



**“LA VIGENCIA DEL CERTIFICADO DE ITSE:
UN ASUNTO DE FALTA DE RAZONABILIDAD”**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Derecho Administrativo Económico**

Presentado por

Monica Liliana Arias Rico

Ciro Alfonzo Moscol Carrasco

Angela Maria Zubiaga Taboada

Asesora: Ana María Granda

[0000-0002-1753-0273](tel:0000-0002-1753-0273)

Lima, abril 2021

Índice de contenidos

Índice de tablas	v
Índice de gráficos	vi
Índice de anexos	vii
Introducción	
Capítulo I. Planteamiento del problema	1
1. Justificación	1
2. Antecedentes	3
3. Planteamiento del problema	7
3.1. Delimitación del problema	7
3.2. Pregunta de investigación	8
3.3. Hipótesis	9
4. Objetivos	9
5. Metodología	10
Capítulo II. Marco teórico	12
1. Los títulos habilitantes	12
1.1. Los títulos habilitantes como manifestación del rol subsidiario del Estado	12
1.2. El título habilitante como categoría	13
1.3. A propósito del certificado de ITSE y su calificación jurídica	15
1.3.1. La autorización	15
1.3.2. La comunicación previa	16
1.3.3. El certificado de ITSE	17
2. El riesgo en la regulación	18
2.1. Concepto	18
2.2. El riesgo como objeto de la regulación	19
3. Análisis de razonabilidad de las normas	20
3.1. Razonabilidad como supuesto de una buena regulación	20

3.2. Elementos del análisis de razonabilidad	23
4. La fiscalización	25
4.1. Nociones generales	25
4.2. Fiscalización por incentivos	26
Capítulo III. Desarrollo del trabajo	28
1. En busca de las razones	28
2. Idoneidad	32
2.1. Identificación de la finalidad	32
2.2. Relación de la finalidad con la vigencia	33
2.3. La vigencia indeterminada debe ser la regla general	34
2.4. La realidad y la regla general	39
2.5. La excepción debe limitarse a los supuestos de mayor riesgo	40
2.6. Fiscalización por incentivos	42
3. Necesidad	43
3.1. Primera alternativa: Derogar la regulación del Certificado de ITSE eliminando este documento	43
3.2. Segunda alternativa: No regular más el certificado de ITSE y dejar la normativa tal y como está	45
3.3. Tercera alternativa: Derogar solo la Ley 30619	46
3.4. Cuarta alternativa: Reemplazar el certificado de ITSE	47
4. Proporcionalidad en sentido estricto	47
5. Configuración de la vigencia determinada	48
6. La relación entre el riesgo y la vigencia	50
Capítulo IV. Análisis y propuesta normativa	52
1. Presentación y exposición de motivos de la propuesta	52
2. Impacto económico de la propuesta	57
3. Impacto de la propuesta en la legislación nacional	60
4. Fórmula normativa	61

Conclusiones y recomendaciones	66
Referencias	68
Anexos	77

Índice de tablas

Tabla 1.	Mecanismos de prevención de desastres en establecimientos en diferentes países de América Latina y el Caribe	36
Tabla 2.	Mecanismos de prevención de desastres en establecimientos en diferentes países de Europa y África	37
Tabla 3.	Relación entre la capacidad de fiscalización de la administración pública y el nivel de riesgo de los establecimientos	40
Tabla 4.	Escenario de distribución de la capacidad de fiscalización de la administración en consideración al riesgo que reporta cada tipo de establecimiento	41
Tabla 5.	Comparativo entre la regulación actual y la propuesta para diferentes tipos de establecimientos	46
Tabla 6.	Razonabilidad de la propuesta de cara a la regulación actual	48
Tabla 7.	Costo de renovación del Certificado de ITSE en las primeras ciudades del ranking de apertura de negocio	59

Índice de gráficos

Gráfico 1.	Procedimiento vigente para la obtención del certificado de ITSE en el marco de la tramitación de una licencia de funcionamiento	4
Gráfico 2.	Evolución de la vigencia de los certificados de ITSE	5
Gráfico 3.	Beneficios de los certificados de ITSE con vigencia indeterminada para establecimientos de riesgo bajo y medio	58

Índice de anexos

Anexo 1.	Estudio de caso	78
Anexo 2.	Entrevistas	81

Introducción

Abrir un establecimiento comercial al público en Perú requiere al interesado abordar una serie de procedimientos administrativos. Uno de ellos, acaso el más complejo, consiste en la obtención de lo que se denomina Certificado de Inspección Técnica de Seguridad en Edificaciones, que no es otra cosa que un documento que certifica que la configuración física del establecimiento es segura para las personas que lo visitarán.

En línea con ello, a lo largo de este trabajo analizamos la razonabilidad detrás de una condición usual de éste certificado, que es el de responder a una vigencia determinada en específico por la norma y que al día de hoy es de dos años, indistintamente de las características del establecimiento o de los riesgos que en el mismo se pueden presentar.

Así las cosas, conducimos este análisis a través de cuatro secciones, pudiendo apreciarse en la primera de ellas, numerada como capítulo I, básicamente la presentación de problema, nuestras hipótesis de trabajo y la metodología a ser utilizada para poder arribar a nuestra ulterior propuesta.

En el capítulo II hacemos una revisión teórica de los conceptos detrás del referido certificado, a efectos de una mejor comprensión de las diversas variables en relación con la calificación jurídica del mismo. Así, repasamos teoría de títulos habilitantes, el riesgo, el análisis de razonabilidad y la fiscalización, con lo cual abordamos las principales aristas a tener en cuenta de cara a determinar la vigencia del certificado.

En el capítulo III, desarrollamos nuestra propuesta y demostramos nuestras hipótesis. Para ello, en un primer momento se da cuenta de la supuesta pertinencia de que el Certificado de ITSE responda a una vigencia determinada y de las verdaderas razones que deberían tenerse en consideración al poner sobre la mesa la discusión sobre su vigencia, apoyándonos a continuación en un análisis de razonabilidad que tiene por objeto identificar la regla más razonable que debería ser considerada por el legislador en esta materia.

Y, finalmente en el capítulo IV, derivamos de nuestros planteamientos una propuesta normativa que, respondiendo a un análisis de razonabilidad inexistente al día de hoy en la legislación vigente, provee una alternativa de regulación a la vigencia determinada.

Capítulo I. Planteamiento del problema

1. Justificación

Para obtener una licencia de funcionamiento en el Perú —documento que autoriza a desarrollar actividades económicas (comerciales, industriales y/o de servicios) en un determinado establecimiento— es necesario que la municipalidad correspondiente realice una evaluación de las condiciones de seguridad de la edificación que, de ser favorable, se materializará en la emisión de un certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones (en adelante, certificado de ITSE). Este documento certifica que el establecimiento cumple con las medidas de seguridad establecidas en las normas de seguridad en edificaciones¹. Solo ante determinadas excepciones, reguladas en la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, vinculadas a establecimientos de un nivel de riesgo bajo y medio, el certificado puede ser obtenido en forma posterior a la obtención de la licencia de funcionamiento². Sin embargo, sea cual fuere el momento de su obtención, la conservación de la licencia de funcionamiento requiere a su vez de la conservación del certificado de ITSE. Es decir, es necesario mantener vigente la certificación que garantiza que el establecimiento es seguro.

Actualmente, de acuerdo con la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento ya referida, la vigencia del certificado de ITSE es de dos años. En términos prácticos, esto obliga a todo operador de establecimientos comerciales, industriales y/o de servicios, indistintamente del nivel de riesgo del establecimiento, a tramitar cada dos años un procedimiento de renovación del certificado de ITSE ante las autoridades municipales.

En este contexto, la obtención del certificado de ITSE se encuentra en la lista de los ocho trámites básicos que debe enfrentar toda persona para operar un establecimiento comercial, industrial y/o de servicios en el Perú³ (Banco Mundial, 2020b). Su tramitación, en tanto inversión en tiempo y

¹ Tales como el Reglamento Nacional de Construcciones, Reglamento Nacional de Edificaciones, Código Nacional de Electricidad, las Normas Técnicas Peruanas, Normas Sectoriales y otras relacionadas a la seguridad de las edificaciones.

² Respecto de establecimientos de riesgo alto y muy alto, existe un supuesto contenido en el art. 28 del Decreto Supremo N°002-2018-PCM donde se puede recibir la licencia de funcionamiento sin haber obtenido el Certificado de ITSE y es cuando se haya emitido informe favorable respecto de las condiciones de seguridad de la edificación y no se haya emitido el correspondiente Certificado en el plazo de tres (3) días hábiles de finalizada la diligencia de inspección. Aquí el administrado se encuentra facultado a solicitar la emisión de la licencia de funcionamiento, siempre que se cumplan con los otros requisitos señalados en el Texto Único Ordenado de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

³ Conforme el informe del Banco Mundial los 8 trámites son: i) buscar y reservar el nombre de la empresa; ii) elaborar la minuta y escritura pública; iii) inscribir a la empresa en Registros Públicos; iv) registrar la empresa y obtener el

dinero, contribuye a que el Perú sea considerado como una de las economías con el plazo y costo más altos para operar un establecimiento dentro de la Alianza del Pacífico (Banco Mundial, 2020b: 31-32), en la medida en que solo con aquél se añade al proceso de obtención de permisos para operar un plazo de 24,8 días y un costo de S/ 8.646⁴, en promedio⁵.

En este contexto, el Perú se encuentra en el puesto 76 de 190 economías del ranking que en el año 2020 midió la facilidad para hacer negocios en el mundo (Banco Mundial, 2020a). Aquello resulta ser un dato negativo, pues revela no solo una gran distancia de los países que lideran el referido ranking, sino que evidencia un empeoramiento sostenido durante los últimos años de la regulación asociada al desarrollo de actividades económicas, si se considera que para el 2020 el país ha caído 41 puestos en el referido ranking, desde su mejor posición en el año 2015, cuando alcanzó el puesto 35 (Banco Mundial, 2015)⁶. En este contexto, resulta importante destacar que obtener el certificado de ITSE, considerando el costo de la interacción entre los empresarios y la administración para su obtención, ha ascendido a más de 18 millones de dólares anuales, conforme la metodología de estimación de ahorro en costos para los empresarios del *International Finance Corporation* (IFC) del Grupo Banco Mundial, referenciada en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1200.

Es por ello que resulta conveniente estudiar detalladamente la lógica detrás de la regulación del certificado de ITSE, en particular la que justifica la asignación a este de una vigencia determinada de dos años. Ello muestra su relevancia si se considera que hoy no es una tendencia en el mundo optar por asignar vigencia determinada a permisos equivalentes al certificado de ITSE. Esto se puede apreciar cuando se observa el comportamiento de países como Las Bahamas, Brasil, Finlandia, la República Gabonesa, Grecia, y Nigeria, entre otros (Banco Mundial, 2020a).

Además, debe destacarse que, desde el año 2016, el Perú cuenta con una norma que dispone que por regla general los títulos habilitantes presentan vigencia indeterminada. La Ley de Procedimiento Administrativo General vigente establece que excepcionalmente se determina la

RUC; v) registrar electrónicamente los libros contables; vi) registrar a los empleados para seguridad social; vii) determinar el nivel de riesgo del local; viii) recibir una inspección de seguridad y obtener la licencia de funcionamiento.

⁴ De un total de 52.9 días (si bien la estimación de 38.8 días del Banco Mundial incluye también al trámite posterior de obtención de la licencia de funcionamiento, obtenemos el 24.8 días a partir de la sustracción de los 10 días hábiles (14 calendario) que tarda la tramitación de la licencia de funcionamiento) y S/ 21,902 (Banco Mundial, 2020b).

⁵ El caso relevante da cuenta de las demoras que este proceso supone.

⁶ En 2015 habíamos logrado nuestra mejor posición con el puesto 35 (Banco Mundial, 2015), en 2016 caímos estrechamente hasta el lugar 50 (Banco Mundial, 2016), en 2017 al lugar 54 (Banco Mundial, 2017), en 2018 al lugar 58 (Banco Mundial, 2018), en 2019 una nueva caída importante nos llevó al lugar 68 (Banco Mundial, 2019) y en 2020 alcanzamos nuestra posición actual, la número 76, luego de otra amplia caída (Banco Mundial, 2020a).

vigencia determinada de títulos habilitantes por razones de necesidad, interés público u otros criterios que se definan normativamente⁷.

2. Antecedentes

Las inspecciones técnicas que sirven para verificar las condiciones de seguridad de un establecimiento y su correspondiente certificación son requeridas en el Perú desde el año 1989, fecha en que se emitió la Resolución Jefatural N°084-89-INDECI, Reglamento de las Inspecciones Técnicas de Defensa Civil como respuesta a la necesidad de instaurar una política de prevención de riesgos a nivel nacional. Su objeto, casi invariable desde aquel entonces, es el de servir de herramienta que permita proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado, tal como lo indica la Resolución Jefatural N°016-2018-CENEPRED/J, que contiene el Manual de Ejecución de Inspección Técnica de Seguridad en Edificaciones, cuyo objetivo es servir de documento técnico complementario para la orientación y desarrollo de las actividades y procedimientos vinculados al ITSE. Es por ello que, desde dicha fecha, es obligatoria su obtención, indistintamente del tamaño del emprendimiento, de la actividad a ser desarrollada o del riesgo implicado.

Nacional o extranjero, con fines de lucro o no⁸, quien decide abrir un establecimiento comercial, industrial y/o de servicios, debe obtener y renovar cada dos años el certificado de ITSE. De hecho, el agotamiento de la vigencia de aquel por su no tramitación oportuna⁹ autoriza a la municipalidad competente a la clausura transitoria o definitiva del establecimiento en cuestión¹⁰. Durante el 2020, por ejemplo, fue clausurado en Trujillo un mercado completo que acogía a un millar de pequeños comerciantes por no contar con el certificado de ITSE (RPP Noticias, 2020a y 2020b);

⁷ TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 42. Vigencia indeterminada de los títulos habilitantes

Los títulos habilitantes emitidos tienen vigencia indeterminada, salvo que por ley o decreto legislativo se establezca un plazo determinado de vigencia. Cuando la autoridad compruebe el cambio de las condiciones indispensables para su obtención, previa fiscalización, podrá dejar sin efecto el título habilitante.

Excepcionalmente, por decreto supremo, se establece la vigencia determinada de los títulos habilitantes, para lo cual la entidad debe sustentar la necesidad, el interés público a tutelar y otros criterios que se definan de acuerdo a la normativa de calidad regulatoria.

⁸ Salvo las edificaciones estratégicas o reservadas por seguridad y defensa nacional, embajadas y sedes de organismos internacionales, conforme lo indica el inciso a) del artículo 31 del Decreto Supremo N°002-2018 -PCM.

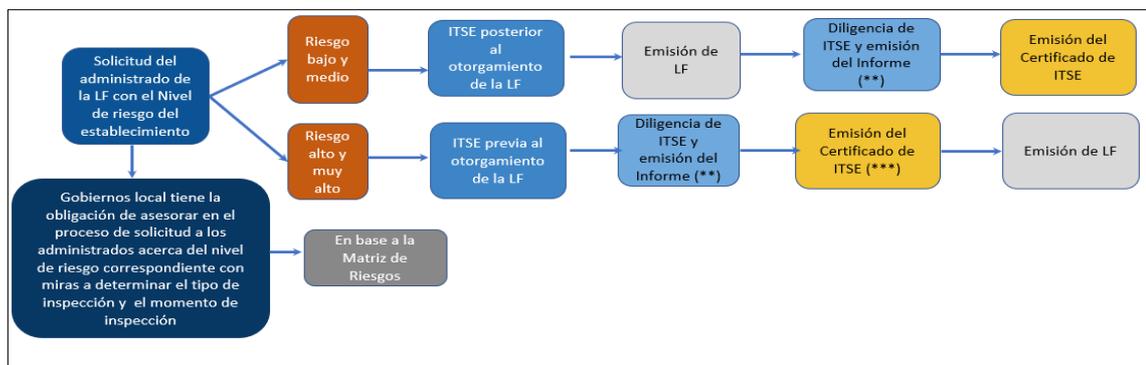
⁹ También esta sanción puede darse por otras razones, aunque estas no forman parte de la materia de estudio de este trabajo. Como ejemplo de ello, la Municipalidad Metropolitana de Lima sanciona con clausura de quince días el permitir el acceso de un número de personas que sobrepase la capacidad del local que figura en el respectivo Certificado de ITSE, de conformidad con lo señalado en la Ordenanza N°2200.

¹⁰ El artículo 49 de la Ley Orgánica de Municipalidades (N°27972) señala que las Municipalidades pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios que infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil.

en Lima se clausuró un cine (RPP Noticias, 2020c) y un centro comercial también completo (RPP Noticias, 2020d) por la misma razón; y algunos años atrás, en 2009, el único aeropuerto de la ciudad de Chiclayo fue clausurado por no haber renovado oportunamente su certificado de ITSE (Andina, 2009).

Actualmente, el procedimiento, regulado por el Decreto Supremo N° 002-2018-PCM que contiene el Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones vigente, para la obtención del certificado de ITSE, tiene al riesgo como elemento de análisis para determinar el momento y el tipo de la inspección técnica que se realizará al establecimiento objeto de inspección. Sin embargo, este no incide en la vigencia que se asigna al mismo, dado que la vigencia determinada de dos años es la regla general¹¹. El gráfico 1, que da cuenta del procedimiento seguido a la fecha por la autoridad administrativa a cargo de su expedición, expone lo señalado:

Gráfico 1. Procedimiento vigente para la obtención del certificado de ITSE en el marco de la tramitación de una licencia de funcionamiento



Fuente: SPIJ. Elaboración propia.

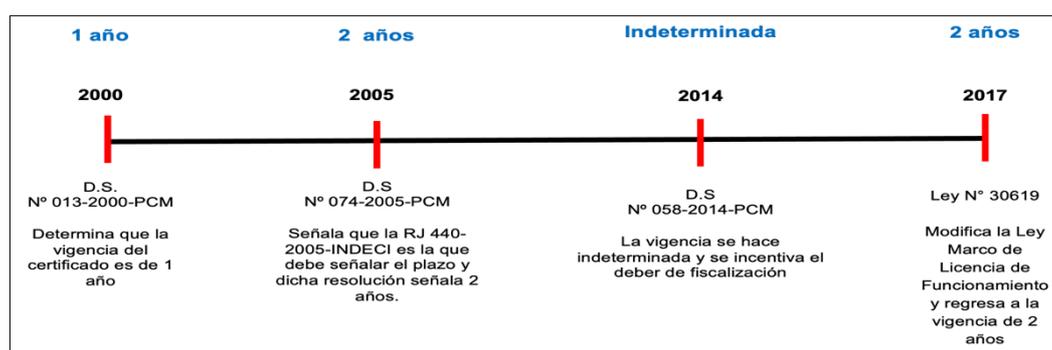
(**) En caso de que no existan observaciones sobre las condiciones de seguridad o estas hayan sido subsanadas.

(***) En caso de que exista un informe favorable respecto de las condiciones de seguridad de la edificación, pero no se ha emitido el certificado de ITSE, el administrado está facultado a solicitar la emisión de la licencia de funcionamiento.

¹¹ Cabe anotar que, pese a que contar el certificado de ITSE resulta ser una obligación de todo aquél que opere un establecimiento comercial, industrial y/o de servicios, dicha obligación parece diluirse cuando se encuentra frente a entidades públicas. En plena crisis causada por la Covid-19, por ejemplo, un medio de comunicación advirtió a la ciudadanía que ningún hospital del Cercado de Lima cumplía con tener el certificado de ITSE vigente (La República, 2020). Es decir, pese a la complejidad propia de la infraestructura bajo la que opera un establecimiento médico y de las personas que se atienden en los mismos (muchas de ellas imposibilitadas de transitar por sus propios medios), dichos hospitales continuaban operando sin contar con el referido certificado de ITSE. Es decir, sin recibir de la autoridad administrativa el mismo trato que reciben los privados que operan establecimientos.

Como puede apreciarse, pese a la diferencia en la forma de abordar el procedimiento en atención al riesgo del establecimiento a ser inspeccionado, la vigencia determinada de dos años del certificado de ITSE no responde al mismo criterio. Por el contrario, responde a una elección legislativa no basada en criterios técnicos. Así, la vigencia del certificado de ITSE, que era indeterminada desde el año 2014, retornó a una determinada de dos años en el año 2017. El gráfico 2 muestra en forma más clara los cambios en la vigencia del certificado de ITSE:

Gráfico 2. Evolución de la vigencia de los certificados de ITSE¹²



Fuente: SPIJ. Elaboración propia.

Lo indicado se evidencia en el reciente retorno a la vigencia determinada del certificado de ITSE dado en el año 2017, tras un incendio que tuvo lugar en un concurrido cine de Miraflores, cuya visita para la obtención del certificado se encontraba pendiente, y en el que fallecieron cuatro personas (RPP Noticias, 2016). Debido a este suceso y otros más¹³, diversas voces —entre ellas, las propias municipalidades reunidas en la Asamblea Metropolitana de Lima (Andina, 2016)— se alzaron en contra de la vigencia indeterminada asignada en ese momento al referido certificado, alegando que así se exponía a un riesgo constante a la población concurrente a los locales abiertos al público (Gestión 2016; Castro 2016). La discusión terminaría con la emisión de la Ley 30619, que sin exposición de motivos de por medio modificaría la vigencia del certificado reduciéndola a dos años, regresando así al escenario anterior del Decreto Supremo 058-2014-PCM, que en 2014, y en línea con la tendencia mundial relacionada con los permisos para operar

¹² En el gráfico no se incluye al Decreto Legislativo 1497, que amplió temporalmente la vigencia de los certificados de ITSE vencidos durante el estado de emergencia sanitaria causado por el Covid-19. Véase la sección 1.3 e este trabajo, referida a la delimitación del problema.

¹³ Al momento de presentar a iniciativa legislativa para el inicio del debate, la excongresista Alejandra Aramayo hizo referencia también al incendio en Cantagallo, el cual ocurrió el 4 de noviembre del 2016 y tuvo como consecuencia el colapso de más de 200 viviendas y la existencia de más de mil personas damnificadas de la comunidad shipibo (Indeci, 2016). Sin embargo, al no constituir estos locales comerciales, industriales y/o de servicios, este suceso es objeto de análisis en el presente trabajo.

establecimientos comerciales, había establecido el certificado ITSE como un documento al que le corresponde una vigencia indeterminada.

Como puede apreciarse, todo esto evidencia diversas contradicciones en torno al certificado de ITSE. Por un lado, tanto pequeños como grandes emprendimientos se encuentran en la obligación de obtenerlo, sin que exista distinción alguna en la vigencia del certificado de ITSE que reciben que considere los riesgos que puedan representar. Asimismo, mientras que la tendencia global apunta a no contar con instrumentos de vigencia determinada, en el Perú los intentos de acogerse a esta no han sido fructíferos; si bien durante un corto plazo rigió la vigencia indeterminada, sin mayor fundamento y análisis se volvió a una regla de vigencia determinada.

