencia de cumplimiento.

Efectividad de diferentes opciones

En teoría, las acciones de promoción de cumplimiento y las decisiones de fiscalización se basan en la efectividad de las diferentes opciones disponibles, pero esto aún no se ha implementado. Por vez primera, se están midiendo los resultados y los impactos significativos; sin embargo, aún queda por realizarse las evaluaciones *ex post* de las estrategias y las herramientas implementadas bajo la administración actual y la información previa no se encuentra disponible y/o no resulta confiable totalmente.

Un enfoque común sobre la evaluación y la toma de decisiones respecto a las posibles decisiones de promoción de cumplimiento añadiría valor al trabajo del OEFA. Además, ayudaría a regular el uso necesario de un cierto grado de discreción durante las fiscalizaciones. El Modelo de Gestión de Cumplimiento del Organismo Ejecutivo de Salud y Seguridad del Reino Unido podría ser un buen ejemplo (véase el estudio de caso del Capítulo 14 sobre Experiencia internacional sobre políticas de fiscalización y promoción de cumplimiento). No obstante, sería recomendable desarrollar una herramienta más simple y corta para evitar inspecciones abrumadoras.

En la práctica, el uso de “regulación responsiva” del OEFA (y el SINEFA); es decir, disponer de una variedad de opciones de intervención que pueden seleccionarse y utilizarse dependiendo de las características y comportamiento del operador con el fin de cumplir las metas regulatorias, debe desarrollarse aún más. El sistema regulatorio sigue dependiendo en gran medida en un esquema de control tradicional que se basa en: 1) autorización; 2) fiscalización; 3) verificación de cumplimiento; 4) imposición de sanciones para el incumplimiento (o la decisión de no imponerlas).

Bajo la actual dirección del OEFA se ha hecho un esfuerzo constante para garantizar la transparencia y la comunicación y para asesorar al sector privado. No obstante, es necesario continuar y profundizar esta labor para pasar con éxito y progresivamente de un enfoque en el que se examinan y desarrollan soluciones complementarias para garantizar el cumplimiento, a una estrategia más clara y holística sobre el desarrollo de opciones de intervención (véase el Capítulo 3 de Selectividad y el Capítulo 11 de Promoción de cumplimiento).

Evaluación

La legislación aplicable prevé conclusiones diferenciadas de una fiscalización, que dan lugar a medidas de ejecución o sanciones diferenciadas (p. ej. Ley del Procedimiento Administrativo General y Reglamento de Supervisiones del OEFA). Existen metodologías para imponer y calcular multas basándose en la determinación de la seriedad del incumplimiento y otros elementos.

Se aplican diferentes sanciones y medidas en función de los resultados de la fiscalización. Los incumplimientos y las sanciones se clasifican como menores, serias y muy serias, basándose en el nivel de riesgo relevante y los impactos negativos potenciales. La Metodología para el Cálculo de multas considera criterios apropiados, lo que permite una promoción del cumplimiento responsiva. Queda por definir si algunos factores (por ejemplo, atenuantes y/o agravantes) también se aplican a las medidas y sanciones además de las multas y la manera en la que lo hacen. Es necesario aclarar más si se tiene en cuenta un historial positivo y cómo se hace.

En teoría, las prácticas de promoción del cumplimiento deberían utilizar respuestas diferenciadas basándose en las características del sujeto fiscalizado. Se han elaborado y se aplican varias medidas para garantizarlo. No obstante, no existe todavía una orientación clara sobre la forma de considerar la eficacia de las diferentes opciones, y debe aclararse cómo y cuándo exactamente deben tenerse en cuenta las características de los sujetos fiscalizados.

Recomendaciones

- Considerar desarrollar un marco exhaustivo para gestionar la discreción y la capacidad de respuesta en la promoción del cumplimiento inspirado p. ej. por el Modelo de Gestión de Cumplimiento del HSE del Reino Unido.
- Aclarar y establecer normas específicas sobre el uso de factores discriminatorios, como los agravantes y atenuantes, en la determinación de medidas y sanciones distintas de las multas.
- Considerar desarrollar lineamientos sobre cómo considerar la efectividad de diferentes opciones de cumplimiento.
- Aclarar las normas de las fiscalizaciones orientativas y considerar la posibilidad de ampliar su uso a otros tipos de empresas, cuando sea apropiado. El documento de orientación debería incluir información sobre el uso obligatorio y la planificación de las fiscalizaciones de orientación.
- Considerar tomar en cuenta las características de los establecimientos regulados al realizar fiscalizaciones regulares o especiales y desarrollar una regla clara. Estas características podrían incluir la edad de creación del negocio, el tamaño de la compañía (PyME), la trayectoria.

Referencias

- OECD (2018), *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, OECD Publishing, Paris, [2]
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264303959-en>.
- OECD (2014), *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, [1]
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264208117-en>.
- OEFA (2019), *Guía de Supervisores Ambientales*, OEFA, Lima, [6]
http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=34532 (accessed on 15 October 2019).
- OEFA (2012), *Manual Explicativo de la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a Utilizar en la Graduación de Sanciones*, <http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/03/anexo3.pdf> (accessed on 14 October 2019). [5]
- OEFA (n.d.), *Anexo de la Resolución 024-2017-OEFA-CD*, <http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/03/RES-024-2017-OEFA-CD-anexo.pdf> (accessed on 14 October 2019). [4]
- Presidencia del Consejo de Ministros (2013), *Tabla de Valores que Expresan la Metodología Aprobada en el Artículo 1o de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo No 035-2013-OEFA/PCD*, Presidencia del Consejo de Ministros, <https://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/03/anexo2.pdf> (accessed on 14 October 2019). [3]

Notas

¹ Disponible en: <http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/03/SE2013031200.pdf>.

² A partir de la consulta de la metodología, no existe una forma de comprender por qué se utiliza este criterio, ni cómo se evalúa, ni si es un factor agravante o de otro tipo.

³ En 20% si no hubo un daño y 10% si el daño ya se presentó antes de que se remediara la infracción.

⁴ Toda la disposición en español dice: “Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.”



From:
**Regulatory Enforcement and Inspections in the
Environmental Sector of Peru**

Access the complete publication at:

<https://doi.org/10.1787/54253639-en>

Please cite this chapter as:

OECD (2020), "Regulación responsiva", in *Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/7c5c9c04-es>

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE.

This document, as well as any data and map included herein, are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area. Extracts from publications may be subject to additional disclaimers, which are set out in the complete version of the publication, available at the link provided.

The use of this work, whether digital or print, is governed by the Terms and Conditions to be found at <http://www.oecd.org/termsandconditions>.