



La Supervisión Orientativa del OEFA

Por Milagros Granados, Profesora de la Universidad Científica del Sur

I. Introducción

En nuestro país, la fiscalización tradicionalmente ha tenido un enfoque punitivo que prioriza la imposición de sanciones para incentivar el cumplimiento de las obligaciones. En los últimos años se vienen implementando nuevos enfoques regulatorios que sostienen que la autoridad fiscalizadora debe contar con un conjunto de herramientas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones. La sanción debe ser vista como un mecanismo más y no el único ni el primero en ser empleado en todos los escenarios. En esta línea, en el 2016, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la supervisión orientativa, la cual se realiza sin fines punitivos. Esta figura ha sido reglamentada por el OEFA. Este artículo busca analizar dicha reglamentación y proponer mejoras en su aplicación.

II. Fiscalización óptima

II.1. De la fiscalización tradicional a la regulación responsiva

La fiscalización tradicional emplea un modelo denominado “comando y control” para asegurar el cumplimiento de las normas. Este estilo de regulación se enfoca en la creación de un mandato y la imposición de sanciones ante su incumplimiento. En el marco de este enfoque la sanción tiene un papel primordial para garantizar el cumplimiento normativo (Fisher, 2013).

De manera paulatina, se han introducido distintos mecanismos de regulación, entre estos, la regulación responsiva. Según este enfoque, las entidades fiscalizadoras deben modular

sus estrategias considerando el desempeño de los administrados. Debe contarse con un conjunto de herramientas de creciente formalidad e impacto que formarían parte de una “pirámide de cumplimiento”. En la base de la pirámide estarían los mecanismos que buscan lograr el cumplimiento de las obligaciones en base a la persuasión; la siguiente fase sería la emisión de una advertencia; si esto falla, se recurriría a la imposición de sanciones, la persecución penal, el cierre de la planta, la suspensión temporal o la revocación de la licencia para operar, entre otros. Diferentes mecanismos serían apropiados para diferentes situaciones regulatorias (Fisher, 2013).

Según la doctrina, una **fiscalización óptima** busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones con la mínima cantidad de interferencia. De ahí la importancia de desarrollar alternativas a las tradicionales sanciones, considerando que los administrados responden de manera diferente a estas. En determinados escenarios, puede considerarse más eficiente supervisar la mejora de la planta y del equipo, y asegurar una capacitación adecuada que imponer una multa (Bell, 2017).

II.2. De la mejora de las prácticas de inspección

La “Guía de la OCDE para el Cumplimiento Regulatorio y las Inspecciones” presenta una lista de verificación de doce criterios para mejorar las prácticas de inspección (OCDE, 2019). Entre estos criterios, tenemos los siguientes:

- **Promoción del cumplimiento:** se debe promover la transparencia y el cumplimiento de las obligaciones a través del uso de instrumentos apropiados como guías, conjuntos de herramientas y listas de verificación.
- **Regulación responsiva:** las acciones de fiscalización y promoción del cumplimiento deben de modelarse en base al perfil y comportamiento de las empresas. Las prácticas de cumplimiento deben diferenciar las respuestas de acuerdo con la trayectoria de los sujetos regulados, la evaluación de riesgos, la efectividad de las diferentes opciones y la fecha de establecimiento del negocio, tratando a las nuevas empresas de manera distinta. Una regulación responsiva da mejores resultados que las sanciones uniformes.

En nuestro marco jurídico, y en línea con estos criterios, el artículo 239 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, señala que la actividad de fiscalización se realiza bajo un enfoque de cumplimiento normativo y de tutela de bienes jurídicos.

En este sentido, el artículo 4 del Reglamento de Supervisión del OEFA¹ sostiene que las acciones de supervisión se rigen por el **principio de promoción del cumplimiento**, mediante el cual se promueve la orientación y la persuasión en el cumplimiento de las obligaciones del administrado y la corrección de la conducta infractora. También se rigen por la **regulación responsiva**, en virtud del cual la supervisión se realiza de forma modulada, en función de su oportunidad, el tipo de obligación fiscalizable, la gravedad del presunto incumplimiento, el desempeño ambiental del administrado u otros factores que permitan una intervención proporcional al cumplimiento de las obligaciones.

Por ende, los criterios de promoción del cumplimiento y regulación responsiva han sido incorporados en el ámbito de la fiscalización ambiental, en línea con los nuevos enfoques regulatorios y las recomendaciones de la OCDE.

III. Supervisión Orientativa

En el marco de un enfoque de promoción de cumplimiento, el artículo 245 del TUO de la Ley N° 27444 señala que las entidades deben procurar realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.