Finalmente, cabe destacar que si bien recientemente se adoptó el Decreto Supremo N° 043-2021-PCM que aprueba procedimientos administrativos estandarizados de inspecciones técnicas de seguridad en edificaciones cuya tramitación es de competencia de los gobiernos locales, en el cual se establecieron procedimientos en materia de renovación del certificado de ITSE, en dichos instrumentos no se alteró de forma alguna la vigencia de dicho documento¹⁴.

3. Planteamiento del problema

3.1. Delimitación del problema

A partir de un análisis de razonabilidad que considere la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, se determinará la vigencia más apropiada para el certificado de ITSE en el Perú.

Para efectos de lo anterior, se analizan los regímenes de vigencia del certificado de ITSE puestos en vigor durante las últimas dos décadas, desde el año 2000 —en que el Decreto Supremo 013-2000-PCM determinó para aquel una vigencia anual— y la norma vigente a enero de 2021 Ley 30619 que determinó una vigencia de 2 años.

Cabe precisar que del referido análisis se excluirá al Decreto Legislativo 1497, de mayo de 2020, por ser una norma excepcional que, a causa de la emergencia sanitaria causada por el Covid-19, determinó que la vigencia de los certificados de ITSE vencidos durante el estado de emergencia nacional decretado por el Decreto Supremo 044-2020-PCM y sus modificatorias, quedaba

¹⁴ Véase adicionalmente la sección 1.3.1, sobre delimitación temporal del problema.

prorrogada por un año. Ello a razón de que la referida norma, como muchas otras emitidas durante este periodo, responde a una necesidad excepcional que tiene lugar en un estado de las cosas también excepcional¹⁵, razón por la cual su consideración podría influenciar arbitrariamente en las conclusiones de este trabajo.

Finalmente, en tanto dichas normas cuentan con alcance nacional, la presente investigación se limita a nivel territorial al Perú.

3.2.Pregunta de investigación

La pregunta que responde esta investigación es la siguiente:

- ¿Cuál debería ser, a partir de un análisis de razonabilidad, la vigencia del certificado de ITSE?

Para efectos de llegar a la respuesta a dicha pregunta, a su vez se busca responder las siguientes preguntas secundarias:

- ¿Cuál ha sido el análisis de razonabilidad realizado por el legislador para determinar la vigencia del certificado de ITSE?
- ¿En qué casos la regla de la vigencia determinada ha alcanzado la finalidad del certificado de ITSE?
- ¿Cuál es la necesidad de contar con una regla de vigencia determinada?
- ¿Cómo debería configurarse la vigencia del certificado de ITSE para que —teniendo en consideración que su finalidad es la de garantizar la seguridad de las personas en los establecimientos— la afectación de los derechos e intereses involucrados sea proporcional a sus beneficios?

3.3.Hipótesis

La hipótesis de trabajo es la siguiente:

- A partir de un análisis de razonabilidad puede establecerse una relación entre el riesgo del establecimiento y la vigencia del certificado de ITSE.

Para efectos de demostrar la hipótesis, a lo largo de la investigación previamente se busca demostrar la validez de las siguientes hipótesis específicas o subordinadas:

¹⁵ La vigencia del certificado de ITSE se extendió en un escenario en el que la mayoría de los comercios se encontraban cerrados y no atendiendo al público.

- El legislador no ha realizado examen alguno de razonabilidad al determinar la regla de vigencia de los certificados de ITSE.
- La regla de la vigencia determinada alcanza la finalidad del certificado de ITSE cuando el riesgo del establecimiento es alto o muy alto.
- Sí es necesario contar con certificados de ITSE de vigencia determinada, en tanto la misma fuese la excepción.
- Al considerar alternativas regulatorias, la vigencia determinada de los certificados de ITSE resulta ser necesaria solo cuando el riesgo del establecimiento es alto y muy alto.
- La vigencia determinada del certificado de ITSE debe configurarse en atención a parámetros técnicos destinados a identificar el nivel de riesgo en el establecimiento.

4. Objetivos

La investigación tiene por objetivo general contribuir, mediante la realización de un análisis de razonabilidad, al entendimiento de la regla de vigencia que debe asociarse al certificado de ITSE.

Adicionalmente, la investigación cuenta con los siguientes objetivos específicos:

- Constatar la realización o no de un análisis de razonabilidad en las normas que han configurado la vigencia del certificado de ITSE.
- Demostrar que la regla de la vigencia determinada solo cumple con el criterio de adecuación cuando el riesgo del establecimiento que se certifica es alto o muy alto.
- Dar cuenta de que la vigencia determinada del certificado de ITSE cumple con el criterio de necesidad solo cuando es la excepción.
- Demostrar que la vigencia determinada solo cumple con el criterio de proporcionalidad cuando el establecimiento tiene un riesgo alto o muy alto.
- Proponer que la vigencia del certificado de ITSE, cuando deba ser determinada, responda a parámetros técnicos destinados a identificar el nivel de riesgo en el establecimiento.

5. Metodología

La metodología de este trabajo es cualitativa, entendida como aquella que se basa en el análisis de datos no numéricos (Babbie, 2008) y permite una amplitud de resultados. Esta metodología fue elegida por la riqueza interpretativa con la que cuenta —al permitir el análisis de hallazgos a través de diferentes puntos de vista— y la gran flexibilidad que proporciona el posibilitar la

interacción constante entre la experiencia, la acción y la realidad (Hernández Sampieri y Mendoza Torres, 2018).

Se reforzará el uso de la metodología cualitativa mediante el análisis de un caso concreto: el de la empresa Everis Perú SAC, sociedad anónima, que opera en Lima, provee bienes o servicios no sujetos a alguna legislación especial, es arrendataria del establecimiento en el que opera y este tiene un metraje aproximado de 929 metros cuadrados. Para la elección de este caso, se consideró los parámetros establecidos en los informes *Doing Business* del Banco Mundial para analizar al Perú en la categoría de investigación *Starting a Business* (Banco Mundial, 2020c). Es por ello, que de dicho caso de estudio, solo se emplea los datos que se refieren al establecimiento que se busca abrir al público¹⁶, por encontrarse ello directamente relacionado con el certificado de ITSE.

Para desarrollar el tema se tomarán las consideraciones teóricas plasmadas en investigaciones especializadas, entre las cuales destacan las del Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y se tomará asimismo como apoyo las opiniones de expertos en la materia mediante entrevistas. Para estos fines, se le escribió a dieciocho especialistas en derecho administrativo y funcionarios públicos que desde diferentes instituciones nacionales (Indeci, Cenepred, Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento) tomando en consideración que estos participan o han participado en la configuración de las normas que regulan el certificado de ITSE. Sin embargo, se contó sólo con las respuestas que en este trabajo se referencian. Por otra parte, se contactó a operadores de establecimientos comerciales y de expertos en metodología y antropología. Este trabajo de entrevistas a expertos y personas que viven la realidad del certificado de ITSE aportará la cuota de confiabilidad necesaria en una investigación cualitativa como ésta (Martínez, 2006).

A continuación, se ejecuta un análisis de razonabilidad para proponer una determinada vigencia del certificado de ITSE. Se utiliza dicha técnica debido a las limitaciones económicas, de análisis estadístico y de información disponible que impiden realizar un análisis de impacto regulatorio (RIA, por sus siglas en inglés). Ello en la medida en que, conforme señala la OCDE, un RIA requiere de una “evaluación de todos los posibles costos y beneficios, directos o indirectos” de la propuesta (OCDE, 2009, 2019b y 2020), requerimiento que ha llevado al Ministerio de Justicia peruano a señalar que se trata de “una serie de etapas que tienen en el corazón un análisis costo-beneficio, por lo que su orientación es marcadamente economista y anti-regulatoria”, razón por

¹⁶ Ello en tanto el Banco Mundial, por la magnitud de su análisis, considera datos que no son relevantes para la investigación (por ejemplo: nacionalidad de los accionistas, cantidad de estos, etcétera).

la cual “demanda muchos recursos si es bien hecho” (Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017).

Importante es resaltar que a efectos de alimentar este análisis se ha apelado a la realización de un *benchmarking funcional* o *genérico* o de *ideas*, el mismo que tiene por objeto identificar procesos o actividades implementadas en diversos países, mas no evaluar su desempeño. Esta técnica propia de los benchmarking de políticas públicas, difundida (OCDE, 1997) y aplicada (CLAD, 2020) por organismos internacionales, y defendida por la literatura especializada (Hegalsón, 1997; Cleary, 2015; Tillema, 2020) ha sido considerada la más apropiada para este trabajo en consideración a las limitaciones técnicas, geográficas y económicas que plantearía la realización de un benchmarking de resultados¹⁷.

Con todo ello, se despliega el referido análisis de razonabilidad —también conocido en la literatura y en la jurisprudencia como test de proporcionalidad o *balancing test*—, realizando un análisis de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la norma que señala la vigencia del certificado de ITSE. Dichos son los pasos de los test generalmente aceptados y de hecho recogidos por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos peruano en su Guía sobre el análisis de impacto regulatorio (2017).

¹⁷ Los diferentes usos del “benchmarking” en el sector público se han realizado desde diferentes aproximaciones y siguiendo distintos criterios. Si bien la OCDE no cuenta con un documento propio que aborde su utilización, en 1997 realizó una reunión dedicada a la utilización del “benchmarking” en el sector público. En ella se presentó la conferencia “International Benchmarking: Experiences from OECD Countries”, en donde se indicó que los países de la OCDE habían utilizado diferentes acercamientos al “benchmarking”, siendo que era posible distinguir el “benchmarking de resultados” del “benchmarking funcional”, donde en el primero se compara el desempeño utilizando indicadores y en el segundo, los procesos y actividades identificados para la comparación (Hegalsón, 1997). Así también existen organizaciones de diferentes países que han optado por adoptar una metodología y acercamiento propio. Desde el plano teórico, Tillema destaca la utilidad de llevar a cabo “benchmarking de ideas” en el sector público pues, a diferencia de los “benchmarking de indicadores”, estos permiten comprender de mejor manera las prácticas específicas implementadas por diversas entidades (Tillema, 2020). En ese sentido, no necesariamente un “benchmarking” debe contener indicadores de desempeño a fin de realizar las comparaciones, sino también puede estar referido a la comparación de procesos implementados por otras entidades o gobiernos. Como un ejemplo de ello, tenemos el cuadro benchmarking de medidas implementadas por diversos Estados para enfrentar la COVID-19 que elaboró el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. En ese sentido, a partir de notas de prensa, información oficial, entre otras fuentes, el CLAD pudo identificar qué medidas habían sido adoptadas por una mayor cantidad de países a efectos de difundirlas (CLAD, 2020).

Capítulo II. Marco teórico

1. Los títulos habilitantes

1.1. Los títulos habilitantes como manifestación del rol subsidiario del Estado

Los artículos 58, 59 y 70 de la Constitución peruana, garantizan la libertad de la iniciativa privada¹⁸; la libertad de empresa, comercio e industria¹⁹; y su relación, a través de la propiedad que de ella se deriva, con el bien común²⁰. Es en este escenario que puede afirmarse que en el modelo de Estado social de derecho se garantizan los derechos fundamentales que permiten el ejercicio de una actividad económica, se encuentre ello expresamente reconocido en la Constitución o no (Hernández-Mendible, 2014)²¹.

Se trata de normas que posibilitan la adopción de medidas de intervención en la economía para garantizar el modelo de Estado definido y su funcionamiento pero “con el objeto de no desnaturalizarlo y siempre dentro de los límites fijados legal y constitucionalmente” (Forno, 2009), lo cual encajaría perfectamente en el rol subsidiario del Estado en la economía. Esto, en tanto dicho rol no solo abraza una reserva a la actividad empresarial del Estado, sino que “implica también que el Estado intervendrá en las actividades de los particulares cuando sea absolutamente

¹⁸ Artículo 58.- “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

A propósito de esta disposición, el Tribunal Constitucional ha referido que implica que “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”. Véase: EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento 17.

¹⁹ Artículo 59.- “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

²⁰ Artículo 70.- “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”

Al respecto, véase lo señalado por el Tribunal Constitucional: “La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su ratio fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica Mater et magistra, según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”. Véase: EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento 12.

²¹ Véase el artículo 3 de la Constitución: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

necesario, siendo la regla la libre actuación de tal particular en el mercado” (Forno, 2009). De allí que las intervenciones estatales en la economía deban “fundarse concretamente en las disposiciones legales o constitucionales” que resultaren aplicables (Gordillo, 2014)²².

Bajo esta idea es que puede afirmarse que la Constitución no sugiere que el Estado deba garantizar un ejercicio absoluto e ilimitado de los derechos ciudadanos relacionados con el desarrollo de una actividad. La presencia del concepto bien común en la norma fundamental encasilla justamente lo anterior. De allí permite que sea armonioso clasificar las actividades económicas en aquellas que no requieren de una autorización específica para su ejercicio y aquellas que sí. Las primeras, que son la mayoría, carecerán de este control estatal en tanto su ejercicio no abrazará una situación que en principio requiera de una preocupación estatal y en tanto se reconoce la imposibilidad de positivizar toda la actividad humana. Las segundas, que por regla general deben ser las menos²³, son aquellas que, en atención a una situación en particular, requieren de la conformidad de una autoridad pública o una autorización —usando el término en sentido lato— para su ejercicio. Son estas autorizaciones, al ser manifestadas en actos administrativos, las que se denomina, en su calidad de género, como títulos habilitantes o habilitaciones administrativas (Araujo-Juárez, 2009).

1.2.El título habilitante como categoría

Tanto la doctrina extranjera (Gordillo, 2014; Hernández-Mendible, 2014) como peruana (Forno, 2009) coinciden en señalar que la intervención del Estado en la economía —bajo un modelo económico como el peruano— debe limitarse a lo mínimo posible. Es en dicha línea que se ha llegado a identificar esta excepción de actuación como una manifestación del rol subsidiario del Estado (Forno, 2009) y que se hubiere enunciado que el ejercicio de los derechos individuales es el principio y su limitación la excepción (Gordillo, 2014).

En esa línea es que se ha señalado (Araujo-Juárez, 2009) que el título habilitante constituye una técnica mediante la cual se verifica el cumplimiento de los requisitos previstos por la legislación aplicable, de manera previa al inicio lícito de la actividad por el particular, y se categoriza de

²² En la misma línea Araujo-Juárez (2009): “la supeditación de una actividad privada a la previa obtención de una autorización administrativa constituye una restricción a los derechos de los ciudadanos; cuando menos, entraña una restricción a la libertad de empresa (artículo 112, C). La consecuencia es que solo la ley, y de rango orgánica (artículo 203, C), puede imponer dicha exigencia, definir sus características, condiciones y límites”.

²³ Gordillo (2014) incide bastante al respecto, criticando a la teoría que tradicionalmente ha inspirado el concepto clásico de “poder de policía”, para plantear una “inversión del principio. Los derechos individuales como principio, su limitación como excepción”.

acuerdo con diversos criterios, como el relativo a su configuración técnica. Así están los títulos que no se concretan en una decisión administrativa habilitante, como son la comunicación o notificación previa —con o sin veto—, y el sistema de inscripción registral; y, por otro lado, están los títulos que se concretan en una decisión administrativa habilitante²⁴.

Al respecto, Hernández-Mendible (2014) añade que los títulos habilitantes “en muchos casos son de carácter previo —*ex ante*— y en otros de tipo posterior —*ex post*—, justificándose en ambos supuestos una intervención pública más o menos intensa sobre la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en el hecho que estas pueden incidir sobre el interés general presente en la norma que las regula” (p. 696). Y bajo esta categoría de título habilitante es que se han listado a la concesión y la autorización²⁵ como títulos habilitantes tradicionales y a la comunicación previa y la inscripción registral como modalidades más novedosas (Hernández-Mendible, 2014), pero no por ello extrañas al género.

Respecto de la vigencia de los títulos habilitantes, Maraví (2017) señala que, en el caso peruano se pudo evidenciar que los administrados se encontraban en la obligación de tramitar nuevos títulos habilitantes o la renovación de los mismos por el mero paso del tiempo, pese a que las condiciones para su otorgamiento permanecieran iguales. Todo ello lo resume como un obstáculo injustificado para el administrado a fin de continuar realizando las actividades que le fueron autorizadas previamente. Así, si bien en el caso peruano la Ley del Procedimiento Administrativo vigente se establece como regla general la vigencia indeterminada los títulos habilitantes, lo cierto es que la posibilidad de establecer una vigencia determinada es una opción política que debe estar justificada a fin de no constituir un obstáculo en los términos antes referidos.

Morón Urbina (2017) ha señalado que la regla de la vigencia indeterminada vigente en el Perú, va de la mano con el principio de controles posteriores, que genera mayor tranquilidad para el

²⁴ Ahondando sobre esta división, Araujo Juárez (2011) detalla: “La primera de las construcciones es de origen alemán, y se debe a O. Mayer. Este autor define a la autorización como un acto administrativo cuyo efecto es el levantamiento en el caso concreto de una prohibición policial con reserva de autorización. Esta última consiste en una prohibición de carácter formal establecida por una norma previa, con objeto de someter la actividad privada a un control previo, y con la finalidad de garantizar que la misma no represente una perturbación del orden público. La segunda construcción es de O. Ranelletti, para quien si bien la autorización es también un acto meramente declarativo respecto del derecho subjetivo antes del otorgamiento del título habilitante, sin embargo, la autorización administrativa presenta un efecto innovador, vinculado a la facultad de ejercer el propio derecho(p.178) ”.

²⁵ La cual es a su vez género de la licencia, la autorización misma y el permiso. Sobre el particular se ha señalado que la licencia es el acto administrativo que permite a un particular el ejercicio de un derecho personal y subjetivo en atención a las condiciones propias del beneficiario (Chirinos, 2002); la autorización misma, consiste en la remoción de límites para el ejercicio de derechos de particulares, para ser ejercidos en plenitud y válidamente (Bermejo, 1998) y el permiso, que constituye un acto administrativo por el cual se autoriza a una persona el ejercicio de un derecho, que en principio está prohibido por el ordenamiento jurídico; es decir, posibilita la remoción de un obstáculo legal (Dromi 1987).

administrado, al otorgarle la estabilidad que reclaman la mayor parte de las iniciativas que comportan inversiones y se desarrollan a largo plazo. Sin embargo, refiere Moron Urbina, ello no puede entenderse como una facultad a perpetuidad en favor del administrado, ya que estará siempre sujeto a fiscalización y este deberá suministrar la información que evidencia más allá de toda duda que no han cambiado las condiciones en que el título habilitante fue obtenido, bajo pena de revocación.

1.3.A propósito del certificado de ITSE y su calificación jurídica

Para efectos de entender la calificación jurídica del certificado de ITSE, resulta necesario diferenciar dos tipos de títulos habilitantes a los cuales se asemeja dicho documento. El primero es la autorización, el cual ha sido más desarrollado por la literatura por su carácter más tradicional. El segundo es la comunicación previa, una categoría más moderna y cuyo estudio ha sido más restringido. La complejidad en la diferenciación radica en que ambos tipos parten del supuesto de la preexistencia del derecho y, en consecuencia, presentan un carácter declarativo.

1.3.1. La autorización

Dada la preexistencia del derecho, en la autorización la administración realiza una actividad de comprobación de las circunstancias objetivas que concurren en el sujeto solicitante a efectos de que este pueda desarrollar una actividad. Esto permite afirmar el carácter reglado del procedimiento, en tanto la autorización deberá ser concedida cuando lo solicitado se acomode a la normativa aplicable y denegada cuando no, lo cual a su vez garantiza que el control administrativo no se transforme en arbitrariedad (Fuentetaja Pastor, 2003). Es una manifestación de la técnica de control previo que realiza la autoridad competente, respecto de la actividad que pretenden realizar los particulares o al uso y aprovechamiento de un bien público, materializada a través de la expedición de actos administrativos que habilitan el desarrollo de la actividad o el uso del bien (Hernández-Mendible, 2014).

Por lo mismo, son características comunes a la autorización el que: (i) tiene lugar en el marco de un control *ex ante*; (ii) tiene la finalidad de proteger el interés general; (iii) se da en consideración a un derecho preexistente; y, (iv) permite (mas no otorga) el ejercicio de ese derecho preexistente. Por lo anterior, es que la autorización permite el pleno ejercicio y disfrute de un derecho o libertad, al poner fin a una prohibición, en consideración al cumplimiento de las normas que regulan dicho ejercicio y disfrute (Hernández-Mendible, 2014).

De lo expuesto puede apreciarse que la doctrina coincide en que la autorización lleva consigo el término del procedimiento. Es decir, luego de obtenida, la actividad ha quedado liberada para su ejercicio por parte del particular. De allí que hubiere consenso en considerar que el acto que la contiene será declarativo y no constitutivo de derechos.

1.3.2. La comunicación previa

La comunicación previa (Hernández-Mendible, 2014) tiene como característica más resaltante que no supone la expedición de un acto administrativo de la autoridad competente que reconozca la posibilidad de ejercer el derecho o la libertad, sino que en virtud de dicha comunicación puede efectuar un control preventivo del inicio de la gestión de una actividad privada, a los fines de conocer y garantizar que la misma no vaya a afectar el interés general presente. Así pues, el particular interesado en realizar una actividad legalmente pone en conocimiento de la administración pública su intención de iniciar el desarrollo de una actividad concreta; antes de esta declaración de voluntad no debe actuar, pues incurriría en una transgresión de la legalidad, y supone la evaluación previa de una situación de hecho por la administración pública a efectos de corroborar que esta no implica una afectación al interés público; sin embargo, esta evaluación previa no está destinada a la emisión de un acto administrativo que declare o habilite el ejercicio de la actividad, cuestión que sí sucede con la autorización.

1.3.3. El certificado de ITSE

El Decreto Supremo 002-2018 se limita a señalar que es un documento en el cual consta que el establecimiento objeto de inspección cumple con las condiciones de seguridad, pero no hace alusión a la naturaleza jurídica de dicho documento. Por ello, considerada la literatura antes señalada, es necesario dilucidar si el certificado de ITSE constituye una comunicación previa o, si en definitiva, no constituye título habilitante. Descartado queda el hecho de considerarlo un tipo de autorización, en tanto con el mismo no se termina habilitando en definitiva el ejercicio de una actividad económica (dicha habilitación la proveerá la licencia de funcionamiento). El certificado de ITSE no es otra cosa que el documento que acredita la evaluación de determinadas condiciones de seguridad establecidas por el marco legal vigente para el funcionamiento de un establecimiento comercial.

De una revisión de la doctrina comparada, se encuentra que existirán posiciones que nieguen que un elemento como el certificado de ITSE constituya un título habilitante, por no autorizar en definitiva la realización de una actividad (Laguna de Paz, 2017). En igual sentido, Huapaya declaró recientemente que este tipo de documentos no constituyen un título habilitante ya que su función es la de certificar y no la de permitir el desarrollo de una actividad (Huapaya, comunicación personal, 1 de noviembre de 2020). Empero, como se ha visto también, existen posiciones en contrario que defienden que el hecho de que no termine por autorizar en definitiva la realización de una actividad no es elemento para descartar de la categoría de título habilitante (Hernández-Mendible, 2014).

En este trabajo se asume la posición por la cual, indistintamente de la categorización teórica que al respecto se adopte, el certificado de ITSE debe ser entendido como el resultado de un procedimiento administrativo, en cuya esencia se encuentra una evaluación que no tiene justificación para ser nuevamente ejecutada luego de un periodo arbitrario de tiempo.

2. El riesgo en la regulación

La Norma Técnica ISO 37001:2016 ha definido el riesgo como el “efecto de la incertidumbre en los objetivos”²⁶. La vinculación que expone esta definición entre los términos “incertidumbre” y “objetivos” da cuenta así en forma clara de la enorme distancia entre el riesgo y el azar; y de la cercanía entre el riesgo y las probabilidades, las cuales se incorporan bajo el concepto de objetivos. De allí que definiciones desprovistas de esta distinción fueran imprecisas (Rodríguez, 2012).

Considerando que el certificado de ITSE es un acto de intervención de la administración consagrado en una regulación que tiene por finalidad proteger a las personas, resulta pertinente considerar la importancia de la variable riesgo en este tipo de intervenciones.

Bajo este contexto, pese a la innata vinculación del riesgo con el actuar humano, y lo obvio que podría resultar que la regulación deba abrazarlo, la literatura sobre ello no es abundante. De hecho, y aunque es reconocido que todo esfuerzo humano implica un riesgo (Olson y Dash Wu, 2017), el análisis del concepto como elemento de la regulación parece no haber avanzado con la misma intensidad que las olas de regulación mismas. De acuerdo con Fisher (2010), ello es así en tanto el concepto es relativamente novedoso en el plano regulatorio. Esto se debe a que antes de la década de 1990, las discusiones sobre el concepto eran un asunto de especialidades tan aisladas como la ingeniería nuclear o los seguros.

Sin perjuicio de ello, en esta sección se hará una aproximación al concepto del riesgo, a efectos de comprender mejor sus potenciales beneficios como elemento de la regulación.

De acuerdo con Knight (1964), el riesgo debe ser comprendido desde la premisa en que las personas son capaces de conocer el ahora, pero son siempre ignorantes con respecto al futuro. Sin embargo, y en tanto en dicho panorama se hallan frente a la incertidumbre, es necesario diferenciar claramente entre uno y otro concepto. Para ello, el autor anota una distinción de género a especie, en donde cuando se habla de una incertidumbre que puede ser calculada es posible efectivamente hablar de riesgo (Knight, 1964; Kuran y Sunstein, 2007); mientras que si resulta imposible el cálculo solo se habla de incertidumbre simplemente. En la idea, el cálculo es posible a partir de la consciencia respecto de las probabilidades.

²⁶ UNE-ISO 37001 – Sistemas de gestión antisoborno. Abril de 2017.

Haciendo un repaso de lo afirmado por dicho autor, Fisher (2010:53) da cuenta de que el concepto planteado por Knight se resume en el de las “circunstancias en donde no se sabe lo que ocurrirá, pero pueden conocerse las probabilidades”. Es este el concepto base, anota la última autora, sobre el cual se han construido diversas teorías matemáticas sobre las cuales descansan los conceptos de la industria de los seguros.

2.2. El riesgo como objeto de la regulación

La introducción del concepto riesgo en el diseño regulatorio es una tendencia en los países de la OCDE, los cuales habrían encontrado en aquel una forma de mejorar el bienestar general al permitir mejoras en la regulación del peligro como por servir de apoyo en el diseño más eficiente del marco regulatorio de los servicios brindados por los gobiernos (Fisher, 2010). Si bien Fisher señala que si bien las mejoras en las políticas de riesgo y regulatorias pueden alivianar los costos para los emprendimientos y el costo de oportunidad de las acciones del gobierno, también es cierto que —como la misma autora reconoce— la evidencia de la adopción de estas prácticas por los gobiernos de la OCDE todavía es limitada (Fisher, 2010), lo cual no quita que la implementación del riesgo en la regulación constituya un elemento de importante presencia en las reformas que vienen enfrentando diversos gobiernos. Tal es la tendencia, agrega la autora, que en la primera década del milenio se ha podido apreciar, en quienes son los responsables de la toma de decisiones gubernamentales, un incremento en el ejercicio de la gestión de riesgos.

Esta posición, naturalmente, también ha encontrado opositores, los cuales señalan que la aplicación del concepto en la regulación ha terminado convirtiendo a los operadores en más lentos y más demandante de recursos, sin que ello expusiere verdaderas mejoras palpables derivadas de este enfoque (Fisher, 2010). Esto se debería —se añade— a que, como parte de la aplicación real del concepto, los encargados de materializar la toma de decisiones deben reunir y procesar mayores cantidades de información, lo que puede llegar a volverlos más lentos.

Fisher (2010) adiciona que la incorporación del riesgo en la regulación plantea dos necesidades a los gobiernos que optan por ello. Por un lado, para regular sobre la base de riesgos será necesario identificar dichos riesgos; asunto natural al concepto en línea con lo que antes hemos expuesto (Knight, 1964). Por otro lado, al determinar cómo el riesgo debe ser regulado, quien fuese responsable de la decisión regulatoria deberá contar con suficiente información sobre la gestión

del riesgo (Fisher, 2010), lo cual lleva implícito que será necesario contar con las herramientas técnicas necesarias para abordar la aplicación de la regulación enfocada en el riesgo.

La posición que al respecto ha adoptado el Banco Mundial para efectos de sus recomendaciones institucionales resulta bastante ilustrativa y da cuenta de una tendencia en la incorporación del riesgo en la regulación que se encuentra en línea, en cualquier caso, con los estudios de Fisher (2010) a los que nos hemos referido y que han sido publicitados por la OCDE. Asimismo, para el Banco Mundial (2017), “la regulación basada en el riesgo permite cumplir los objetivos de las políticas públicas al permitir un enfoque en las actividades que presentan más riesgo para el bien público, lo que a su vez reduce las cargas para una variedad de sectores y empresas con menores riesgos”. Este enfoque, desde su planteamiento, pone sobre la mesa un argumento bastante razonable: la energía de la administración pública debe encontrarse enfocada en las actividades de mayor riesgo, toda vez que los recursos no son infinitos. Agrega este organismo que sistemas enfocados en el riesgo bien implementados tenderán a “mejorar la rendición de cuentas al aumentar la transparencia y la previsibilidad de los requisitos en sectores determinados y aplicados a diferentes empresas” (Banco Mundial, 2017).

3. Análisis de razonabilidad de las normas

3.1. Razonabilidad como supuesto de una buena regulación

En el plano local se ha reconocido que si bien la regulación puede ser necesaria, cuando esta no obedece a criterios de razonabilidad puede afectar la asignación óptima de recursos en la sociedad (Gerencia de Estudios Económicos de Indecopi, 2018). Este resultado suele generarse principalmente cuando producto de la regulación se generan efectos negativos en el desarrollo empresarial y en el crecimiento económico del país (Gómez Apac, 2018) y se configura lo que se conoce como “fallas de Estado”. Para evitar este resultado, es fundamental tener claridad acerca de lo que es considerado razonable y cuál es el alcance de un análisis de razonabilidad.

Respecto de lo primero, se encuentra razonable aquello que está justificado, que es ajustado, que es proporcionado y que no es arbitrario (Bazar y Madrid, 1991: 181). Una aproximación conceptual a la razonabilidad es considerada bajo este contexto, como la actitud, disposición y dedicación a buscar razones, evidencias y justificaciones (Díaz, 2009: 11). Como principio jurídico-político, la razonabilidad es entendida así por la doctrina como un parámetro de legalidad

y de justicia material (Barnes, 1994: 501) y un instrumento de ordenación social que posibilitaría la consecución del bien común (Sapag, 2008)²⁷.

Para entender la lógica que lo reviste, cabe indicar que el principio de razonabilidad se origina en el derecho anglosajón y parte de la idea de que los actos de los poderes públicos son válidos, siempre que observen ciertas reglas y procedimientos. La jurisprudencia norteamericana ha permitido la evolución de este principio, considerando además de la observancia de reglas, que para que una disposición normativa pueda entenderse como razonable se requiere que, en el ejercicio de la potestad regulatoria, las normas guarden una relación sustancial con los objetivos que buscan y que no afecten de manera injustificada los derechos y libertades (Ignacio & Zuñiga, 2011: 2). Si bien, en el derecho continental, a partir de la ley fundamental de Bonn y con la jurisprudencia alemana, se introduce el concepto de proporcionalidad, este refleja la misma exigencia referida a que la producción de derecho debe sujetarse a ciertos estándares que impidan o disminuyan al máximo la arbitrariedad (Ignacio & Zuñiga, 2011). Aunque este último concepto es aplicado principalmente en materia de control de constitucionalidad en el derecho continental, debe destacarse que obedece a la misma lógica del principio de razonabilidad; es decir, la correspondencia de los medios y fines, por lo que cada vez más el concepto de razonabilidad en la producción normativa es aplicado en los países de esta familia del derecho.

Ahora bien, una de las problemáticas en la aplicación del principio de razonabilidad es que este no tiene un alcance estático ni constituye un criterio fijo. De hecho, Haro (2001) se ha referido a este principio como una fórmula elástica, adaptable a variadas situaciones y extensible en diversas direcciones. Bernal Pulido (2008) y Mercader Uguina (2008) han destacado, por su parte, que la razonabilidad cuenta con múltiples acepciones, por lo que resulta un concepto que carece de univocidad y que resulta de difícil de determinación. Por su parte, Ciardo (2003) ha destacado que este principio constituye un “concepto jurídico indeterminado” en tanto su significado preciso se determina caso por caso, en el momento de su utilización.

²⁷ Ignacio & Zuñiga (2011) han destacado que no es extraño encontrar en artículos académicos y bibliografía especializada el uso de los conceptos de razonabilidad y de proporcionalidad como sinónimos. Sin embargo, una mirada conceptual entre ambos principios, permite advertir que la relación entre ambos conceptos es de género a especie. Ello se debe a que la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo esta una consecuencia o manifestación de aquella, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin.

Señala, sin embargo, que en Estados Unidos y en Alemania los principios de razonabilidad y de proporcionalidad se manifiestan en test o parámetros concretos de control de los actos potestativos de los poderes públicos, sus ámbitos de aplicación son diferentes. Así, y según se verá más adelante, en Estados Unidos el test resulta aplicable fundamentalmente a los actos de regulación o limitación de la actividad económica y de la propiedad. Por su parte, en Alemania y en los países en que opera el juicio de proporcionalidad, este se aplica en general a todo acto de regulación o limitación del ejercicio de derechos (Ignacio & Zuñiga, 2011: 4).

Sin embargo, la indeterminación de la razonabilidad no impide que dicho concepto sea un parámetro de control de la actividad estatal, entre ella la intervención administrativa (Barnes, 1994: 501), ya que si bien puede tener diferentes significados, lo cierto es que constituye una pauta de interpretación sustantiva, que contrasta con la arbitrariedad y resguarda el valor de justicia, y por tal debe ser constante a todos los actos de poder público y de los particulares (Bidart Campos, 2008: 71).

En otras palabras, la razonabilidad hecha principio es una herramienta para determinar la constitucionalidad de las intervenciones políticas (Santiago, 2008), ya que esta no es un elemento intrínseco de las normas. Es por ello que puede encontrarse normas positivas que no son precisamente razonables, en tanto sus fundamentos y propósitos pueden recaer en el ámbito de la arbitrariedad (Mercader Uguina, 2008: 132).

Además, cabe hacer notar que la razonabilidad en el ámbito normativo está vinculada con aspectos axiológicos y a consideraciones de corte lógico-objetivo, que resultan ser los valores y principios inherentes a un Estado social democrático de derecho como el peruano. Así, se encuentra como la razonabilidad cobra especial importancia en el mundo de la construcción del derecho, sin importar el tipo de norma o regulación, y resulta vital para la legitimidad del Estado, sobre todo si consideramos la variedad de posibles soluciones normativas que un mismo problema social puede tener (Ignacio & Zuñiga, 2011).²⁸

Ahora bien, en el caso de la intervención administrativa, Barnes ha indicado que la razonabilidad:

- Supone que la administración no puede elegir medios inútiles para la consecución de un fin.
- Cuando la administración tenga a su disposición diversos medios útiles, tendrá que elegir aquel que afecte en menor medida al interesado y a la sociedad en su conjunto.
- La administración debe ponderar la magnitud de los perjuicios que se irrogan sobre los interesados en relación con el beneficio que genera su intervención sobre otros bienes o valores en juego (1994: 509).

²⁸ El Tribunal Constitucional peruano (2006) sobre el test de razonabilidad ha señalado que es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por su parte, Ciardo (2018) ha destacado que una regulación será considerada razonable cuando sea: (a) adecuada para alcanzar un fin de relevancia social y constitucional; (b) eficiente, es decir, es la menos restrictiva de los derechos en juego de entre todas aquellas regulaciones igual de eficaces para el alcanzar dicho fin; y (c) proporcionada en sentido estricto, es decir, cuenta con un balance proporcionado entre los costos (la regulación del derecho) y el fin.

Sin embargo, el análisis propuesto por Ciardo, y que ha sido el acogido por casi todos los países occidentales al momento de evaluar la razonabilidad, conlleva importantes retos metodológicos. Ciardo (2003) señala los siguientes:

- 1) Las dificultades de determinar con precisión la finalidad que se busca con la regulación, toda vez que pueden existir motivaciones no declaradas, por lo que corresponde valerse de todos los elementos de información al alcance para determinar con certeza cuál es la finalidad real de la regulación en cuestión.
- 2) Si la adecuación de la regulación al objeto de la misma debe ser *ex ante* o *a posteriori*. Ello corresponde a que con el paso del tiempo una regulación que fue adecuada para atender un problema, podría dejar de serlo por el cambio de las circunstancias en el tiempo.
- 3) Si el análisis debe tener un carácter técnico o se reduce a una evaluación de la mera posibilidad que tiene la norma cuestionada de alcanzar su objetivo.

Así, se tiene que el análisis de razonabilidad puede aplicarse a cualquier de tipo de norma o regulación y busca determinar la relación entre los medios que se usan y los fines que se buscan.

3.2. Elementos del análisis de razonabilidad

Con las consideraciones presentadas, cabe indicar que la doctrina es uniforme al considerar que todo análisis de razonabilidad debe contener al menos un análisis de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en estricto sentido (Maldonado, 2012: 159). Aunque alguna doctrina pueda denominarla de manera diferente de alguno de estos tipos de subanálisis, en esencia son elementos que se mantienen²⁹.

²⁹ Cabe indicar que desde una perspectiva europea, la razonabilidad es considerada un supraprincipio del Derecho Comunitario Europeo que, si bien no está consagrado de manera explícita en el Tratado de Maastrich, afecta todos los ámbitos de ese derecho comunitario y es utilizado como *ratio decidendi* (Barnes, 1994, pp. 517 -518). Así, destaca Barnes (1994) que el Tribunal de Justicia Europeo en la revisión de las normas, así como de la acción administrativa, considera cuestiones tales como los bienes jurídicos protegidos, la intensidad de la medida y el interés general subyacente. Ese alto Tribunal ha sido enfático en señalar que, ante varios medios posibles, se debe escoger el menos gravoso para el ciudadano, cuando permite alcanzar el mismo objetivo. Ahora bien, cabe indicar que todo análisis de razonabilidad requiere considerar los efectos de la medida regulatoria. En esta línea, la OCDE (2018) ha indicado la importancia de que los gobiernos conozcan cuáles son los efectos reales y potenciales de las regulaciones que emiten, y en especial los impactos económicos de estas. Conforme dicho organismo

Precisado ello, se encuentra que con relación al primero, es decir, respecto del análisis de adecuación, este está vinculado con el concepto de eficiencia, y busca la reflexión acerca de si la medida o regulación tiene el potencial, desde una perspectiva objetiva y abstracta, de lograr el fin que busca. Se traduce en la relación medio-fin e implica la identificación de un nexo causal (Maldonado, 2012: 160- 161).

En este análisis resulta fundamental la definición del problema que se busca atender, así como la identificación de los objetivos de política pública. Al respecto, la OCDE (2019: 64) indica que confundir los “medios” y los “fines” es un error común que dificulta considerar el mérito de diversas alternativas. Así, dicho organismo ha señalado que “en la medida que se identifique adecuadamente el problema, sus dimensiones y su origen, será posible diseñar instrumentos que reduzcan o eliminen los riesgos identificados” (OCDE, 2019).

Con respecto al análisis de la necesidad, este conlleva un paso más adelante, en el cual ya no se trata solo de que la medida posea eficacia para el fin, sino que debe ser además eficiente, en tanto resulte ser la menos restrictiva entre todas aquellas alternativas igualmente eficaces (Maldonado, 2012: 162).

Sobre este extremo, cabe indicar que la OCDE (2019), en lo que corresponde a la evaluación de diversas alternativas, ha destacado que resulta fundamental, en primera instancia, considerar si es deseable regular (ya que los costos de la acción gubernamental pueden ser importantes considerando el tamaño del problema, haciendo que estos no sean razonables).

Asimismo, para la evaluación de alternativas, la OCDE también recomienda la realización de una evaluación comparativa (*benchmarking*), toda vez que esta puede ser un medio efectivo de obtener puntos de vista sobre los beneficios potenciales que podrían obtenerse al adoptar distintas características de diseño o instrumentos alternativos (2018b: 16).

Finalmente, en lo que respecta al análisis de proporcionalidad en estricto sentido, Bernal Pulido (2008: 136) conlleva al análisis de las intensidades en que son afectados dos bienes jurídicos.

ha señalado, los Estados deben considerar que en el ejercicio de sus funciones no basta que la regulación genere beneficios netos para el sector que se interviene, sino que debe generar el mayor beneficio posible para toda la sociedad. En esta misma línea, la OCDE (2018a) viene promoviendo instrumentos tales como la participación de determinados grupos de interés a lo largo del proceso regulatorio, así como la Cooperación Regulatoria Internacional. De igual manera, ha destacado como la economía conductual es una herramienta para concebir y formular mejores políticas.

Arnold, Martínez y Zuñiga (2012) establecen que en la proporcionalidad se analiza que la gravedad de la intervención sea adecuada al objetivo de la intervención. Por ello, dichos autores señalan que debe justificarse el grado de gravedad de los medios a usarse para obtener el fin deseado socialmente. Por ello, consideran que este análisis es más importante para la protección de la libertad individual, ya que implica una ponderación entre el interés del individuo y el interés público.

4. La fiscalización

La doctrina local (Tirado, 2011) reconoce en la fiscalización a la potestad administrativa destinada a garantizar la adecuación permanente de las actividades sujetas a control a lo dispuesto por la ley y, en consecuencia, a lo que pudiere haberse autorizado ante la expedición de un título habilitante. Esta potestad, que comprende también a las acciones necesarias para el restablecimiento de la legalidad quebrantada, se complementa así con la necesaria protección de un interés general fundado en la protección de los derechos fundamentales o de otros bienes constitucionalmente consagrados.

Por su parte, la doctrina española (Bermejo, 1998) desarrolla la conveniencia de señalar que la fiscalización constituye una potestad (Bermejo, 1998) identificándola como toda acción administrativa en ejercicio de un poder atribuido, delimitado y construido previamente por la ley. En la misma línea, Villar (1999) señala que la administración pública efectúa acciones de fiscalización en ejercicio de potestades previamente atribuidas por una norma de rango suficiente; por su parte Fernández (2002) considera que es una técnica de policía de comprobación, de carácter técnico e instrumental, cuya finalidad es la verificación del cumplimiento del ordenamiento que rige el ejercicio de los derechos y obligaciones de los particulares.

Por otro lado, para Bermejo (1998), es de las actuaciones que habilitan a las administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento normativo, siendo la seguridad el motivo principal de la dotación de esta potestad. En ese sentido, pero agregando el elemento preparatorio de la reacción administrativa, Rebollo (2013) la define como la actividad de la administración mediante la que se examina la conducta realizada por los administrados, con la finalidad de comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones establecidos legalmente y, de ser el caso, preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones. Además, Morón (2020) señala que la fiscalización se la ejercen las entidades

habilitadas a ello y consiste en la verificación del cumplimiento de la legalidad, con el fin último del resguardo de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, es posible concluir que la actividad administrativa de fiscalización constituye una potestad debidamente atribuida a través de una ley o decreto legislativo, que comprende la ejecución de actividades de supervisión, control, vigilancia, inspección y similares, orientadas a asegurar preventivamente el cumplimiento normativo o a restablecer la legalidad alterada, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico y el interés público.

Respecto de la ejecución de la actividad de fiscalización, Morón (2020) señala que en su fase preparatoria cobran importancia los planes de fiscalización que buscan asegurar el uso racional de los recursos, la objetividad y tecnicismos con que se aseguran los objetos y sujetos de fiscalización. Esto es emplear razonablemente los recursos materiales, presupuestales y humanos —siempre escasos— con que se cuenta para llevar a cabo esta actividad, para concentrarlos en casos emblemáticos. Agrega el autor que da a los ciudadanos la seguridad razonable que la actividad no será definida por criterios subjetivos (animadversiones, favoritismos, clientelismos) sino por aspectos técnicos, que serán tratados con igualdad al momento de definirse si serán objeto de fiscalizadores.

Capítulo III. Desarrollo del trabajo

1. En busca de las razones

Durante el periodo que en esta investigación se estudia al certificado de ITSE (y su antecesor, el certificado de seguridad en defensa civil) este ha contado con cuatro distintas vigencias: (i) en el año 2000 con el Decreto Supremo 013-2000-PCM se asignó un año de vigencia; (ii) en el año 2005 con el Decreto Supremo 074-2005-PCM se amplió su vigencia a dos años; (iii) en el año 2014 con el Decreto Supremo 058-2014-PCM se estableció una vigencia indeterminada; y (iv) en el año 2017, la Ley N° 30619 le volvió a asignar una vigencia de dos años.

Esta ida y vuelta de su vigencia, que puede apreciarse con mayor detalle en el gráfico 2 antes citado, no es otra cosa que la manifestación de los cuatro momentos en los que el criterio para definir la vigencia del certificado de ITSE varió. Sería lógico esperar que cada una de dichas variaciones contase con una justificación, idealmente razonable, que sostuviera el cambio. Por dicha razón, corresponder revisar a continuación las justificaciones del legislador³⁰ que tuvo a su cargo en cada momento de dicha definición.

- Decreto Supremo N° 013-2000-PCM

Esta norma, que fungía de reglamento del Decreto Ley N° 19338³¹, se limitaba a señalar que la vigencia del Certificado de ITSE era de un año³². La norma no contó con exposición de motivos, y en su parte considerativa se limitó a indicar que la legislación anterior era obsoleta, razón por la cual era necesario reestructurarla.

Consultada la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) sobre la exposición de motivos o similar que dé cuenta del análisis que hubiere justificado el cambio a un año, aquella ha confirmado que este documento no obra en el expediente del Decreto Supremo bajo análisis³³.

³⁰ En sentido lato, en tanto la regulación de la vigencia entre los años 2000 y 2017 estuvo a cargo del Poder Ejecutivo. Solo desde el año 2017, con la referida Ley 30619, es que el Poder Legislativo toma la posta en la definición de la vigencia.

³¹ El Decreto Ley 19338, Ley del Sistema de Defensa Civil, que fue emitido el 28 de marzo de 1972, no mencionaba el plazo que debía tener el Certificado de ITSE. No se realizará mayor análisis respecto de esta norma, por encontrarse excluida del ámbito temporal de este trabajo. Véase la sección 1.3.1 de este documento.

³² “Artículo 13.- Las inspecciones técnicas básica, de detalle y multidisciplinaria tienen vigencia de un (1) año (...)”

³³ Solicitud de acceso a la Información (Expediente N° 2021-0001841) presentado el 18/01/2021. Al respecto, cabe señalar que, como parte de la respuesta dada a esta solicitud, la PCM adjuntó el documento “Sustento y Antecedentes

- Decreto Supremo N° 074-2005-PCM

Esta norma modificó al Decreto Supremo N° 013-2000-PCM en diversos asuntos; uno de ellos es el de la vigencia del certificado de ITSE. Así, la norma dispone en su artículo 1 que el operador del establecimiento objeto de inspección debía renovar el certificado de ITSE con la periodicidad establecida en la directiva a la que hace referencia el artículo 22 del referido Decreto Supremo N° 013-2000-PCM. Esta directiva, modificada en su oportunidad por la Resolución Jefatural N°440-2005-INDECI, en su numeral 3.2 señaló que la vigencia debía ser de dos años³⁴.

Ni el Decreto Supremo N° 074-2005-PCM, ni la mencionada directiva cuentan con una exposición de motivos que den cuenta de las razones por las cuales se decidió elevar el plazo de la vigencia de un año a dos años. La parte considerativa de la primera de estas normas, ni siquiera hace mención a razón alguna que pudiere explicar este cambio.

Al igual que en el caso anterior, consultada la PCM sobre la exposición de motivos o similar que dé cuenta del análisis que hubiere justificado el cambio de uno a dos años, aquella ha confirmado que este documento no obra en el expediente del Decreto Supremo bajo análisis³⁵.

del Reglamento de Inspecciones Técnicas” sin embargo, en él tampoco se hace referencia al plazo de vigencia del Certificado.

³⁴ En esta Resolución Jefatural N°440-2005-INDECI se hace mención del Informe N°098-2005-INDECI/DNP/J-UIT, elaborado por la Dirección Nacional de Prevención del Indeci. En él esta entidad recomienda y sustenta que la vigencia del Certificado de Seguridad en Defensa Civil debe ser de dos años y no solo uno debido a un análisis realizado de los factores de complejidad presentes en los objetos de inspección (cambios en las instalaciones por el giro del negocio, la afluencia del público, la capacitación del personal que labora en los establecimientos, el estado de la conservación del bien, entre otros), y de la política de supervisión y control del Sinadeci. En efecto, se concluye en el referido informe que, en su mayoría, los objetos de las Inspecciones técnicas en seguridad en defensa civil (ITSDC), como antes se conocían las ITSE, no sufren alteraciones significativas en periodos menores a un año y que habría un cambio de mentalidad existente de los propietarios, conductores y/o administradores de los establecimientos sobre los temas de prevención y atención de desastres aunado a las modificaciones realizadas en materia de ITSDC por el Indeci que buscan establecer una política de supervisión por parte de la administración a través de las Visitas de Inspección de Defensa Civil (VIDC), por lo que las vigencias podrían ampliarse durante un año más al año de vigencia de los certificados consagrado en ese momento.

³⁵ Solicitud de acceso a la información (Expediente N° 2021-0002119) presentado el 19/01/2021. No obstante, al ser consultada por PCM, Indeci remitió el Oficio N° 6478-2005-INDECI/5.0 que contiene el “Informe ampliatorio respecto a modificatoria del Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil adjuntando el Proyecto de Decreto Supremo y Exposición de Motivos”. Mediante este documento, la Oficina de Asesoría Jurídica de Indeci presentó una propuesta de modificación del art. 13 del Decreto Supremo N°013-2000 PCM referido a la vigencia del certificado a fin de precisar y clarificar su contenido debido, entre otras razones, a que:“(…) resultaría técnicamente inviable otorgar un certificado y dejar que el tiempo transcurra indefinidamente hasta que se presente alguno de los supuestos de remodelación, ampliación, o cambio de uso y recién efectuar una nueva ITSDC mientras las instalaciones como se han explicado se van deteriorando, con el simple paso del tiempo, lo cual en definitiva afecta las condiciones de seguridad, no siendo posible técnicamente garantizar de manera indefinida que el objeto de inspección cumple con las condiciones de seguridad, si no se ha procedido ha (sic) efectuar la verificación anual correspondiente”.

- Decreto Supremo N° 058-2014-PCM

Con esta norma el país pasa de tener un certificado de ITSE de vigencia determinada a indeterminada. El cambio viene incluido en un paquete de cambios que, de acuerdo con la parte considerativa de la referida norma y su exposición de motivos, tiene en consideración lo dispuesto por otra norma, la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, y las sugerencias provistas de los trabajos de mejora continua generados sobre la base de la experiencia del Indeci.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando el Decreto Supremo N° 058-2014-PCM sí cuenta con una exposición de motivos, en dicho documento no se evidencia un análisis de razonabilidad destinado a establecer la vigencia del certificado de ITSE, sino que solo señala en el análisis costo beneficio que dicha norma no significará costo adicional para el Estado.

La explicación a lo anterior puede ser entendida en un contexto más amplio, aunque alejado del trabajo del legislador. Resulta que meses antes de la emisión de este Decreto Supremo N° 058-2014-PCM, la Comisión de Barreras Burocráticas del Indecopi emitió la Resolución N° 0219-2014/CEB-INDECOPI, en mérito a la cual calificó el plazo de vigencia determinada como una barrera burocrática, por no responder dicha vigencia a razón alguna³⁶.

- Ley N° 30619

El texto actual del artículo 11 de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento³⁷, que establece la vigencia del certificado de ITSE en dos años, fue introducido por la Ley 30619³⁸, del año 2017. Con esta modificación, el certificado de ITSE deja de contar con la vigencia indeterminada, en contravención a lo requerido por el artículo 42 del Texto Único Ordenado de

³⁶ Atendiendo a una denuncia privada, Indecopi señaló en la Resolución N° 0219-2014 que la vigencia no podía estar arbitrariamente sujeta a una temporalidad al no existir razones legales ni razonabilidad para ello, máxime si las autoridades municipales podían ejercer la facultad de fiscalización de las condiciones de seguridad certificadas. Durante el trámite del recurso de apelación fue que se emitió el Decreto Supremo 058-2014-PCM, que determinó que la vigencia pasaría a ser indeterminada, razón por la cual el Indecopi resolvió el recurso dando cuenta de la sustracción de la materia.

³⁷ Dicha Ley N° 28976, en su texto original del año 2007, no señalaba nada respecto a la vigencia del certificado de ITSE. De hecho, no hay razones en su exposición de motivos que revelen la razón por la cual se hacía esta omisión. La razón de ello se encontraría, en que en el año 2007 en que fue emitida, la definición de la vigencia estaba a cargo del Decreto Supremo 066-2007-PCM.

³⁸ Denominada “Ley que modifica la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, acerca de la vigencia del certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones”.

la Ley 27444, que desde el 2016 ya señalaba que los títulos habilitantes deberían contar por regla general con vigencia indeterminada³⁹.

Esta norma cuenta con una “exposición de motivos” asociada al proyecto de ley N° 791/2016-CR, “Ley que prohíbe la vigencia indeterminada del Certificado de Inspección Técnica de Seguridad de Edificaciones”, presentado por la congresista Lourdes Alcorta, en la que sustentaba la necesidad de retornar a la vigencia determinada en base a las declaraciones vertidas a un periódico por un sub gerente de Defensa Civil que afirmaba: (i) que la norma que regulaba la vigencia indeterminada “perjudica la seguridad en el país”, (ii) que tenía “varias deficiencias” y (iii) que “muchos municipios no pueden cumplir con fiscalizar” por falta de presupuesto. En adición a ello, se señala que no era posible considerar “absurdos gastos” o “trabas burocráticas” a las tasas de renovación y a los procedimientos de renovación, toda vez que la norma que regulaba la vigencia indeterminada “no resiste un test de razonabilidad, es decir [...] no es idónea, necesaria ni proporcional” (sic). Sin embargo, no aporta evidencias del análisis y validación de dicha idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Finalmente, el documento culmina con un denominado “análisis costo beneficio” de tres líneas que solo señalaba la inexistencia de gasto alguno para el Estado.

En la misma línea, se ha podido acceder a la “exposición de motivos” asociada al proyecto de ley N° 856/2016-CR, “Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento”, presentado por la congresista Alejandra Aramayo, el cual propuso también el retorno a la vigencia determinada de dos años. La propuesta al retorno a la vigencia determinada, de acuerdo con el proyecto, obedece a (i) la incapacidad de las municipalidades de desarrollar capacidades de fiscalización y sanción, y (ii) a que la sociedad ha considerado esas incapacidades para relegar el cumplimiento de las normas de seguridad. Sin embargo, el proyecto tampoco aporta datos o evidencias que demuestren lo sostenido.

Por lo expuesto, es factible afirmar que no es posible identificar la realización de un análisis real que justifique las variaciones producidas en la configuración del tiempo de vigencia del certificado de ITSE. En las normas mencionadas no se ha realizado siquiera alusión alguna sobre la variable riesgo⁴⁰. En el caso particular de la Ley N° 30619, que retornó a la regla de la vigencia

³⁹ Artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444.

⁴⁰ Conforme el Manual de Ejecución de Inspección Técnica de Seguridad en Edificaciones es en el ITSE la probabilidad de que el Establecimiento objeto de inspección y sus ocupantes, sufran daños y pérdidas como consecuencia de su vulnerabilidad referida a las condiciones de seguridad física de sus instalaciones, equipamientos y otros relacionados a la actividad, debido a la ocurrencia de un evento negativo o daño.

determinada, esta norma ni siquiera cuenta con una exposición de motivos definitiva que indique cuál es el fin que persigue la norma y no solo no evidencia la realización de un análisis de razonabilidad previo para su emisión, sino que tampoco cuenta con estudio o datos reales algunos para sustentar la necesidad de retornar a la vigencia determinada⁴¹.

2. Idoneidad

2.1. Identificación de la finalidad

Conforme se ha desarrollado en este trabajo, el análisis de la idoneidad requiere demostrar, por lo menos desde un plano teórico, que la disposición legal bajo análisis cumple con la finalidad que busca alcanzar. Así, para determinar si la vigencia del certificado de ITSE permite que se cumpliera la finalidad de las normas de seguridad que la regulan, es necesario analizar si el logro de dicha finalidad se encuentra asociado o depende de la referida vigencia.

El Decreto Legislativo N° 1200, del año 2015, provee luces sobre dicha finalidad. Eleva a nivel legislativo la vigencia indeterminada del certificado de ITSE que había sido previamente aprobada, por primera vez en el país, con el Decreto Supremo 058-2014-PCM del año 2014. El Decreto Legislativo N° 1200, hoy modificado en el extremo de la vigencia indeterminada, señala que la inspección de seguridad, base del certificado de ITSE, busca:

Verificar y evaluar el cumplimiento o incumplimiento de la normativa en materia de seguridad en edificaciones aplicables en los objetos de inspección, con la finalidad de prevenir y/o reducir el riesgo debido a un peligro originado por fenómeno natural o inducido por la acción humana, con la finalidad de proteger la vida de la población y el patrimonio de las personas y del Estado. (Decreto Legislativo 1200, Presidencia de la República del Perú, 2015)

Asimismo, la exposición de motivos señala que las inspecciones de seguridad, conforme se encontraban diseñadas hasta antes de que dicha norma intentare hacer de la vigencia indeterminada la regla general: “tenían como propósito la verificación del cumplimiento de las

⁴¹ En adición a lo anterior, cabe destacar que el 12 de octubre de 2020 se radicó el Proyecto de Ley N° 6433/2020-CR “Ley que modifica el Artículo 11 de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento” por la congresista Carmen Omonte Durand del Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso, en el cual se propone que el certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones tenga una vigencia de cinco años, indiferentemente el nivel de riesgo, y que su renovación tenga como único requisito una declaración jurada de que las condiciones de seguridad del inmueble no han variado. Dicho proyecto ni su exposición de motivos contienen sustento o explicación alguna sobre el porqué es técnicamente necesario dicha vigencia determinada, indicando solamente que en tanto en la actualidad se debe tramitar la renovación con mínimo tres meses de antelación al vencimiento del certificado ITSE, resulta importante ampliar la vigencia determinada.

condiciones de seguridad de los establecimientos”, sobre la base de “la verificación del cumplimiento de las normas de diseño de edificaciones” (Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1200, Presidencia de la República del Perú, 2015).

Mayores luces brinda el actual Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo 002-2018-PCM, cuyo artículo 10 señala que las inspecciones tienen por finalidad: “evaluar el riesgo y las condiciones de seguridad de la edificación vinculada con la actividad que desarrolla, verificar la implementación de las medidas de seguridad con las que cuenta y analizar la vulnerabilidad en el Establecimiento Objeto de Inspección” (Decreto Supremo 002-2018-PCM, Presidencia del Consejo de Ministros, 2018).

Añade la exposición de motivos de este reglamento que el propósito principal de la norma es: “salvaguardar la vida de las personas que concurren y laboran en los diversos establecimientos objeto de las Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones, conciliándolo con la simplificación administrativa y el buen servicio al ciudadano” (Decreto Supremo 002-2018-PCM, Presidencia del Consejo de Ministros, 2018).

Debido a ello es que puede afirmarse que las ITSE, actividad cuyo resultado se materializa en el certificado de ITSE, tienen por finalidad asegurar que el establecimiento al que concurren las personas es seguro, por cumplir con un bloque de normas de seguridad que tienen por presupuesto la normativa de edificaciones.

2.2. Relación de la finalidad con la vigencia

No se encuentra, ni en las exposiciones de motivos ni en las partes considerativas de las normas que han regulado la vigencia del certificado de ITSE, una reflexión que vincule la finalidad para las que fueron adoptadas con la vigencia asignada a dicho certificado. En el caso específico de la Ley N° 30619, que introdujo la vigencia actual, no se hace si quiera mención al respecto. Tal es la inexistencia de esta reflexión que conforme se ha demostrado, ninguna de las normas que en el tiempo han regulado diferentes periodos de vigencia de los certificados de ITSE ha contado con un texto justificatorio de dichos cambios de vigencia. En paralelo, no se ha encontrado que ninguna de las justificaciones que acompañan estas normas señale la necesidad de realizar dichos ajustes en la vigencia en relación con una posible variación de la finalidad de la norma.

En este contexto se puede advertir que mientras la finalidad de la norma ha permanecido prácticamente invariable desde el año 2000, conforme la lectura del Decreto Supremo N° 013-2000-PCM, el Certificado de ITSE ha tenido una vigencia de un año, dos años, indeterminada y nuevamente dos años. Es decir, en tanto el legislador no ha cambiado la finalidad de la norma, no puede afirmarse que los cambios en los certificados de ITSE obedezcan a la concreción de una nueva finalidad.

De hecho, visto esto desde la práctica tal ha sido la invariabilidad de la finalidad que compañías como Everis Perú no pueden percibir beneficio alguno a hacer patente producto de la modificación de las vigencias, en tanto el procedimiento es el mismo y la configuración de los inmuebles la misma. Es decir, salvo por el plazo, no se desarrolla ni crea condición alguna que pueda terminar traduciéndose en un beneficio a la seguridad.

2.3. La vigencia indeterminada debe ser la regla general

Entonces, dado que la vigencia del certificado de ITSE no es un elemento que pueda impedir el logro de la finalidad de la norma que lo regula, corresponde preguntar cuál es la vigencia que debería asignarse a aquel. La respuesta a esta interrogante la brinda la doctrina, la legislación vigente e incluso la opinión de los tribunales administrativos peruanos.

Conforme se ha evidenciado en este trabajo, desde la teoría se afirma que los títulos habilitantes no deben estar sujetos, por regla general, a un plazo de vencimiento. Esa es la concepción teórica que se encuentra detrás de títulos habilitantes como la licencia de funcionamiento o la autorización para el uso de lunas polarizadas. Dicha postura ha sido reconocida por la legislación vigente, en tanto el artículo 42 del Texto Único Ordenado de la LPAG señala a la fecha que los títulos habilitantes, por regla general, deben contar con una vigencia indeterminada. En la misma línea, y ya desde el año 2014, el Indecopi se ha pronunciado sobre la vigencia determinada de los títulos habilitantes⁴², refiriéndose a los certificados de ITSE, señalando que a falta de justificación legal o razonable, esta no puede defenderse. Cabe indicar que en la Resolución N° 0219-2014 del Indecopi, este órgano señaló que la vigencia del certificado de ITSE no podía estar arbitrariamente sujeta a una temporalidad al no existir razones legales ni razonabilidad para ello, máxime cuando existía la facultad de fiscalización de las condiciones de seguridad certificadas.

⁴² Resolución N° 0219-2014-INDECOPI. En la sección 3.1 anterior se brinda mayor detalle sobre esta posición.

Es por estos motivos que resulta válido afirmar que el certificado de ITSE debería contar en principio con una vigencia indeterminada. Evidentemente, a condición de que las condiciones que justificaron el otorgamiento del mismo se mantengan. Sostener que ello vulneraría la finalidad de la norma, conforme se ha demostrado, carecería de un sustento lógico.

Se añade a lo anterior que el certificado de ITSE es un documento que certifica que el establecimiento objeto del mismo ha cumplido con las condiciones de seguridad al momento de realizar la inspección y que dicha situación podría ser variada por el administrado tanto inmediatamente (por ejemplo, mediante la realización de modificaciones) como en el transcurso del tiempo (por ejemplo, por desgaste), sin por ello haberse modificado o actualizado el certificado.

Además, cabe indicar que en tanto el certificado de ITSE no autoriza el desarrollo de una actividad, no se encuentra justificación alguna para imponer una regla de vigencia más rigurosa y exigente para el administrado, que aquella que conforme la Ley del Procedimiento Administrativo se aplicaría de manera general para otros Títulos Habilitantes como las de aquellas autorizaciones que si permiten el desarrollo de la actividad en cuestión.

El benchmarking indica que en los países que lideran el ranking de Doing Business existen diversos escenarios respecto a la vigencia de mecanismos similares al certificado de ITSE.

Habiendo entonces llegado a afirmar que la vigencia indeterminada debe ser la regla general, cabe la necesidad de contrastar si existe antecedente alguno equivalente en materia de seguridad. Al respecto, si se analiza lo que viene teniendo lugar en los cinco primeros países de América Latina en el ranking de Doing Business para hacer negocios (México, Puerto Rico, Colombia, Jamaica, Chile) se encuentran escenarios diversos.

En México, para la apertura de negocios de riesgo bajo no se requiere contar con una anuencia de protección civil (que hace las veces de un certificado ITSE), sino que se obtiene de manera posterior y debe ser renovado anualmente en algunos Estados federados, los cuales además tienen la obligación de hacer fiscalizaciones posteriores. En consecuencia, se encuentra un supuesto intermedio, en mérito al cual la regla es en algunos Estados la vigencia indeterminada y en otros la determinada.

En Puerto Rico se debe tramitar un certificado para la prevención de incendios que cuenta con un año de vigencia, el cual se tramita electrónicamente y está sujeto a fiscalización posterior. Por otro lado, Colombia cuenta con una evaluación de bomberos con un año de vigencia no renovable, obligando a los administrados a tramitarlo desde cero en cada oportunidad. En estos dos países, la vigencia es determinada.

Por su parte, Jamaica cuenta únicamente con *building permits*, autorización para construir establecimientos que posteriormente serán inspeccionados por las brigadas de bomberos. Por otro lado, Chile tiene como mecanismo el certificado de calificación técnica, para construcciones industriales y los informes sanitarios para establecimientos comerciales e industriales, con una vigencia indeterminada independientemente del nivel de riesgo.

Tabla 1. Mecanismos de prevención de desastres en establecimientos en diferentes países de América Latina y el Caribe

País	México	Puerto Rico	Colombia	Jamaica	Chile
Mecanismo	Anuencia de protección civil /dictamen de cumplimiento de las medidas de protección civil	Certificado para la prevención de incendios (endoso de bomberos)	Concepto Técnico de Bomberos	<i>Building permits</i> / Inspecciones de la Brigada de Bomberos	Certificado de calificación técnica / informe sanitario
Base normativa	Acuerdo que establece el Sistema de Apertura Rápida de Empresas, suscrito por el presidente de la República (DOF 28 de enero de 2002) Ley General de Protección Civil	Ley 161 de 2009 y sus modificatorias (artículo 8.4b) - Fire Code	Ley 1575 del 2012. Resolución 661 del 2014.	Building Act/ Fire Brigade Act	Decreto N° 47, de 1992 sobre la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo. Código Sanitario/Decreto Supremo 549 (norma técnica).
Vigencia del mecanismo	Fiscalizaciones posteriores /un año del dictamen dependiendo del Estado	Un año	Un año	No aplica	Indefinida, salvo en casos de ampliación, cambio de giro, o número de trabajadores y/o maquinarias o traslado.
Requisitos para su renovación	Regulados por las autoridades locales	Formulario online e inspección posterior.	No existe renovación.	No aplica	En caso de ampliación, se debe volver a realizar el trámite.

Entidad competente	Sistema Nacional de Protección Civil (Sinaproc)	Oficina de Gerencia de Permisos (OGPe), Secretaría Auxiliar del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio.	Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Existen diversos sectores que brindan también certificaciones.	Ministerio de Gobierno Local y Desarrollo Rural	Seremi de Salud (Secretarías Regionales Ministeriales) /Ministerio de Salud
---------------------------	---	--	---	---	---

Fuente: Elaboración propia.

En Estados Unidos, el primer país de Norteamérica en el ranking de Doing Business, el escenario también es intermedio. En este país, cada estado tiene una regulación específica en materia de seguridad de edificaciones; algunos requieren certificaciones especiales para la actividad a desarrollar y otros utilizan como mecanismo únicamente la fiscalización.

En el caso de Europa, se analiza los tres primeros países del ranking de Doing Business. En Dinamarca, si bien no existe un mecanismo equivalente al certificado de ITSE, para alcanzar el objetivo de garantizar la seguridad de las personas se utiliza el permiso de construcción, la evaluación de la seguridad y la salud en el trabajo, y dependiendo de la actividad económica a desarrollar, algunos permisos sectoriales cuyo cumplimiento es fiscalizado.

El caso del Reino Unido es similar; se cuenta con la evaluación de la seguridad y la salud en el trabajo, así como de riesgo de incendios, los cuales se controlan mediante la fiscalización. Por su parte, Noruega ha seguido un camino equivalente, que cuenta con normas de control interno en materia de salud, seguridad y ambiente en las empresas, las que se encuentran sujetas a fiscalización, con mayor énfasis en aquellos establecimientos donde un incendio pueda causar mayor daño.

Por el lado de Asia, el primer país del ranking de Doing Business, Emiratos Árabes Unidos, si bien dispone de instrumentos con especial énfasis en inspecciones periódicas, así como normas de seguridad y salud en el trabajo, también las autoridades de protección y seguridad civil de dicho país certifican anualmente que los establecimientos cumplan con las reglamentaciones en prevención de incendios, por lo se encuentra una vigencia determinada.

Tabla 2. Mecanismos de prevención de desastres en establecimientos en diferentes países de Europa y África

País	Estados Unidos	Dinamarca	Reino Unido	Noruega	Emiratos Árabes Unidos
Nombre del mecanismo	Permiso del Departamento de Bomberos / fiscalizaciones posteriores	Permisos de construcción /seguridad y salud en el trabajo /permisos sectoriales	Fire Risk Assessment	Normas de control interno en materia de salud, seguridad y ambiente en las empresas.	Certificate of compliance with the preventive safety requirements/ Normas en materia de seguridad y salud en el trabajo
Norma en que se regula	Cada ciudad tiene sus propias regulaciones. Ejemplo: Seattle tiene su Fire Code	The working environment Act. Normas técnicas	Health and Safety at Work etc. Act 1974 y normas subsiguientes como la Management of Health and Safety at Work Regulations 1999 The Regulatory Reform (Fire Safety) Order 2005. (Inglaterra y Gales)	Internal Control Regulations Norwegian Fire and Explosion Prevention Act	UAE Fire and Life Safety Code of Practice Sep-2018. The Federal Labour Law
Vigencia del certificado	Fiscalizaciones son anuales o antes dependiendo de la actividad	No aplica.	Se debe mantener actualizado. Se realizan inspecciones periódicas.	Cada autoridad realiza inspecciones periódicas. Se tiene especial atención a aquellos establecimientos donde un incendio cause mayor daño.	Las autoridades de Protección y Seguridad Civil certifican que anualmente los establecimientos cumplan con las reglamentaciones en prevención de incendios.
Requisitos para su renovación	Regulados por las autoridades locales	No aplica.	No aplica.	No aplica.	<ul style="list-style-type: none"> • Commercial license - tourism license • Chamber of Commerce certificate • Approval of signature • lease contract • List of employees to contractors • Site layout of the establishment • Maintenance contract for fire equipment for the establishment or building
Entidad competente	Existen otras licencias a nivel federal y estadual dependiendo de la actividad.	The Danish Working Environment Authority – Arbejdstilsynet y otras entidades sectoriales	Health Safety Executive / Home Office (Inglaterra)	Norwegian Labour Inspection Authority. The Directorate for Civil Protection y autoridades municipales	Departamentos de Protección y Seguridad Civil de cada Emirato. Departamentos de Health, Safety and Environment

Fuente: Elaboración propia.

Entonces, puede sostenerse que existen cuatro escenarios:

- i) No existe un mecanismo con el certificado de ITSE, sino únicamente la fiscalización del cumplimiento de las normas referidas a la seguridad y la salud en el trabajo. Es el caso de Dinamarca, el Reino Unido y Noruega.
- ii) Existe un mecanismo similar al certificado de ITSE sujeto a una vigencia determinada. Es el caso de Puerto Rico, Colombia y Emiratos Árabes Unidos.
- iii) Existe un mecanismo similar al certificado de ITSE sujeto a una vigencia indeterminada. Es el caso de Jamaica y Chile.
- iv) Aquellos países con Estados federados en los que existe un mecanismo similar al certificado ITSE cuya vigencia varía de acuerdo al Estado del que se trate. Es el caso de México y los Estados Unidos.

Conforme puede apreciarse, de los 10 países analizados, únicamente en 3 de ellos rige la regla de la vigencia determinada. Es decir, mantener una regla como esta en el Perú no resulta acorde con la tendencia que presentan los países mejor calificados en el ranking.

2.4. La realidad y la regla general

El derecho no es una ciencia exacta, en la que A más B siempre es C, sino una ciencia social que, por lo mismo, al manifestarse en legislación debe reconocer las particularidades de la sociedad. En ese sentido, es posible sostener que la regla general de la vigencia indeterminada puede admitir excepciones, en tanto las mismas encuentren justificación en hechos reales.

Dado que lo anterior es una premisa armónica en el derecho, se debe recordar en este punto que, conforme se ha evidenciado en el marco teórico, la actividad de fiscalización es correlato de la vigencia indeterminada que debe concederse a los títulos habilitantes. Como señala Huapaya (Comunicación personal, 1 de noviembre de 2020) la lógica es mantenerlo (el Certificado de ITSE) permanentemente, la técnica ahí no es digamos la temporalidad, sino la fiscalización permanente, lo único que hay que hacer es comprobar que se cumplan las condiciones de seguridad a las que fue sometida esta certificación.

La última, por lo mismo, sería posible en tanto el Estado pueda suplir la necesidad de verificar que satisfacía mediante la obligatoriedad de renovar, con la ejecución de procedimientos de fiscalización suficientes. Esta afirmación es válida en tanto si el Estado está en capacidad de fiscalizar adecuadamente, la vigencia determinada de un título carece de sentido. Surge entonces

el problema de la negación de uno de los elementos de esta premisa. Si, conforme se ha sostenido, la vigencia indeterminada tiene como correlato a la fiscalización, conviene preguntarse si es posible la vigencia indeterminada en un Estado que, como el peruano, por un lado es incapaz de fiscalizar adecuadamente⁴³ y que, por otro, cuenta con una población que prefiere asumir el riesgo de ser multada antes que invertir en prevención⁴⁴.

Conforme señala Merino Taboada (Comunicación personal, 11 de noviembre de 2020), las situaciones como las descritas no ponen en evidencia problemas en el diseño de la norma, sino que dan cuenta de fallas en la gestión pública o en el proceso de relacionamiento de la norma con otras normas⁴⁵. Asimismo, Huapaya señala (Comunicación personal, 1 de noviembre de 2020) respecto al incendio en la Malvinas, por poner un ejemplo, el problema no fue que se trate de Certificado de ITSE indeterminado, el problema fue que no se había hecho una fiscalización; de acuerdo con lo señalado por Huapaya, la intensidad de la fiscalización debe ser directamente proporcional al nivel de riesgo y debería tratarse de una fiscalización planificada.

Es decir, la incapacidad del Estado para fiscalizar (materializada incluso en no fiscalizar a compañías como Everis Perú, pese a las inversiones en seguridad que se adoptan para encontrarse preparadas) no niega la validez teórica de la vigencia indeterminada, sino que expone debilidades existentes en el entorno en que la misma podría ser implementada. Y son dichas debilidades las que justifican la creación de excepciones a la regla general de la vigencia indeterminada. Por ello, siendo entonces posible que la regla de la vigencia indeterminada del certificado de ITSE tuviere excepciones, corresponderá determinar cuáles son los supuestos en que aquellas excepciones serían válidas.

2.5. La excepción debe limitarse a los supuestos de mayor riesgo

⁴³ Huapaya (2020) opina que cuando el legislador ha señalado dos años de vigencia para el certificado de ITSE, lo hace reconociendo una incapacidad de fiscalización de la Administración. En esa línea, Súmar (2018) reconoce fallas cognitivas de los reguladores, entre ellas la conocida como la “agenda irracional” del regulador, esto es, que no se cuenta con un objetivo a cumplir para lo cual existe una estrategia pre-diseñada, sino que, se responde a casos anecdóticos, a portadas de periódicos. Lo señalado previamente se agrava aún más si consideramos el esquema presupuestario del gobierno, en el que los fondos suelen ser insuficientes para llevar a cabo las labores de inspección y ejecución (OCDE, 2016).

⁴⁴ Al respecto, Fernández (2003) que aun sin darnos cuenta, todos aplicamos el principio de costo-beneficio para tomar decisiones, es decir, hacemos una cosa solo si el beneficio que obtenemos con ella es por lo menos igual a su costo de oportunidad.

⁴⁵ Lo que Merino Taboada (comunicación personal, 11 de noviembre de 2020) llama, a secas, “fallas en la fiscalización”.

En tanto el Estado cuenta con recursos limitados, es posible afirmar que aquel debería distribuir su capacidad de fiscalización de forma tal que fiscalizase con mayor intensidad a los establecimientos de riesgo alto (y muy alto⁴⁶) y con menor intensidad a los establecimientos de riesgo bajo y medio. Ello debería constituir la regla que toda municipalidad debería incorporar en sus planes de fiscalización a efectos de lograr el máximo aprovechamiento posible de sus recursos. Teniendo en consideración que puede esperarse que en el mercado existan más establecimientos de riesgo más cercano al bajo que de riesgo alto, la premisa referida puede graficarse de la siguiente forma:

Tabla 3. Relación entre la capacidad de fiscalización de la administración pública y el nivel de riesgo de los establecimientos

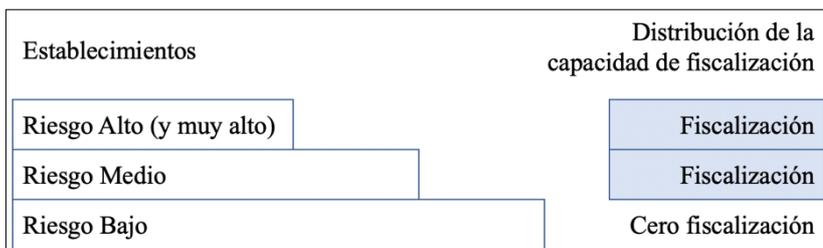
Establecimientos	Distribución de la capacidad de fiscalización
Riesgo Alto (y muy alto)	Mayor Fiscalización
Riesgo Medio	Fiscalización
Riesgo Bajo	Menor Fiscalización

Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, en tanto el Estado enfrenta limitaciones en su capacidad de fiscalización, es posible esperar que en la práctica lo referido no ocurra como debería y que o no se fiscalice o la fiscalización no siga parámetros lógicos de aprovechamiento de los recursos públicos. Ello podría presentar escenarios como el siguiente, en donde no hay proporcionalidad en la asignación de la capacidad de fiscalización:

Tabla 4. Escenario de distribución de la capacidad de fiscalización de la administración en consideración al riesgo que reporta cada tipo de establecimiento

⁴⁶ En este trabajo no se hace distinción entre el riesgo alto y muy alto, en tanto el segundo siempre supondrá la existencia del primero.



Fuente: Elaboración propia.

Así, y en tanto la excepción que se admita a la regla general de la vigencia indeterminada debe (i) buscar ayudar a reducir la distancia entre lo debido y lo real; (ii) considerar una configuración basada en un enfoque de gestión de riesgos; y (iii) reconocer la realidad peruana; es que se plantea que dicha excepción de vigencia determinada sea aplicable a aquellos establecimientos cuyo riesgo está más cerca de vulnerar la finalidad de la norma. Es decir, los establecimientos de riesgo alto (y muy alto) que podrían presentar un peligro superior para la vida y el patrimonio de los ciudadanos, cuestiones que pretende salvaguardar la normativa sobre defensa civil.

Bajo este contexto, se tiene un planteamiento intermedio, como es el propuesto en este trabajo, en el cual una regla de vigencia considerará:

- Los establecimientos de mayor riesgo tendrán que pasar por un proceso de renovación del certificado de ITSE en forma periódica, lo cual generará que los operadores de dichos establecimientos se vean forzados a mantener en el tiempo el cumplimiento de las condiciones de seguridad.
- Los operadores de establecimientos de riesgo bajo y medio, que son la mayoría en el mercado, continúan siendo beneficiarios de la regla general de la vigencia indeterminada.
- El Estado podrá distribuir mejor los recursos limitados con los que cuenta para continuar fiscalizando a los administrados, pero con un enfoque en la gestión de riesgos, en donde aquellos que mediante su actividad generen más riesgos para la sociedad sean los principales receptores de los esfuerzos de fiscalización.
- En materia de fiscalización será necesario que el Estado interiorice que las autoridades fiscalizadoras pueden reaccionar a diferentes tipos de incentivos para cumplir de manera más eficiente su función. En este sentido, es importante que se cuente no solo con estrategias sancionatorias sino también con otras de carácter disuasivo que generen incentivos positivos para el cumplimiento de la normativa.

Por ello es que se considera que un planteamiento como el sugerido cumple con la finalidad de la norma. Es sobre esa base que puede sostenerse que la regla general de la vigencia indeterminada,

con la excepción de la determinación para los establecimientos de riesgo alto (o muy alto) sí cumple con la finalidad de la norma, consistente en asegurar que los establecimientos a los que las personas asisten son seguros.

2.6. Fiscalización por incentivos

En el caso peruano se ha optado tanto por estrategias sancionatorias como de incentivos positivos para lograr que la labor de fiscalización a cargo de las municipalidades se desarrolle de manera eficiente. Sin embargo, en el análisis de la regulación vigente se encuentra que son más las estrategias sancionatorias que buscan castigar la no fiscalización, o cuando la misma se realiza de manera defectuosa, que aquellos mecanismos de persuasión para que las administraciones locales cumplan con dicha labor deseada por la sociedad. Mecanismos como estos últimos son los incentivos económicos que pueden lograr las municipalidades en mérito a la Ley 29332, que crea el plan de incentivos a la mejora de la gestión y modernización municipal.

La norma aludida crea una herramienta de incentivos presupuestarios a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas que promueve la mejora de la calidad de los servicios provistos por las municipalidades a nivel nacional, en pro de contribuir a la mejora de la efectividad y eficiencia de su gasto y la consecución de resultados asociados a los objetivos nacionales. En este sentido, la Ley 29332 habilita el otorgamiento de recursos extraordinarios, a cargo del Fondo de Compensación Municipal (Foncomun) a aquellas municipalidades que cumplan con metas en materia de prevención de desastres, eje directamente vinculado con los certificado de ITSE. Cabe destacar que esta norma dispone que el plan de incentivos debe incluir un programa de asistencia técnica con miras al logro de sus objetivos.

El tipo de incentivos que consagra la norma en cuestión, dadas las restricciones presupuestales de las municipalidades y los retos que enfrentan en materia de organización, pueden constituir un pilar de impulso para el cumplimiento de los planes de fiscalización en materia de defensa civil. En otras palabras, posibilitar que el cumplimiento de metas de fiscalización de los establecimientos obligados a contar con el certificado ITSE sea premiado con la asignación de recursos extraordinarios, constituye un incentivo para que los gobiernos locales prioricen esta actividad, ya que es posible que ante las dificultades de detección y sanción que tengan las autoridades administrativas, los castigos no sean los incentivos más apropiados para algunas municipalidades.

3. Necesidad

Habiendo demostrado la inexistencia de un análisis de razonabilidad ejecutado por el legislador para definir la vigencia del certificado de ITSE y que la idoneidad que requiere el análisis de razonabilidad se cumple con un esquema intermedio de vigencia como el planteado —en el cual la regla general es la vigencia indeterminada y la excepción la vigencia determinada para los establecimientos de riesgo alto (y muy alto)—, corresponde trabajar en el criterio de necesidad y determinar si es que existe alguna alternativa menos gravosa que la propuesta presentada.

3.1. Primera alternativa: Derogar la regulación del Certificado de ITSE eliminando este documento

A efectos de determinar si derogar la norma que señala la vigencia del certificado de ITSE es una alternativa viable, es necesario analizar si es que es viable derogar la norma misma que regula la obtención del mismo y recordar, conforme se ha expuesto, que la finalidad de la norma que regula el certificado de ITSE es la de asegurar que el establecimiento al que concurren las personas sea seguro, por cumplir aquel con un bloque de normas de seguridad que tienen por presupuesto la normativa sobre edificaciones.

Luego de identificar la finalidad que ha buscado alcanzar el legislador mediante la incorporación del certificado de ITSE al marco jurídico, la pregunta que corresponde hacer es si podría lograrse el cumplimiento de la misma finalidad mediante algún procedimiento alternativo que quedase vigente en un escenario en que el certificado de ITSE dejara de existir. La respuesta a ello es que, de acuerdo con el marco teórico, la fiscalización podría suplir dicha tarea.

El motivo de la afirmación anterior se encuentra en que, si la fiscalización es la actividad en mérito a la cual la administración pública verifica el cumplimiento por los administrados de la legalidad, la fiscalización también debería poder servir para verificar si los establecimientos comerciales cumplen con las normas de seguridad y de edificaciones. A ello se suma que, en el fondo, el proceso de ITSE por el cual se termina obteniendo el certificado de ITSE es un proceso de verificación de cumplimiento del marco legal referido, y debería poderse concluir lo mismo.

Puesto lo anterior en un ejemplo, si la municipalidad que hoy se encarga del otorgamiento de un certificado de ITSE, en lugar de ejecutar el procedimiento de verificación en forma inducida (al iniciarse el trámite de obtención de la licencia de funcionamiento), lograrse mediante fiscalización

validar que el establecimiento comercial cumple con las normas de seguridad, realizando una inspección técnica con la misma calidad que aquella que ejecuta cuando conduce una ITSE, la finalidad de la norma que regula el certificado de ITSE se termina también cumpliendo. Como puede observarse, se trataría de una forma idealista de apreciar la fiscalización, que partiría del supuesto de que la actividad de fiscalización es lo más cercana a perfecta. La misma forma de apreciar a la fiscalización haría repensar hasta el título habilitante más común, como la propia licencia de funcionamiento (la validación de que la actividad comercial a desarrollarse encaja con la zonificación, también puede obtenerse mediante fiscalización). Sin embargo, este planteamiento que puede apreciarse como razonable, resulta serlo solo en el plano teórico, por las tres razones que se explica a continuación.

En primer lugar, conforme se ha señalado en la sección anterior, los recursos de la administración pública son limitados y, por lo mismo, la actividad de fiscalización también se ejecuta con limitaciones. Es ello lo que explica que se admita como válida la fiscalización por muestreo. Entonces, la fiscalización es una actividad que se ejecuta con limitaciones, no puede confiarse a la misma toda la certificación de que los establecimientos a los que concurren las personas son seguros para ellas. Es innegable que, mediante procesos de fiscalización debidamente planificados se acercaría a dicha certeza, pero asimismo es lógico que con el certificado de ITSE se tenga mayor certeza de que los establecimientos que el público visita son seguros.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la actividad de fiscalización requiere del procesamiento previo de información para ser efectiva y dicha información se obtiene, a la fecha, de los procedimientos de obtención del certificado de ITSE. Dicho de otra forma, si las municipalidades no contasen con información que les revelase las características de los establecimientos que se abren al público, estas no podrían identificar cuáles tienen un riesgo bajo, medio, alto o muy alto y, en consecuencia, no podrían asignar eficientemente sus recursos limitados a los procesos de fiscalización. Sin dicha información, las municipalidades llegarían al punto de verificar por igual establecimientos de riesgo bajo y alto, lo cual no hace sentido si se tiene en consideración, conforme se expuso en la sección anterior, que los segundos requieren una actividad más intensiva de fiscalización.

Es por estos motivos que derogar la legislación que obliga a los particulares a pasar por las ITSE que terminan con la emisión de los certificados de ITSE con una vigencia asignada por la misma norma, no es al día de hoy una alternativa viable.

3.2. Segunda alternativa: No regular más el certificado de ITSE y dejar la normativa tal y como está

La alternativa de no regular debe ser considerada a efectos de validar si el mejor escenario, para quienes resultasen impactados por la propuesta, sigue siendo, pese a la propuesta, el escenario actual⁴⁷. Así, conforme se ha expuesto anteriormente, la legislación actual del certificado de ITSE le otorga a este dos años de vigencia, lo cual obliga a los operadores de establecimientos comerciales a enfrentar procesos de renovación cada dos años. Y la legislación actual dispone que se haga ello sin distinguir el riesgo del establecimiento, lo cual genera que una gran fábrica sea tratada de la misma forma que un pequeño emprendimiento. La alternativa defendida en el numeral anterior, en cambio, plantea que la regla general en el caso del certificado de ITSE sea la vigencia indeterminada y la excepción la vigencia determinada para los establecimientos de riesgo alto (y muy alto). La tabla siguiente muestra lo que se ha propuesto:

⁴⁷ Conforme da cuenta la Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: introducción a la evaluación post regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017), debe determinarse, en el marco del análisis de necesidad, “si es que existe alguna norma que pueda lograr el mismo propósito, pero que afecten en menor medida a otros intereses o derechos involucrados”.

Tabla 5. Comparativo entre la regulación actual y la propuesta para diferentes tipos de establecimientos

Establecimientos	Regulación actual	Propuesta
Riesgo Alto (y muy alto)	Vigencia determinada (2 años)	Vigencia determinada
Riesgo Medio		Vigencia indeterminada
Riesgo Bajo		

Fuente: Elaboración propia

Como puede apreciarse, la propuesta que se defiende elimina el deber general de renovación del certificado de ITSE, lo cual beneficia, por lo menos, a aquellos operadores de establecimientos de riesgo bajo o medio. Ello, por su puesto, no implica derogar la obligación de mantener en el tiempo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente, lo cual debería ser asegurado mediante la actividad de fiscalización que pudiere desplegar la administración.

De acuerdo con lo anterior, la alternativa de no regular no puede ser considerada tampoco como adecuada, en tanto no hacerlo implicaría por lo menos mantener en la situación actual (obligación de renovación del certificado ITSE cada dos años) a los establecimientos que operan con un riesgo bajo o medio. En ese sentido, la propuesta expuesta siempre pone en un mejor escenario a una parte de los administrados.

3.3.Tercera alternativa: Derogar solo la Ley 30619

Lo señalado en los párrafos anteriores es lo que lleva a que la otra alternativa que debe tenerse en consideración, que es la de simplemente derogar la Ley 30619, que modificó el esquema de vigencia indeterminada para todos los certificados de ITSE y le asignó la vigencia determinada de dos años en todos los casos, no pueda ser considerada. Esta alternativa, conforme se ha explicado, solo conllevaría que la vigencia del certificado de ITSE sea indeterminada en todos los casos, lo cual no contemplaría la necesidad del régimen de excepciones que se ha defendido en la sección anterior a esta, referida al análisis de idoneidad.

3.4. Cuarta alternativa: Reemplazar el certificado de ITSE

En este punto, corresponde determinar si la norma que asigna la vigencia al certificado de ITSE puede ser reemplazada por otra. Al respecto, y en tanto la Ley 30619 se limitó a incorporar en la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, el artículo que da cuenta de la vigencia determinada, no se halla razón alguna para que se emitiera un marco jurídico distinto. Es decir, la propuesta del esquema intermedio de la vigencia del certificado de ITSE que se defiende, en mérito a la cual la regla general debería ser la vigencia indeterminada y la excepción (para establecimientos de riesgo alto o muy alto) la vigencia determinada, bien puede ser incorporada en la misma norma en que a la fecha se regula la vigencia determinada total, que es la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Naturalmente, para modificar la Ley 30619 se requerirá de la emisión de una disposición de rango legal (la ley se modifica por otra ley); empero, el objeto del análisis de razonabilidad en este punto no es la revisión del cascarón con el cual se introduciría la modificación.

Por todo lo anterior, tras haber revisado y dado cuenta de la no conveniencia de acudir a alternativas que tuvieren por objeto (i) derogar todo el régimen del certificado de ITSE, (ii) no regular en absoluto, (iii) solo derogar la Ley 30619 y (iv) reemplazar el certificado de ITSE, es posible afirmar que la propuesta que se defiende, que acepta a la vigencia determinada como excepción para los casos de riesgo alto o muy alto, cumple con el criterio de necesidad que requiere el análisis de razonabilidad en tanto resulta más beneficiosa para la sociedad en su conjunto que las propuestas anteriores.

4. Proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con la Guía sobre el análisis de impacto regulatorio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017), el análisis de proporcionalidad requiere sostener “que la afectación a los derechos o intereses que suponga la medida sea razonable en comparación a los beneficios que se espera obtener de ella”. Considerando lo anterior, la siguiente tabla expone una comparación entre la medida planteada, consistente en la vigencia indeterminada como regla general y determinada como excepción, y la regulación actual, consistente en la vigencia determinada como única regla.

Tabla 6. Razonabilidad de la propuesta de cara a la regulación actual

Regulación actual: vigencia de dos años para todo tipo de establecimiento	Propuesta: vigencia indeterminada como regla general y vigencia determinada, como excepción, para establecimientos de riesgo alto (y muy alto)	¿Es la propuesta razonable en consideración a los beneficios que se esperan obtener? ⁴⁸
Todo establecimiento, indistintamente del riesgo, recibe un certificado de ITSE con una vigencia de dos años.	Solo los establecimientos con riesgo alto o muy alto reciben certificado de ITSE con vigencia determinada.	Sí, lo es. Se beneficia siempre a los operadores de establecimientos de riesgo bajo o medio, en tanto solo deberán pasar por el procedimiento de obtención del certificado de ITSE por una sola vez, lo cual significa: (i) una reducción del gasto para enfrentar los procesos de renovación ⁴⁹ ; (ii) una reducción en los costos generados por el pago de tasas.
Todos los establecimientos son tratados igualmente por la administración.	Se admite la desigualdad entre los establecimientos de riesgo bajo y medio versus los establecimientos de riesgo alto y muy alto.	Sí, lo es. No había una igualdad real. Se necesitaba una desigualdad positiva y la propuesta la incorpora. La desigualdad que se admite, que trata distinto a los establecimientos de riesgo alto o muy alto, se justifica en el hecho de que estos desempeñan actividades en las que la seguridad no puede ser solo confiada a la fiscalización (por las limitaciones que esta enfrenta). En consecuencia, es viable se otorgue a este tipo de establecimientos una vigencia determinada.
Las Municipalidades recaudan tasas para solventar las inspecciones de todos los operadores.	La propuesta generará que las Municipalidades solo recauden tasas para solventar las inspecciones de los operadores de establecimientos de riesgo alto o muy alto.	Sí, lo es. La administración pública no puede recaudar tasas para cubrir las verificaciones que debería realizar mediante fiscalización. En ese sentido, solo debería recaudar tasas para cubrir las verificaciones que haga en el marco de las renovaciones del certificado de ITSE que tuvieren que enfrentar los operadores de establecimientos de riesgo alto o muy alto. En consecuencia, no “pierde dinero”, por la modificación.

Fuente: Elaboración propia

Conforme puede apreciarse, la propuesta en todos los supuestos resulta razonable en atención a los beneficios que ofrece. De hecho, en todos los escenarios siempre coloca en una mejor posición al administrado. En consecuencia, puede afirmarse que la vigencia indeterminada de los certificados de ITSE, que contempla como excepción la vigencia determinada para establecimientos de riesgo alto y muy alto, es una disposición proporcional.

5. Configuración de la vigencia determinada

En atención a lo evidenciado previamente, durante el periodo que se estudia en esta investigación al certificado de ITSE, este ha contado con hasta cuatro distintas vigencias: ha pasado de tener

⁴⁸ En el caso relevante se defienden estas posiciones.

⁴⁹ Los cuales para el Perú en el año 2014 fueron estimados por el Banco Mundial, sin incluir tasas, en US\$ 18 millones. Véase la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1200.

una vigencia de un año en el año 2000, a tener una vigencia de dos años en el año 2005, a tener una vigencia indeterminada en el año 2014 y nuevamente una vigencia de dos años en el 2017. Del mismo modo, conforme se ha evidenciado también, en algunos casos las normas que modificaron la vigencia carecen de una exposición de motivos y, en otros casos, las exposiciones de motivos con las que se cuenta no dan razón alguna de por qué es conveniente el cambio de los periodos de vigencia. Así, es probable que dichas modificaciones a la vigencia del certificado de ITSE, ya que no existe justificación técnica publicada, hubieran respondido a incidentes mediáticos que movieron al legislador a adoptar una respuesta legislativa, de lo cual dan pistas diversas notas periodísticas (RPP Noticias, 2016; Andina, 2016; Gestión, 2016; Convoca, 2016).

A lo largo de este trabajo solo se ha defendido que la vigencia determinada debe aceptarse para los supuestos de excepción consistentes en establecimientos de riesgo alto o muy alto. Sin embargo, no se ha sostenido cuál debe ser la medida de dicha vigencia determinada. La razón de ello se encuentra en que se considera que lo adecuado es que la vigencia del certificado de ITSE se determine a partir de parámetros técnicos, no a partir de posiciones políticas o teóricas. Ni el hecho de que el Poder Legislativo tuviese que responder a incidentes para señalar la vigencia determinada ni el que la teoría disponga que debe preferirse la vigencia indeterminada para los títulos habilitantes, deben ser las principales justificaciones para determinar la vigencia del certificado de ITSE.

Por el contrario, si la finalidad de la norma es la de asegurar que el establecimiento al que concurren las personas sea seguro, por cumplir aquel con un bloque de normas de seguridad que tienen por presupuesto la normativa de edificaciones, lo razonable sería que la vigencia determinada, en los casos que se admita, se enlace con parámetros técnicos aprobados por la PCM por recomendación del Cenepred que determinen cuándo es razonable que se vuelva a inspeccionar el establecimiento⁵⁰.

Lo anterior no debe inadvertir lo señalado en el marco teórico, que da cuenta de lo novedoso que resulta todavía a la fecha el proceso de incorporación del factor riesgo en la regulación. Ello,

⁵⁰ Es necesario reconocer un hecho de la vida real, que es el del desgaste natural de las edificaciones. Es imposible negar que toda construcción humana sufre un desgaste por el solo transcurrir del tiempo. Los materiales, incluso los más sólidos, son hasta la fecha destructibles y no existe elemento humano descubierto por el hombre que goce de la calidad de indestructible. Ello es lo que ha llevado a que normas de base como el Código Civil reconozcan en el desgaste natural a un hecho jurídico que incluso puede relevar a las partes de responsabilidad civil. Visto esto, es entonces razonable asumir que las edificaciones sufren modificaciones en el tiempo que tenderán a ser negativas. Es decir, variaciones que sea por desgaste natural o por el uso intensivo de las edificaciones terminan variando en negativo el nivel de seguridad de las mismas. Así, resulta lógico (no se afirma que legal, ilegal, correcto o incorrecto) que la vigencia del certificado ITSE fuere el resultado de la evaluación de criterios técnicos.

naturalmente, podrá generar cierta desconfianza, pero no debe apreciarse como algo negativo. De hecho, dicha desconfianza no es nueva, toda vez que es una realidad que las personas usualmente tengan poca información sobre los riesgos que asumen (Kuran y Sunstein, 2007), razón que explicaría un posible temor natural del legislador a incorporar el riesgo en la regulación, más aun si en casos como en el del certificado de ITSE la finalidad de la norma está asociada a velar por la seguridad de las personas. Sin embargo, este temor debe ser apreciado solo como un asunto psicológico o sociológico, pero nunca técnico⁵¹.

6. La relación entre el riesgo y la vigencia

Conforme se ha visto en las secciones anteriores, habiéndose demostrado que la vigencia del certificado de ITSE debe ser por regla indeterminada, se han admitido también excepciones a dicha vigencia, motivadas en las limitaciones de la fiscalización, que se vinculan con el riesgo del establecimiento objeto de certificación. Así, se ha propuesto que se conserve la vigencia determinada para establecimientos que presenten un riesgo alto o muy alto.

Lo señalado, que es el resultado de someter la propuesta al criterio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad del análisis de razonabilidad, lleva implícita la premisa en virtud de la cual

⁵¹ Es importante hacer notar que en ninguna de las definiciones expuestas en este trabajo prejuzgan sobre el riesgo como una situación positiva o negativa. La Norma Técnica ISO 37001:2016, en muestra de ello, no asocia el concepto a la posibilidad de ocurrencia de una situación negativa. Por el contrario, en la misma se deja en claro la imposibilidad de catalogar el término en dicho sentido. Es posible realizar esta afirmación en tanto el término “efecto” usado al construir la definición de riesgo es definido por la misma norma como “una desviación de lo esperado, ya sea positivo o negativo”. Esto muestra que en la norma técnica resulta irrelevante la calidad de la consecuencia de la acción generadora del riesgo, en tanto el enfoque se encuentra en la distinción del resultado esperado versus el resultado logrado, no en la calidad del resultado mismo. Para aclararlo aún más, la norma añade que “con frecuencia el riesgo se caracteriza por referenciar a “eventos” potenciales y “consecuencias”, o “a una combinación de estos”, no señalando la calidad de dichos resultados. Puede añadirse también a lo anterior que Stevenson (2018) ya ha demostrado, al analizar la forma de razonar de los jueces, que incluso cuando estos cuentan con sendas herramientas estadísticas para resolver y emitir mejores sentencias, menos del 10 % de las personas del estudio confiaron en que las herramientas estadísticas funcionarían mejor que el criterio de los jueces.

Esta precisión respecto a la no existencia de distinción en el resultado es de importancia al marcar una diferencia clara entre lo que debe entenderse por “riesgo” desde una perspectiva técnica y lo que usualmente entendemos por “riesgo” en el lenguaje común. A este respecto, en el castellano la Real Academia Española define al riesgo como la “contingencia o proximidad de un daño”. En el inglés, en sentido similar, el Cambridge Dictionary lo define como “la posibilidad de que algo malo ocurra”. Ambas definiciones como puede apreciarse, indistintamente del lenguaje del que provienen, dan cuenta de un enfoque negativo asociado al término “riesgo”. Dicha asociación del riesgo a la negatividad en la definición en castellano se justifica en el uso del término “daño” hacia el final de la misma, lo cual no puede catalogarse como positivo por referirse a algo que modifica un estado de las cosas dañándolo. En la definición anglosajona la vinculación con el resultado negativo es totalmente clara, por su indicación de la ocurrencia de “algo malo”.

A partir de las dos definiciones expuestas queda en claro que, a diferencia de en el plano técnico, en el lenguaje común el riesgo va asociado a un supuesto negativo. Por el contrario, en el plano técnico, la definición siempre va alejada de una connotación positiva o negativa. Es decir, a nivel técnico podemos hablar del riesgo como un concepto neutral, en el que lo relevante es que existe la posibilidad de preverse el resultado, el que puede llegar a ser distinto del esperado. Es esta la forma de entender el riesgo que debe aprehenderse para efectos del entendimiento de la presencia del concepto en la regulación.

puede sostenerse que solo a partir de un análisis de razonabilidad puede establecerse una relación entre el riesgo del establecimiento y la vigencia del certificado de ITSE. Por lo tanto, se ha cumplido con demostrar la hipótesis planteada en la investigación.

Capítulo IV. Análisis y propuesta normativa

1. Presentación y exposición de motivos de la propuesta

a) Título de la disposición

Ley que modifica la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento en lo que se Refiere a la Vigencia de los Certificados de Inspecciones Técnicas de Edificaciones en Seguridad

b) Exposición de motivos

El Perú se encuentra en el puesto 76 de 190 economías del ranking que en el año 2020 midió la facilidad para hacer negocios en el mundo (Banco Mundial, 2020a), con lo cual ha caído 41 puestos desde su mejor posición en el año 2015, en el que alcanzó el puesto 35 (Banco Mundial, 2015). Este resultado se encuentra influenciado, entre otros, por la regulación que a la fecha se le ha dado al certificado de ITSE.

El certificado de ITSE constituye un requisito previo a la obtención de una licencia de funcionamiento, y certifica que el establecimiento cumple con las medidas de seguridad establecidas en las normas de seguridad en edificaciones durante el término de su vigencia, actualmente de dos años, lo cual obliga a todo operador de establecimientos comerciales, industriales y/o de servicios, indistintamente del nivel de riesgo del establecimiento, a tramitar el procedimiento para su renovación.

El procedimiento para la obtención del certificado de ITSE se encuentra en la lista de los ocho trámites básicos para operar un establecimiento comercial, industrial y/o de servicios en el Perú (Banco Mundial, 2020b: 30), y añade al proceso de obtención de permisos para operar un plazo de 24,8 días y un costo de S/ 8.646, en promedio. Es decir, su tramitación significa, en promedio, el 47 % del total de tiempo que toma obtener los permisos para poner en funcionamiento un establecimiento comercial, industrial y/o de servicios en el país.

Sin embargo, hoy es una tendencia en el mundo optar por asignar vigencia indeterminada a permisos equivalentes al certificado de ITSE y, desde el año 2016, el Perú cuenta con una norma que dispone que por regla general los títulos habilitantes presentan vigencia indeterminada.

Además de lo anterior, en los últimos años la República del Perú ha venido adoptando una serie de compromisos internacionales que son consistentes con lo planteado en esta propuesta normativa. Así, por ejemplo, se encuentra el Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Australia⁵², en vigencia a partir del 11 de febrero de 2020, en el cual se establecen compromisos de coherencia regulatoria referidas a buenas prácticas en el proceso de planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de medidas regulatorias, con miras a promover, entre otros, el crecimiento económico⁵³. Disposiciones con igual sentido se establecieron en el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP)⁵⁴ y fueron acogidas por el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), así como en el Protocolo Adicional de Alianza del Pacífico. En el marco de la Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) y de la OCDE también se han elaborado también lineamientos sobre este extremo⁵⁵.

c) Estructura del proyecto

El proyecto cuenta con un único artículo, dedicado a la modificación de dos disposiciones de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. La primera es una modificación al literal e) del artículo 2, que contiene la definición de inspección técnica de seguridad en edificaciones. La segunda es una modificación al artículo que a la fecha da cuenta de la vigencia determinada del certificado de ITSE.

El proyecto también incorpora tres disposiciones complementarias finales. La primera referida a la modificación del Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones. La segunda, acerca de la entrada en vigor de la norma. Por último, se estipula el cumplimiento de los planes de fiscalizaciones en materia de inspecciones técnicas en edificaciones como uno de los puntos del Plan de Incentivos a la Mejora de la Gestión Pública y la Modernización Municipal.

i. Modificación al literal e) del artículo 2

Conteniendo este literal una descripción de lo que se encuentra bajo el alcance de la actividad de inspección, la primera modificación da cuenta de la necesidad de que la entidad encargada de la ejecución de la ITSE no solo utilice la matriz de riesgos para determinar si la inspección debe

⁵² Ratificado mediante Decreto Supremo N°009-2019-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de febrero de 2019

⁵³ Capítulo 24

⁵⁴ Artículo 24

⁵⁵ Conferencias sobre buenas prácticas regulatorias APEC.

realizarse antes o después del otorgamiento de la licencia de funcionamiento, sino que apele a la misma para determinar la vigencia que se otorgará al certificado de ITSE en atención al nivel de riesgo de la edificación.

El añadido obedece a la necesidad de que durante la actividad tenga lugar esta doble verificación. Crear una etapa o momento distinto para la misma no encontraría sustento en el espíritu mismo de la norma, que busca simplificar las actividades a cargo del emprendedor. Tampoco lo tendría desde la perspectiva de la administración, en tanto el mismo esfuerzo realizado para determinar si corresponde que la inspección se realice antes o después del otorgamiento, puede servir también para la evaluación del nivel de riesgo de la edificación.

ii. Modificación del artículo 11

El artículo 11 de la norma es el que actualmente señala, en el segundo párrafo, la vigencia del certificado de ITSE. Como parte del proyecto, se ha descompuesto dicho segundo párrafo para establecer que la vigencia debe encontrarse relacionada con el riesgo de la edificación y se ha ordenado el texto en numerales, en tanto regula diversos asuntos, a efectos de seguir la metodología de redacción planteada por la misma norma en sus artículos 7 y 8. Así, el principal cambio se encuentra en el que se plantea como numeral 11.2 de la norma.

El referido numeral se divide en tres párrafos, cada uno de los cuales ha sido configurado de forma específica para resolver los diversos asuntos derivados de modificar la vigencia determinada del certificado por vigencia indeterminada.

1) Primer párrafo

Así, el primer párrafo del numeral 11.2 reconoce como principio que la vigencia del certificado es asignada en consideración al riesgo propio de la edificación. Es un asunto de elevada importancia señalar que el riesgo no se debe definir en atención al riesgo de la actividad. Esto último en atención a que resultaría inconmensurable, acaso imposible, determinar el riesgo de una actividad por el solo hecho de la actividad misma. Esto se explica mejor con un ejemplo. El comercio de frutas puede ser una actividad de bajo riesgo si se considera que aquel tiene lugar en una edificación menor, del tamaño de una pequeña bodega. Pero la misma actividad, el comercio de frutas, puede resultar una actividad de muy alto riesgo si se piensa en el mismo realizado a gran escala bajo una edificación de gran complejidad, que sin ser un mercado, podría plantear

retos de seguridad mayores que la pequeña bodega: la necesidad de rutas claras de escape, contar con un sistema contra incendio, etcétera.

Como es de verse, la asignación del riesgo debe de responder a las características de la edificación en la cual se va a desarrollar la actividad. Es la edificación misma la que debe de informar sobre el riesgo. Dará igual si la actividad que se desarrolle en un edificio construido para ser usado como teatro sea la teatral o la venta de vestimenta al por menor. Lo que determina el riesgo de la edificación es que dicho establecimiento cuenta con una configuración material que disminuye el riesgo de un incidente. Cabe notar aquí que la evaluación del riesgo de la actividad ya es ejecutada por mandato de la norma, es de alta relevancia, en cuanto permite comprender que será diferente que la inspección técnica que verifique las condiciones de seguridad tuviere lugar en forma anterior o posterior al otorgamiento de la licencia de funcionamiento, pues ello ya se encuentra asociado al tipo de actividad a desarrollar en el establecimiento mismo.

Por estas razones, el primer párrafo de la propuesta de modificación precisa que la vigencia del certificado debe ir asociada al riesgo de la edificación misma. La idea detrás de esto es que carece de sentido que el administrado que va a realizar su actividad económica en un ambiente con un riesgo menor tuviere que renovar el certificado de seguridad cada dos años. Si el objeto de la norma vigente era que cada dos años el administrado realizase una verificación de sus sistemas de seguridad, ello constituye un planteamiento equivocado, pues como se observa más adelante, es la fiscalización de la administración la que debe de suplir dicha actividad, conforme señala actualmente la norma en el artículo 11 en un texto que en este proyecto de modificación se ha identificado como numeral 11.4. Recapitulando, el texto a continuación de la norma modificatoria propone un régimen escalonado de vigencia.

El régimen escalonado de vigencia del certificado de ITSE se condice con la propuesta de que fuere el riesgo el que determinase la vigencia del documento. Consecuentemente, se plantea que la vigencia del certificado fuese indeterminada para aquellos casos en que el riesgo de la edificación es bajo o medio. Esta regla de la indeterminación de la vigencia va asociada con las tendencias a las que también viene adhiriéndose al Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que en su artículo 42 ha dispuesto que por regla general los títulos habilitantes deben tener una vigencia indeterminada.

A continuación, la norma plantea la vigencia determinada de los establecimientos de riesgo alto o muy alto. La razón de este planteamiento radica en las deficiencias propias del proceso de

fiscalización de la administración pública. Como es sabido, la administración no tiene la capacidad para realizar una tarea de fiscalización a todos los establecimientos comerciales. Intentar construir una capacidad de ese tipo implicaría la creación de una burocracia enorme, con más costos para el administrado mismo. Por ello se entiende como válida la técnica del muestreo, que es en el fondo la que debería gobernar la fiscalización *ex post* y aleatoria que realiza la administración. Pues bien, tratándose de edificaciones con un riesgo alto o muy alto, se ha visto por conveniente que a efectos de suplir ese defecto de fiscalización a la generalidad, el administrado que opera un establecimiento de riesgo alto o muy alto conserve el deber de renovar el certificado de ITSE en forma periódica.

2) Segundo párrafo

El segundo párrafo de la propuesta de numeral 11.2 señala que es necesario que los parámetros técnicos para poder considerar a una edificación como de riesgo bajo, medio, alto o muy alto, sean definidos en una norma técnica, como es el Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones. No es tarea del legislador definir qué tipo de edificaciones representan un riesgo mayor o menor para las personas y, por lo mismo, no le corresponde establecer cuál debe ser la medida de la vigencia determinada. Ello es una tarea de especialidad que, debidamente motivada, deberá de constar en la norma técnica que desarrolle la actividad de inspección.

3) Tercer párrafo

En el tercer párrafo de la propuesta de modificación en cuanto a este numeral, la norma da cuenta de una necesidad operativa consistente en incluir en el texto del certificado de ITSE la mención al nivel de riesgo asociado a la edificación. Ello permitirá al administrado defender la vigencia mínima de su título habilitante mediante la exhibición del documento mismo.

En cuanto al resto del artículo 11, se recogen las mismas disposiciones ya contenidas en el texto actual. Simplemente se ordena el mismo por numerales para seguir la metodología ya usada por la norma en otros artículos con contenido complejo. En este escenario, merece una mención especial el numeral 11.3 de la norma, cuya introducción se ha adecuado mínimamente para que el texto tuviese armonía.

iii. Disposiciones complementarias finales

A continuación, la norma plantea dos disposiciones complementarias finales. La primera propone la necesidad de que el organismo técnico sea el que disponga las modificaciones necesarias del Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones. Como se ha adelantado, será necesario añadir criterios para que durante la inspección pueda calificarse la edificación como de riesgo bajo, medio, alto o muy alto. Dichos criterios deberán ser armonizados con otros ya recogidos en el referido reglamento, como aquellos que permiten determinar la complejidad de la inspección (básica, detalle, multidisciplinaria) y si la inspección de seguridad técnica en edificaciones tendrá lugar antes del otorgamiento de la licencia de funcionamiento o después (*ex ante*, *ex post*). Para ello, se otorga a la PCM un plazo de 60 días, plazo durante el cual deberá de coordinar con el organismo técnico la recepción del documento.

La norma, además, plantea como una disposición complementaria final un plazo de noventa días para su entrada en vigencia. Este plazo se consagra en razón de la necesidad de revisión y capacitación por los órganos inspectores en los nuevos términos del reglamento.

Asimismo, se consagra otra disposición en la cual se establece que en el decreto supremo que aprueba los criterios, lineamientos y procedimientos para la distribución del incentivo, así como los requisitos y metas que deben cumplir los gobiernos locales que accedan al Plan de Incentivos a la Mejora de la Gestión y Modernización Municipal, se incorpore del cumplimiento de los planes de fiscalizaciones en materia de inspecciones técnicas de seguridad en edificaciones.

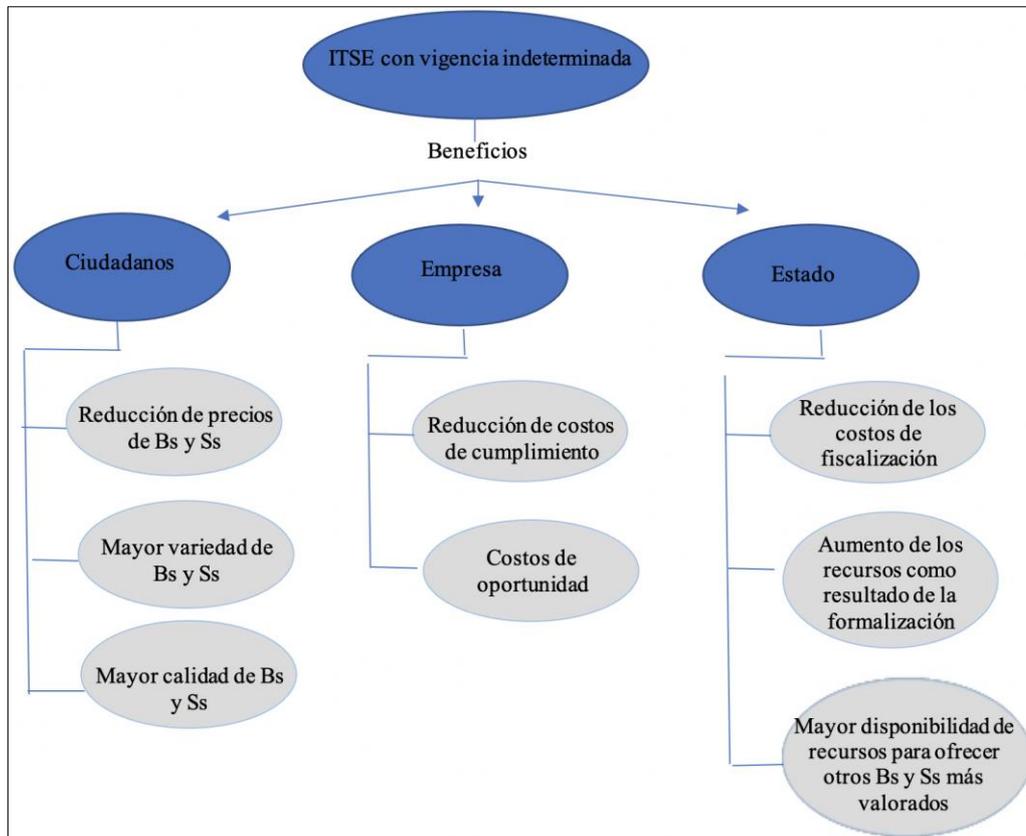
d) Disposiciones transitorias finales

Finalmente, se establece que se deberá adecuar los procedimientos en trámite a lo establecido en la disposición complementaria primera de la presente ley.

2. Impacto económico de la propuesta

Dentro del análisis de costos-beneficio de la propuesta, se ha considerado tanto efectos positivos como negativos en los ciudadanos, en las empresas y en el Estado.

Gráfico 3. Beneficios de los certificados de ITSE con vigencia indeterminada para establecimientos de riesgo bajo y medio



Fuente: Elaboración propia.

Bs y Ss: Bienes y Servicios

Para las empresas, está claro que al no tener que renovar el certificado de ITSE cada dos años, disminuye sus costos operativos, no solo aquellos directos derivados de asumir el costo del trámite (tasa, costos desplazamiento, tiempo) sino también los costos de oportunidad.

Por parte de los ciudadanos, se encuentra que una reducción en los costos de operación de las empresas (como lo son los ITSE) incide en los precios a los cuales se ofrecen los bienes y servicios. Bajo esta premisa, el no tener que renovar el certificado, disminuye los costos operacionales por lo que los precios a los que se ofrecen los bienes y servicios al público deben disminuir, beneficiando así a los ciudadanos en su condición de consumidores.

Sumado a ello, cabe indicar que la disminución de estos costos operacionales puede incidir en que el mercado se haga más competitivo, ya que puede servir de incentivo positivo para abrir

nuevas empresas. Ello es importante para los consumidores, toda vez que, a mayor competencia, mayor será la variedad y calidad de los bienes y servicios que puedan obtenerse en el mercado.

De hecho, se puede ver que la renovación de los certificados ITSE para riesgo bajo tiene un costo que oscila entre S/ 136,30 y S/ 319,40 si se toma en cuenta cinco municipalidades ubicadas en los mejores lugares del ranking de Doing Bussines para el Perú como mejores municipalidades para hacer negocios. En las mismas municipales, el precio de la renovación del certificado de ITSE para el riesgo medio oscila entre S/ 143,00 y S/ 323,70, mientras que para riesgos alto y muy alto oscila entre S/ 289,60 a S/ 502,00 y S/ 501,30 a S/ 676,10, respectivamente. A continuación, se aprecia el costo por municipalidad.

Tabla 7. Costo de renovación del Certificado de ITSE en las primeras ciudades del ranking de apertura de negocio

Ranking - apertura de negocio	Municipalidad	Costo de renovación			
		Riesgo bajo	Riesgo medio	Riesgo alto	Riesgo muy alto
1	Lima - Cercado ⁵⁶	S/ 136,30	S/ 143,00	S/ 289,60	S/ 501,30
1	Miraflores ⁵⁷	S/ 128,10	S/ 136,20	S/ 230,20	S/ 334,20
2	Arequipa ⁵⁸	S/ 136,50	S/ 136,50	S/ 359,50	S/ 859,50
4	Piura ⁵⁹	160,90 (*)	163,50 (*)	376,90 (*)	612,00 (**)
5	Ica ⁶⁰	S/ 319,40	S/ 323,70	S/ 502,00	S/ 676,10

Fuente: Elaboración propia.

(*) Establecimientos hasta 100 metros cuadrados.

(**) Establecimientos hasta 560 metros cuadrados.

Ahora bien, podría pensarse que el efecto de la propuesta en la recaudación del Estado de dichas tasas podría ser negativo, pero ello no necesariamente es así. La razón se encuentra en que debe considerarse que (1) las tasas, conforme el artículo 53 del Texto Único Ordenado de la ley 27444⁶¹, deben tener estricta correspondencia con el costos en los que incurre la administración

⁵⁶ TUPA actualizado y aprobado por la Ordenanza N°1874 de fecha 29 de enero de 2015 y modificatorias .

⁵⁷ TUPA actualizado y aprobado por la Ordenanza N°551/MM de fecha 17 de septiembre de 2020.

⁵⁸ TUPA actualizado y aprobado por la Ordenanza N°1118 de fecha 4 de septiembre de 2018 y sus modificatorias.

⁵⁹ TUPA actualizado y aprobado por la Ordenanza N°135-01-CMPP y actualizado por la Ordenanza N° 025-2019-A/MPP de fecha del 20 de Setiembre de 2019.

⁶⁰ TUPA aprobado por la Ordenanza Municipal N°012-2018-MPI y actualizado por el Decreto de Alcaldía N°011-2019-AMPI de fecha 6 de diciembre de 2019.

⁶¹ TUO de la Ley 27444. Artículo 53. Derecho de tramitación

“53.1 Procede establecer derechos de tramitación en los procedimientos administrativos, cuando su tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función

para la realización del trámite; y (2) si bien el Estado dejaría percibir la tasa por el trámite de renovación, la eliminación de las renovaciones puede servir de incentivo positivo para la formalización de algunas empresas, siendo que el erario público podría verse beneficiado positivamente de dicha formalización al poder recaudar mayores impuestos y tener un inventario más certero de las empresas que debe fiscalizar en los diferentes ámbitos de acción.

En lo que corresponde a consagrar un beneficio a la labor de fiscalización de las municipalidades a través del PI, se encuentran los siguientes aspectos positivos:

- Reducción de los costos de los procedimientos sancionadores a cargo de las autoridades que supervisan la efectiva fiscalización
- Mejora en la calidad y la cantidad de información acerca de las labores de fiscalización
- Promueve la cultura de cumplimiento

Ahora bien, este tipo de mecanismo de promoción de la fiscalización tiene costos. Cabe indicar en esta línea que para los años 2021 y 2019 se asignó para el PI la suma de S/ 600.000.000,00, respectivamente⁶², y para el año 2020 la suma de S/ 800.000.000,00. Sin embargo, la propuesta no busca que todo el presupuesto del PI sea destinado a los incentivos para la fiscalización de los certificados de ITSE, sino que dichos montos sean establecidos por los órganos competentes conforme las metodologías de asignación de recursos, obedeciendo el criterio de eficiencia de la norma.

Sobre este punto no hay que olvidar que la doctrina referida en el marco teórico de este trabajo es uniforme cuando señala que es más que el beneficio bruto para un sector de la población (sean estos los empresarios u otros) una regulación razonable debe buscar obtener el mayor bienestar neto para toda la sociedad.

3. Impacto de la propuesta en la legislación nacional

La propuesta planteada modifica el literal e) del artículo 2 y el artículo 11 de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, que entrará en vigencia a partir de la modificación del Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones.

del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado; salvo en los casos en que existan tributos destinados a financiar directamente las actividades de la entidad. Dicho costo incluye los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a cada procedimiento (...)."

⁶² Literal a) del artículo 31 de la Ley N° 31084 "Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021", literal b) del artículo 19 del Decreto de Urgencia 014-2019 Literal d) del artículo 18 de la Ley N° 30879 "Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019"

En efecto, de acuerdo con lo señalado en las secciones previas, se considera pertinente modificar o proponer un nuevo Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones, a fin de brindar claridad y certeza a los administrados y entidades competentes, sobre los criterios a emplear para calificar a la edificación como de riesgo bajo, medio, alto o muy alto, y en atención a ello, además de identificar el momento en el que se llevará visita de inspección, se pueda determinar la vigencia determinada o indeterminada del certificado ITSE.

De igual manera, el Decreto Supremo N°043-2021-PCM “Decreto Supremo que aprueba procedimientos administrativos y un servicio prestado en exclusividad estandarizados de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones cuya tramitación es de competencia de los Gobiernos Locales” deberá ser modificado, ya que en él se definen los procedimientos administrativos para renovación en todos los niveles de riesgo y en varios de sus formatos se alude a que la vigencia es para todos los niveles de riesgo de dos años.

Asimismo, si bien no se trata de disposiciones normativas, sino de instrumentos de apoyo, los manuales elaborados por el Cenepred, en virtud de lo establecido en el numeral 13.1 del artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 29664 - Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd), aprobado por el Decreto Supremo N° 048-2011-PCM, deberán actualizarse y contemplar los criterios a emplear para calificar el nivel del riesgo de la edificación.

4. Fórmula normativa

Por cuanto:

El Congreso de la República, mediante la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y su modificatoria Ley N° 30619, establece que el certificado de ITSE tiene vigencia de dos años, a partir de su expedición, tanto en el caso en que la inspección se realice de manera posterior al otorgamiento de la licencia de funcionamiento, como en el caso en que, por tratarse de casos de riesgo alto y muy alto, se le requiere como requisito previo para otorgar la licencia de funcionamiento;

Que, en el artículo 11 del citado dispositivo legal, se dispone que el incumplimiento de esta normativa por parte del administrado, constituye y es causal de sanción que impone la autoridad municipal conforme la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades;

Que, el procedimiento actual para la obtención y renovación del certificado de ITSE resulta complejo, costoso y largo, lo cual genera a su vez altos costos de transacción para el administrado en el mantenimiento de la licencia de funcionamiento, autorización indispensable para que su inversión opere. Por ello, se amerita una intervención pública que optimice el procedimiento de ITSE al establecer una regla de vigencia determinada solo para los casos de riesgo alto y muy alto, y de vigencia indeterminada para casos de riesgo bajo y medio, contribuyendo así a la agilización de las inversiones, la mejora del clima de negocios y la mejora de la seguridad de las personas y sus inversiones;

Que, la Ley N° 29332 creó el plan de incentivos a la mejora de la gestión municipal, el cual tiene como uno de sus objetivos prevenir el riesgo de desastres y que se financia con recursos del tesoro público por un monto equivalente a la detracción del Fondo de Compensación Municipal Foncomun, el mismo al que puede acudir para la generación de incentivos necesarios para que las municipalidades busquen el logro de sus objetivos de fiscalización en materia de certificados de ITSE;

Se dicta la siguiente norma:

Artículo 1.- Objeto

Incorporar el factor riesgo como elemento determinante de la vigencia del certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones. Para tal efecto, se modifica la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

Artículo 2.- Modificación del literal e) del artículo 2 y el artículo 11 de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

Modifíquese el literal e) del artículo 2 y el artículo 11 de la Ley N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, cuyos textos quedan redactados de la manera siguiente:

“Artículo 2.- Definiciones

(...)

e) Inspección Técnica de Seguridad en Edificaciones ITSE.- Actividad mediante la cual se evalúa el riesgo y las condiciones de seguridad de la edificación vinculada con la actividad que

desarrolla, se verifica la implementación de las medidas de seguridad con el que cuenta y se analiza la vulnerabilidad. La institución competente para ejecutar la ITSE debe utilizar la matriz de riesgo, aprobada por la entidad competente en la materia, para determinar si la inspección se realiza antes o después del otorgamiento de la licencia de funcionamiento, así como para identificar la vigencia que le asignará al certificado”.

“Artículo 11.- Vigencia de la licencia de funcionamiento y del certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones

11.1. La licencia de funcionamiento tiene vigencia indeterminada.

11.2. **La vigencia del certificado de Inspecciones Técnicas en Seguridad de Edificaciones es asignada en atención al riesgo de la edificación. Dado que se trata de edificaciones calificadas como de riesgo bajo o medio, la vigencia del certificado es indeterminada. Para las edificaciones de riesgo alto o muy alto, la vigencia será determinada.**

El Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones determina los parámetros para considerar una edificación como de riesgo bajo, medio, alto o muy alto.

En caso de edificaciones de riesgo alto o muy alto, el Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones determinará la vigencia de los certificados.

El certificado de ITSE debe indicar el tipo de riesgo de la edificación. [énfasis añadido]

11.3. **La vigencia se computa** [énfasis añadido] a partir de la expedición del certificado de ITSE, tanto en el caso en que la inspección se realiza de manera posterior al otorgamiento de la licencia de funcionamiento, como en el caso en que, por tratarse de casos de riesgo alto y muy alto, se le requiere como requisito previo para otorgar la licencia de funcionamiento.

11.4. En todos los casos, los gobiernos locales, conforme a sus competencias, ejecutan las inspecciones técnicas de seguridad en edificaciones y fiscalizan el cumplimiento de la normativa en la materia. **La fiscalización se realiza en atención al plan anual de fiscalización aprobado por el titular de la entidad, bajo responsabilidad del**

funcionario a cargo del área orgánica responsable de la actividad administrativa de fiscalización [énfasis añadido].

11.5. Independientemente de la vigencia del certificado de ITSE, le corresponde al administrado informar a la autoridad municipal los cambios en las condiciones bajo las cuales se otorgó dicho certificado. El incumplimiento de esta obligación acarrea multa, conforme a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

11.6. El incumplimiento de la normativa por parte del administrado, constituye infracción y es causal de sanción que impone la autoridad municipal conforme a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

11.7. Podrán otorgarse licencias de funcionamiento de vigencia temporal cuando así sea requerido expresamente por el solicitante. En este caso, transcurrido el término de vigencia, no será necesario presentar la comunicación de cese de actividades a que se refiere el artículo 12 de la presente ley. El certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones deberá expedirse con el mismo plazo de vigencia de la licencia de funcionamiento temporal”.

Disposiciones complementarias finales

Primera.- En un plazo de sesenta (60) días calendario contados desde la publicación de la presente ley en el Diario Oficial El Peruano, la PCM aprobará la modificación al Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones, la cual deberá ser propuesta en un plazo no mayor a treinta (30) por el Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (Cenepred).

Segunda.- La presente Ley entra en vigencia a los noventa (90) días calendario de publicada la modificación al Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones en el Diario Oficial El Peruano.

Tercera.- Inclúyase el cumplimiento de los planes de fiscalización anual aprobados por las municipalidades en materia de inspecciones técnicas de seguridad en edificaciones, como una de las metas del Plan de Incentivos a la Mejora de la Gestión y Modernización Municipal (PI) en el decreto supremo que establezca los criterios, lineamientos y procedimientos para la distribución de los recursos de dicho plan.

Disposición complementaria transitoria

Única.- Los procedimientos certificación iniciados antes de la vigencia de la modificación del Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones referido en la disposición complementaria primera y que se encuentren en trámite, se adecúan a sus disposiciones [énfasis añadido].

Conclusiones y recomendaciones

- 1) Desde el año 2000, la vigencia del certificado de ITSE ha sido de un año, dos años, indeterminada y, nuevamente, de dos años. Estas modificaciones normativas no han considerado en su diseño el papel que juega este certificado en la vida económica de los empresarios ni su impacto en la competitividad del país.
- 2) Ninguna de las normas que, durante el periodo bajo análisis, modificó la vigencia del certificado de ITSE, cuenta con un análisis al menos adecuado o respaldado en datos que hubiese justificado dichos cambios. Los documentos que en algunos casos se han utilizado para acompañar las decisiones, no cumplen con los requisitos para calificar como análisis de razonabilidad o equivalente.
- 3) La finalidad de la ITSE, que se materializa a través del certificado de ITSE, es asegurar que el establecimiento al que concurren las personas es seguro, por cumplir con un bloque de normas de seguridad que tienen por presupuesto la normativa de edificaciones.
- 4) La finalidad de las normas que han regulado la vigencia de los certificados de ITSE no ha variado durante los últimos veinte años, pese a que sí ha variado la vigencia del certificado de un año, a dos años, a indeterminada y nuevamente a dos años. En consecuencia, no es posible sostener un argumento que señale que la finalidad del certificado de ITSE se afectaría por el hecho de que se modificase la vigencia del mismo.
- 5) En tanto el certificado de ITSE constituye un título habilitante, la vigencia indeterminada del mismo debe ser la regla general. Con ello, se cumpliría con la vigencia sugerida por la LPAG y aquel guardaría armonía con pronunciamientos previos del Indecopi que no han encontrado justificación en asociar una vigencia determinada al certificado de ITSE.
- 6) El *benchmarking* muestra que existen diversos escenarios respecto de la vigencia de autorizaciones similares al certificado de ITSE. De 10 países analizados, únicamente en 3 de ellos rige en puridad la regla de la vigencia determinada. Es decir, mantener una regla como esta en el Perú, no resulta acorde con la tendencia que presentan las economías mejor calificadas en el ranking por continente del Doing Business.

- 7) Dada las incapacidades de fiscalización de la administración, debe considerarse como excepciones de la referida regla aquellos supuestos de riesgo alto (y muy alto). Ello no niega la validez teórica de la vigencia indeterminada, sino que expone las debilidades existentes en el entorno en que la misma es implementada. Por ello es posible afirmar que una adecuada fiscalización es el correlato de la vigencia indeterminada.
- 8) Ni la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento que actualmente regula la vigencia del certificado de ITSE por un periodo de 2 años, ni en las normas de los últimos 20 años es posible identificar la realización de un análisis real que justifique las variaciones producidas en el tiempo a la vigencia del certificado de ITSE.
- 9) En el análisis de idoneidad desarrollado a propósito del análisis de razonabilidad, se ha verificado que la existencia del certificado de ITSE sí guarda un correlato con su finalidad, que es asegurar que el establecimiento al que concurren las personas es seguro.
- 10) En el análisis de necesidad desarrollado a propósito del análisis de razonabilidad, se demuestra que la propuesta que se defiende, que acepta a la vigencia determinada solo como excepción para los casos de riesgo alto o muy alto, cumple con el referido criterio por resultar más beneficioso ello que (i) derogar la legislación que mantiene obliga a la obtención del certificado de ITSE, (ii) no regular, (iii) simplemente derogar la Ley 30619 o (iv) reemplazar el certificado de ITSE por otro equivalente.
- 11) En el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, desarrollado a propósito del análisis de razonabilidad, se demuestra que el esquema intermedio que se propone supone mayores beneficios para los administrados.
- 12) Se recomienda difundir entre las municipalidades el plan de incentivos a la gestión pública de municipales habilitado por la Ley 29332, a efectos de que estas busquen asegurar el cumplimiento de sus planes de fiscalización en materia de defensa civil.

Referencias

- Aldana Durán, M. (2017). Avances y Desafíos en la Fiscalización Ambiental de Títulos Habilitantes otorgados por el SERNANP. *Foro Jurídico*, 16, 29-43. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19861>
- Andina (27 de agosto de 2009). Clausuran provisionalmente aeropuerto de Chiclayo por carecer de certificado de seguridad. *Andina*. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=250731>
- Andina (22 de diciembre de 2016). Piden a Ejecutivo eliminar vigencia indeterminada de certificados de defensa civil. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-piden-a-ejecutivo-eliminar-vigencia-indeterminada-certificados-defensa-civil-646208.aspx>
- Araujo-Juárez, J. (2011). “Los Títulos Habilitantes en materia de Telecomunicaciones en Venezuela”. En: J., Fernández Ruiz y J., Rivera Hernández (Coord.) (2011). *La Concesión de las Telecomunicaciones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3043/8.pdf>: 171- 194.
- Arnold, R., Martínez Estay, J. y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, 10(1), 65-116. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003.
- Ayres, I., y Braithwaite, J. (1992) *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York, Estados Unidos de América:Oxford University Press.
- Babbie, E. (2008). *The basics of social research*. (4^a edición). Thomson-Wadsworth.
- Baldwin, R. y Black, J. (diciembre de 2007). Really Responsive Regulation. Documento de trabajo de estudios jurídicos de LSE N° 15/2007. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=1033322>.
- Banco Mundial (2015). *Informe “Doing Business: Going Beyond Efficiency”*. Washington DC: Banco Mundial. Recuperado de <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>
- Banco Mundial (2016). *Informe “Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

- Banco Mundial (2017a). *Informe “Doing Business 2017: Equal Opportunity for All”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>.
- Banco Mundial (2017b). *Risk-Based regulation*. [Video en línea]. Recuperado de [https://olc.worldbank.org/content/risk-based-regulation#:~:text=Risk%2DBased%20Regulation%20\(RBR\),a%20more%20level%20playing%20field](https://olc.worldbank.org/content/risk-based-regulation#:~:text=Risk%2DBased%20Regulation%20(RBR),a%20more%20level%20playing%20field).
- Banco Mundial (2018). *Informe “Doing Business 2018: Reforming to create jobs”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>
- Banco Mundial (2019). *Informe “Doing Business 2019: Training for Reform”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf
- Banco Mundial (2020a). *Informe “Doing Business 2020”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>
- Banco Mundial (2020b). *Informe “Doing Business in Perú 2020: Overview”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de: <https://www.doingbusiness.org/en/reports/subnational-reports/peru>
- Banco Mundial (2020c). *Informe “Doing Business 2020. Economy profile. Peru”*. Washington, DC: Banco Mundial. Recuperado de <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/p/peru/PER.pdf>
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de la Administración Pública*, 135, 495-538.
- Bazán, J.L., y Madrid, R. (1991). Racionalidad y razonabilidad en el Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 18(2), 179-188.
- Bermejo Vera, J. (1998). La Administración Inspectora. *Revista de Administración Pública*, 147, 39-58.
- Bermúdez, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. 2^{da} ed. Santiago de Chile: Abeledo Perrot. Chile

- Cárdenas, A. (17 de junio de 2020). Ningún hospital de Lima Cercado cuenta con certificado de Defensa Civil vigente. En: *Diario La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/sociedad/2020/06/17/lima-cercado-ningun-hospital-cuenta-con-certificado-de-defensa-civil-vigente-municipalidad-de-lima-atmp/>
- Castro, A. (05 de enero de 2016). Resolución a favor de Inkafarma logró que los certificados de seguridad tengan vigencia indeterminada. En: *Convoca*. Recuperado de <https://convoca.pe/agenda-propia/resolucion-favor-de-inkafarma-logro-que-certificados-de-seguridad-tengan-vigencia>
- Cassagne, J.C. (1974). *El acto administrativo*. 2^{da} ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Cianciardo, J. (2003). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Argentina: Abaco de Rodolfo de Palma.
- Cianciardo, J. (2018). Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones. *Revista Estudios de Deusto*, 66(2), 47- 70. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6746629>
- CLAD (2020). “*Recopilación de datos relativos a las actuaciones de las de las administraciones públicas con relación a la pandemia*”. Recuperado de: <https://clad.org/2020/04/21/noticias/recopilacion-de-datos-relativos-a-las-actuaciones-de-las-administraciones-publicas-con-relacion-a-la-pandemia/>
- Cleary, Eda (2015). “El benchmarking desde el sector privado al público. Apuntes sobre su aplicación en el Sector Público de América Latina.” Recuperado de: <http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000002/2725.pdf>.
- Constitución Política del Perú* (1993). Congreso Constituyente Democrático.
- Díaz, E. (2009). El principio de razonabilidad como estructura esquemática de la decisión judicial en Colombia. *Revista Justicia*, 15, 110-115. Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/971/959>
- Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: introducción a la evaluación post regulatoria*. [En línea]. Recuperado de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8816/GU%C3%8DA-sobre-el-an%C3%A1lisis-de-impacto-regulatorio.pdf>
- Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico (2017). *Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. Sobre la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Guía para asesores jurídicos del Estado*. 2^{da} ed . Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. 12^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 058-2014-PCM. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2014/setiembre/14/EXP-DS-058-2014-PCM.pdf>
- Exposición de motivos de proyecto de ley N° 791/2016-CR. Recuperado de https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0079120161215.pdf
- Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1200. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Setiembre/23/EXP-DL-1200.pdf>
- Exposición de motivos del Decreto Supremo 002-2018-PCM. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Enero/05/EXP-DS-002-2018-PCM.pdf>
- Fisher, E. (2010). Risk Regulatory Concepts and the Law. En: OCDE (2010). *Risk and regulatory policy. Improving the governance of risk*. París, Francia: OCDE. 45-92
- Fernández Baca, J. (2003). *Microeconomía. Teoría y Aplicaciones*. Lima, Perú: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.
- Flores Rivas, J.C. (2017). La caducidad de los actos administrativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(2), 225-249. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200010&script=sci_arttext
- Fuentetaja Pastor, J.A. (2003). Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones). *Revista de Administración Pública*, 160, 87-119. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjQ0ODAmawRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0yMDAzXzE2MF8wODcucGRmJmZpbGU9MjAwM18xNjBfMDg3LnBkZiZ0YWJsYT1BcnRyY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>
- García-Trevijano Fos, J.A. (1986). *Los actos administrativos*. Madrid, España: Civitas.
- Gerencia de Estudios Económicos de Indecopi (2018). *El impacto económico de la imposición de barreras burocráticas*. Lima, Perú: Indecopi. Recuperado de https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/3026558/20190523_Observatorio_Nacional_Barreras_2018.pdf/d4368eae-de87-fd78-ece3-a0f0aafe756c?fbclid=IwAR1xO6qDNbMN-1bfsuyGcC5aaZlw-QsB_WMtPz6HRLet7TnOIVg2sVyoYIg
- Decreto Legislativo 1200. [Presidencia de la República del Perú]. Decreto Legislativo que modifica los Artículos 2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 13 y 15 de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y los Artículos 12 y 14 de la Ley 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, 2015

Decreto Legislativo 1272. [Presidencia de la República del Perú]. Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo, 2016.

Decreto Supremo 013-2000-PCM. [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil, 2000.

Decreto Supremo 074-2005-PCM. [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que modifica Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil , 2005.

Decreto Supremo 066-2007-PCM. [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba el Nuevo Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil, 2007.

Decreto Supremo 058-2014-PCM. [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil, 2014.

Decreto Supremo 002-2018-PCM. [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba el Nuevo Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Defensa Civil, 2018.

Decreto Supremo 004-2019-JUS. [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General Decreto Supremo 009-2019-RE. Que Ratifican el Acuerdo de Libre Comercio entre la República del Perú y Australia, 2019.

Decreto Supremo 163-2020-PCM. [Presidencia del Consejo de Ministros]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 28976 - Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, 2020.

Diario Gestión (28 de diciembre de 2016). Fuerza Popular propone que certificados de Defensa Civil requieran renovarse cada dos años. *Diario Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/fuerza-popular-propone-certificados-defensa-civil-requieran-renovarse-dos-anos-124950-noticia/>

Forno, Xenia (2009). “El título minero como acto administrativo habilitante”. En: *Circulo de Derecho Administrativo*. No. 8. Lima, 2009.

Gómez Apac, H. (2018). Mejora Regulatoria. Reflexiones sobre el Análisis de Impacto Regulatorio. En: R. Méndez (2018). *Reflexiones jurídicas Volumen IV*. Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 807-834

Gordillo, A. (2000). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 11^a ed., ahora como 1^a ed. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo1.php>.
- Haro, R. (2001). La razonabilidad y las funciones de control. *Revista Ius et Praxis*. 7(2), 179-186.
- Hegalsen, Sigurdur (1997). “*International Benchmarking Experiences from OECD Countries*”. En: OECD - International Benchmarking. Recuperado de: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/1902957.pdf>.
- Hernández-Mendible, V.R. (2014). La libertad de empresa y los títulos habilitantes en el contexto de la alianza del pacífico. En: J., Danos Ordoñez; R., Huapaya Tapia; V., Rojas Montes; J.A, Tirado Barrera y O., Vignolo Cueva (2014). *Derecho administrativo: innovación, cambio y eficacia*. Lima, Perú: Thomson Reuters. Recuperado de <http://hernandezmendible.com/librosypublicaciones/segundocapitulo/La%20libertad%20de%20empresa%20y%20los%20%C3%ADtulos%20habilitantes.pdf> . 687-709
- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza Torres, C. (2018). *Metodología de la Investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Ciudad de México: Mc Graw Hill.
- Indeci (04 de noviembre de 2016). Emergencia incendio estructural en el AAHH Cantagallo. En: *Estado situacional de la emergencia*. [página web]. Recuperado de http://sinpad.indeci.gob.pe/sinpad/emergencias/Evaluacion/Reporte/rpt_eme_situacion_emergencia.asp?EmergCode=00079460
- Indecopi (2018). *Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas* [página web]. Recuperado de [https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/6959#:~:text=ArtifactBrowser.Navigat ion.browse_type- ,Indecopi%3A%20el%20impacto%20econ%C3%B3mico%20de%20la%20eliminaci%C3%B3n%20voluntaria%20y%20la,millones%20a%20ciudadanos%20y%20empresas](https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/6959#:~:text=ArtifactBrowser.Navigat,Indecopi%3A%20el%20impacto%20econ%C3%B3mico%20de%20la%20eliminaci%C3%B3n%20voluntaria%20y%20la,millones%20a%20ciudadanos%20y%20empresas) . Visto el 16 de octubre de 2020.
- Instituto Nacional de Calidad (2016). *Norma técnica peruana. ISO 3700. Sistema de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso*.
- Knight, F. (1964). *Risk, uncertainty and profit*. New York, Estados Unidos de América: Reprints of economic classics Augustus M. Kelley.
- Kuran, T. y Sunstein, C. (1999). Availability cascades and risk regulation. *Stanford Law Review*, . 51(4). Recuperado de https://ssrn.com/abstract=138144_
- Ley 27972. Ley Orgánica de Municipalidades. Congreso de la República del Perú, 2003 .

- Ley 30230. Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Congreso de la República del Perú (2014).
- Ley 30619. Ley que modifica la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, acerca de la vigencia del certificado de inspección técnica de seguridad en edificaciones. Congreso de la República del Perú (2017).
- Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN (06 de octubre de 2017). La fiscalización es más importante que los Certificados de Defensa Civil. En: *Sala de Prensa, ESAN*, Recuperado de <https://www.esan.edu.pe/sala-de-prensa/2017/10/la-fiscalizacion-es-mas-importante-que-los-certificados-de-defensa-civil/>
- Maldonado, M. (2012). El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas. *Ius Humani. Revista de Derecho* 3, 139-174.
- Maraví, M. (2017). Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256, *Revista Ius Et Veritas*, 54, 66-99.
- Martínez, M. (2006). Validez y confiabilidad en la Metodología Cualitativa. *Paradigma*, 27(2), 1-20.
- Martínez, J.I. y Zuñiga Urbina, F. (2011). El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, 9(1), 199 - 226.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J.C. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Revista Derecho & Sociedad*, 54 (I), 17-43.
- Ochoa, F. (2018) Alternativas de la regulación tradicional: más allá del Comando y Control. En: Más allá del análisis económico de la regulación. Editado por Oscar Sumar Adbujal. Lima, Perú: Editorial Themis, 99-136.
- OECD (2009). *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*. [En línea]. OECD Publishing. París. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria-tool-for-policy-coherence.htm>
- OECD (2016). *Política regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria*. [En línea]. OECD Publishing. París. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Poli%CC%81tica-Regulatoria-en-el-Peru%CC%81-aspectos-clave.pdf>.

- OECD (2018). *Análisis ex post de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE*. [En línea]. París: OECD Publishing. Fecha de consulta: 18-10-2020. Disponible en: <[https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/OCDE%20\(2018\)%20An%C3%A1lisis%20Expost.pdf](https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/OCDE%20(2018)%20An%C3%A1lisis%20Expost.pdf)>.
- OECD (2019a). *Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014-16*. [En línea]. París, Francia: OECD Publishing. Recuperado de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264305809-es.pdf?expires=1610230984&id=id&accname=guest&checksum=06C1E01B2F88E39B9DAB56F4470A920C>
- OECD (2019b). *Implementing Regulatory Impact Analysis in the Central Government of Peru. Case Study 2014-16*. [En línea]. París, Francia: OECD Publishing. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/implementing-regulatory-impact-analysis-in-the-central-government-of-peru-9789264305786-en.htm>
- OECD (2020). *Regulatory Impact Assessment. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. [En línea]. París, Francia: OECD Publishing. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatory-impact-assessment-7a9638cb-en.htm>
- Olson, D. y Dash Wu, Desheng. (2017). *Enterprise Risk Management Models*. 2^{da} ed. Berlín, Alemania: Springer.
- Ponce de León Armenta, L. (1999). *Metodología del derecho*. México: Porrúa.
- Ponce Rivera, C. (1991). La declaración de caducidad de los derechos de aprovechamiento de recursos naturales renovables en el Perú y su problemática. *Lex, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 12 (13), 177-206. Recuperado de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/download/42/864>
- Pricewaterhouse Coopers (2020). *Informe "Doing Business in Peru 2020"*. [En línea]. Recuperado de <https://www.pwc.pe/es/publicaciones/assets/PwC-Doing-Business-in-Peru-2020.pdf>>.
- RPP Noticias (20 de noviembre 2016). Alcalde de Miraflores: "UVK nos pidió una inspección en agosto, pero esta no se realizó. En: *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/lima/actualidad/alcalde-de-miraflores-uvk-pidio-una-inspeccion-en-agosto-pero-esta-no-se-realizo-noticia-1011180?ref=rpp>.
- RPP Noticias (30 de enero de 2020a). Municipio de Jesús María clausuró Cineplanet de Salaverry por no subsanar observaciones. En: *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/lima/actualidad/municipio-de-jesus-maria-clausuro-cineplanet-de-salaverry-por-no-subsanar-observaciones-audio-noticia-1242744>

- RPP Noticias (30 de enero de 2020b). Clausuran el Centro Comercial Arenales por no contar con el registro de defensa civil actualizado. En: *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/cultura/asiapop/clausuran-el-cc-arenales-por-no-contar-con-el-registro-de-defensa-civil-actualizado-noticia-1242691?ref=rpp>
- RPP Noticias (28 de mayo de 2020). Trujillo: Comerciantes de La Hermelinda tienen hasta el domingo para levantar observaciones. En: *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/peru/la-libertad/trujillo-comerciantes-de-la-hermelinda-tienen-hasta-el-domingo-para-levantar-observaciones-noticia-1269265>
- RPP Noticias (24 de junio de 2020). Trujillo: Comerciantes del mercado La Hermelinda desacatan cierre y abren sus puestos. En: *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/peru/la-libertad/trujillo-comerciantes-del-mercado-la-hermelinda-desacatan-cierre-y-abren-sus-puestos-noticia-1275479>
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (1994). Reflexiones sobre la caducidad en el Derecho Público. *Revista Aragonesa de Administración Pública* 5, 341-356.
- Rodríguez Bajón, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio: su origen jurisprudencial: contenidos, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, 188, 189-205.
- Santiago Jiménez, A.M. (2008). Principios de proporcionalidad y razonabilidad en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Lex Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 6(5), 93-104. Recuperado de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/2002>
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado. *Revista Dikaion*, 17, 157-198.
- Stevenson, M. (2018). Assessing Risk Assessment in Action. *Revista Minnesota Law Review*, 103, 303-384. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3016088>
- Súmar, Ó. (2018). *Analizando el Impacto de la Regulación: Hacia una visión pragmática*. Regulación Racional Publicaciones, Lima, 28-29.
- Sunarp (2020). *Constitución de MYPEs (inscritas a través del Sistema de Intermediación Digital)*. Sunarp. <https://www.sunarp.gob.pe/estadisticas/category/4-REGISTRO-DE-PERSONAS-JURIDICAS>
- Tillema, Sandra (2010). Public sector benchmarking and performance improvement: what is the link and can it be improved? *Public Money & Management*, 30:1.
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). Exp. N° 410-2002-PA/TC del 15 de octubre del 2002.
- Tribunal Constitucional del Perú (2003a). Exp. N°2497-2002-PA/TC del 27 de enero de 2003.
- Tribunal Constitucional del Perú (2003b). Exp. N.° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre del 2003

- Tribunal Constitucional del Perú (2003c). Exp. N° 006-2003-AI/TC del 1 de diciembre de 2003.
- Tribunal Constitucional de Perú (2005). Exp. N° 045-2004-PI/ TC del 29 de octubre del 2005.
- Ugás Sobarzo, S. y Paredes Fiestas, G. (2014). El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: Cómo evitar medidas impuestas utilizando el ‘de tin marin de do pingüe’. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 10(19), 90-105. Recuperado de http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2014/Sofia_Ugas_Sobarzo.pdf
- Vergara Blanco, A. (2004). Notas sobre la caducidad como fuente de extinción de derechos y del decaimiento del procedimiento administrativo. En *Jornadas de Derecho Público, Actas XXXIV*. Congreso llevado a cabo en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Anexos

Anexo 1. Estudio de caso

1. Unidad de análisis

Empresa	Everis Perú SAC. RUC: 20521586134 Domicilio: Calle Dean Valdivia 148. Piso 4. San Isidro. Lima
---------	--

2. Descripción

De acuerdo con información publicada en su página oficial, Everis Perú SAC es una empresa dedicada a la consultoría y outsourcing abarcando todos los sectores del ámbito económico. A fin de desarrollar sus actividades económicas en sus diversas sedes bajo el rubro de oficinas administrativas, Everis debe contar con las licencias de funcionamiento correspondientes y, para ello, obtener previamente y renovar cada dos años los certificados de ITSE.

Para el presente estudio de caso se analizará los procesos de obtención y renovación del certificado de ITSE de tres de sus sedes: la sede ubicada en la dirección de su domicilio en el distrito de San Isidro, la sede ubicada en La Victoria y la sede de Cercado de Lima.

3. Análisis

En la entrevista con Laura Guerrero, asistente legal de Everis Perú SAC, se indica que, para obtener y renovar el certificado de ITSE de sus distintas sedes, Everis debe preparar el expediente técnico de sus establecimientos lo cual implica asumir gastos adicionales al monto de las tasas municipales fijadas para el trámite en sí:

Pues, la tasa sería el monto final porque en realidad para preparar el expediente o toda la documentación que implica una renovación, una obtención del certificado **pues hay que gestionar planos con un arquitecto, las capacitaciones se tienen que realizar al personal y obtener los certificados en materia de seguridad, actualizar los planes de emergencia, todos los certificados de los equipos, hacerles el mantenimiento y obtener el certificado** [énfasis añadido].

En ese sentido, a fin de preparar este expediente, Everis Perú recurre a los servicios de una empresa dedicada a la elaboración del proyecto de “Expediente Indeci”, servicio que incluye todos los documentos necesarios para el desarrollo de las especialidades, como memorias justificativas, para los trámites municipales correspondientes a la etapa de revisión Indeci. El costo de elaboración de este expediente técnico varía de acuerdo con las características de cada establecimiento.

La sede ubicada en el distrito de San Isidro comprende 1,059.33 m² aproximadamente distribuidos en un único nivel dentro de un mismo edificio, lo cual solo hace necesario la tramitación de un único certificado de ITSE. Asimismo, debido a sus características y conforme a la “Matriz de riesgos”, el riesgo correspondiente a este establecimiento es “muy alto”.

En este caso, la empresa le indicó a Everis que el costo total de honorarios para el proyecto de elaboración de “Expediente Indeci” de esta sede será de S/. 2,118.66, sin incluir el costo del Impuesto General a las Ventas.

Finalmente, esta sede obtuvo su certificado de ITSE mediante Resolución N°207-2020-1220-SDE-GACU/MSI.

De otro lado, la sede ubicada en el distrito de la Victoria comprende 2,258.90 m² aproximadamente distribuidos en varios niveles dentro de un mismo edificio, por lo que, resulta necesario realizar la tramitación de los certificados de ITSE para cada nivel.

En este caso, la empresa señaló que el costo total de los honorarios para este “Expediente Indeci” es de S/ 3,388.35, sin incluir el costo del Impuesto General a las Ventas.

Finalmente, los diferentes niveles de esta sede obtuvieron su certificado de ITSE conforme lo siguiente:

N° de Oficina	Nivel de Riesgo	Resolución
N° 1201	Riesgo medio	Resolución N°0962-2020
N° 1001-1002	Riesgo medio	Resolución N°0963-2020
N° 801-802	Riesgo medio	Resolución N°0960-2020
N° 601-602	Riesgo medio	Resolución N°0961-2020
N° 401-402	Riesgo medio	Resolución N°0959-2020
N° 201-202	Riesgo medio	Resolución N°0958-2020
N° 902	Riesgo medio	Resolución N°0587-2020
N° 901	Riesgo medio	Resolución N°0588-2020
N° 701-702	Riesgo medio	Resolución N°0586-2020
N° 501-502	Riesgo medio	Resolución N°0585-2020
N° 301-302	Riesgo medio	Resolución N°0584-2020

La tercera sede se encuentra ubicada en el Cercado de Lima y comprende 1,059.33 m² aproximadamente distribuidos en un nivel dentro de un mismo edificio, lo cual hace necesario la tramitación de un único certificado de ITSE. En este caso, la empresa señala que el costo total del proyecto es de S/ 3,215.18, el cual no incluye el costo del Impuesto General a las Ventas.

Esta sede fue clasificada como de riesgo “alto o muy alto” y obtuvo su certificado de ITSE a través de la Resolución N°012294-2020-MML-GGRD-SITSE.

No obstante, cabe señalar que Laura Guerrero indicó además que el costo de elaboración del proyecto de expediente técnico y el de la tasa municipal del procedimiento no son los únicos, pues existe un costo de tiempo de trabajo que como empresa deben incurrir para gestionar y supervisar todo el proceso: “Claro, el acompañamiento que hay que hacer con las personas que va a gestionar todo, a revisar las oficinas para poder hacer los planos, los certificados de cada equipo”.

Aunado a ello, también se señala que existe una disparidad en los requisitos exigidos para la obtención del Certificado de ITSE por cada municipalidad, lo cual también dificulta el gestionar estos procedimientos para una empresa como Everis que cuenta con varias sedes:

Es que en cada municipalidad es muy distinta la gestión y pues uno te pide más requisitos que en otros [énfasis añadido], cuando no debería ser así, se supone que el trámite es de manera uniforme para todas las municipalidades pero cada municipalidad tiene sus particularidades.

Esta misma disparidad se refleja en la obligación de fiscalización que presentan las municipalidades para asegurarse que las condiciones de seguridad certificadas a través del certificado de ITSE se mantengan: “Exacto, si. **Para ser sincera, solo en San Isidro recibimos visita inopinada, en todos los distritos fue cuando pedimos la renovación [énfasis añadido]**”.

En adición a lo anterior, la entrevistada manifestó que su representada no había recibido, a lo largo de su historia y pese a todas las inversiones realizadas, fiscalización alguna que la compañía considerase intensiva. Es decir, las fiscalizaciones hasta la fecha recibidas (mínimas) solo consisten en que el fiscalizador aprecia colgado el certificado, pero no si el local ha variado o no sus condiciones. Y ello, se lo suelen manifestar los propios fiscalizadores, por falta de tiempo o capacidad.

4. Conclusiones

A partir de este análisis de caso, es posible señalar que existen costos complementarios en los que incurren las empresas a fin de elaborar los expedientes técnicos necesarios para obtener y mantener vigentes sus certificados de ITSE. Asimismo, estos costos se incrementan si se trata de establecimientos ubicados en municipalidades distintas, tal como ocurre en el caso de Everis, pues los procedimientos y requisitos varían entre cada una de ellas.

Sumado a ello, ha sido posible identificar que incluso estos costos de elaboración de los expedientes técnicos no son del todo representativos pues existe un costo oculto de horas -hombre que asume el personal de la empresa a fin de gestionar, verificar y acompañar este trámite.

Finalmente, otro aspecto que ha sido posible destacar es el incumplimiento de ciertas municipalidades de su labor de fiscalización, el cual – al parecer- viene siendo asumido por las empresas a través de los trámites de renovación a fin de demostrar que las condiciones de seguridad certificadas a través del ITSE se mantienen.

Anexo 2. Entrevistas

El CD adjunto al presente trabajo de investigación contiene las transcripciones de las entrevistas realizadas a los siguientes expertos y funcionarios:

- Ximena Betancour, gerenta legal de Everis Colombia y operadora de un local comercial en Bogotá
- Laura Guerrero, abogada de Everis Perú
- Kelly Montoya, especialista en Planificación Urbana, Dirección de Políticas y Planes de Cenepred
- Daniel Quiñones Oré, profesor e investigador de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- John Barrera, especialista en inspecciones técnicas de la Dirección de Construcción del Ministerio de Vivienda del Perú
- Emérito Hipólito Cruchaga Mercedes, especialista de Indeci
- Alina Alva, consultora en Smart Consultores y Asociados e inspectora especializada en la Municipalidad de Comas
- Ramón Huapaya, profesor e investigador de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, y socio de CMS Grau
- María Antonieta Merino Taoaba, profesora e investigadora y consultora en Smart Regulation