Esta disposición legal ha sido regulada en el artículo 13 del Reglamento de Supervisión del OEFA, el cual sostiene que la supervisión orientativa tiene por objeto la promoción del cumplimiento de obligaciones fiscalizables. Se realiza a través de la puesta en conocimiento de las obligaciones a los administrados y una verificación del cumplimiento sin fines punitivos; salvo que, a criterio de la autoridad, se identifiquen daños, riesgos significativos o se afecte la eficacia de la fiscalización ambiental.

¹ Aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD.

En el marco de la regulación responsiva, esta norma agrega que la Autoridad de Supervisión puede realizar supervisiones orientativas por única vez a la unidad fiscalizable que no haya sido supervisada con anterioridad por el OEFA. Asimismo, puede realizar supervisiones orientativas cuando el administrado es una persona natural con negocio, micro o pequeña empresa o se presenten otros supuestos debidamente sustentados que coadyuven al adecuado manejo ambiental.

La supervisión orientativa concluye de las siguientes formas: (i) con la conformidad de la actividad desarrollada, (ii) la recomendación de implementar mejoras en la unidad fiscalizable, (iii) la identificación de riesgos y emisión de alertas para cumplir las obligaciones fiscalizables, o (iv) excepcionalmente, la imposición de medidas administrativas que se consideren necesarias.

En la exposición de motivos del Reglamento de Supervisión del OEFA se sostiene que, con la realización de las supervisiones orientativas, se busca fortalecer el rol preventivo de la supervisión ambiental. En otras palabras, se busca que el administrado cumpla con sus obligaciones a partir de un acompañamiento de la autoridad de supervisión ambiental. La supervisión se realiza sin fines punitivos, salvo que se identifiquen daños, riesgos significativos o se afecte la eficacia de la fiscalización ambiental. Por ejemplo, que el administrado efectúe actos que boicoteen la orientación del OEFA, tales como la obstaculización o impedimento para realizar las acciones de supervisión.

IV. Análisis de la Supervisión Orientativa

Del análisis de la reglamentación aprobada por el OEFA, se tienen las siguientes consideraciones:

- **Excepciones:** el Reglamento de Supervisión señala que la supervisión orientativa se realiza sin fines punitivos; salvo que se identifiquen daños, riesgos significativos o se afecte la eficacia de la fiscalización ambiental. A consideración de la OCDE, estas excepciones deberían explicarse más, pues parecen demasiado amplias y vagas, y por consiguiente desalientan a los negocios de solicitar dichas visitas de asesoría (2020). En esta línea, cabe agregar que, el establecimiento de estas excepciones va en contra de la esencia de esta figura. Las supervisiones orientativas por definición deberían

realizarse sin fines punitivos como lo ha indicado el TUO de la Ley N° 27444. La finalidad de esta supervisión es informar y acompañar a los administrados en el cumplimiento de sus obligaciones. Mas aún la falta de precisión de estas excepciones otorga una amplia discrecionalidad a la autoridad. De esta manera, no se otorga certeza a los administrados sobre los escenarios en los que se podría disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador como resultado de una supervisión orientativa.

- **Obligatoriedad:** El Reglamento de Supervisión establece que las fiscalizaciones orientativas pueden realizarse en determinadas circunstancias, pero el lenguaje utilizado no refleja una obligación de realizar dichas fiscalizaciones cuando se cumplan dichas circunstancias. Por ende, según la OCDE no existe una planeación conocida de dichas fiscalizaciones. Las condiciones, los procesos, entre otros necesitan detallarse más (2020).

En efecto, la norma no precisa que el OEFA está obligado a realizar la supervisión orientativa en las circunstancias señaladas (por ejemplo, cuando las empresas no hayan sido supervisadas con anterioridad). Por el contrario, la redacción permite una amplia discrecionalidad por parte de la autoridad quien puede decidir llevar a cabo o no dicho tipo de supervisión en las circunstancias antes indicadas. Esto no otorga predictibilidad a los administrados y tampoco permite una adecuada planeación de estas actividades.

- **Escenarios:** El Reglamento de Supervisión señala que la supervisión orientativa se realiza por única vez a la empresa que no ha sido supervisada con anterioridad o a una persona natural con negocio, micro o pequeña empresa. También se indica que la autoridad puede considerar otros escenarios. No obstante, no se precisa que criterios debe considerar la autoridad para determinar estos otros escenarios.

La redacción de la norma limita el ámbito de su aplicación, dejando de lado otros escenarios que deberían ser considerados de manera expresa. Siguiendo a la OCDE, el OEFA podría considerar que negocios más grandes también pueden necesitar esta clase de asesoría (2020). Por ejemplo, cuando se trate de la implementación de nuevas obligaciones, en las que sería recomendable contar con la asesoría de la entidad fiscalizadora para clarificar los alcances de la nueva normativa.

También, se podría utilizar esta figura para reconocer el buen desempeño (trayectoria) de las empresas, en aplicación del principio de regulación responsiva. Asimismo, se podría considerar otras características de la empresa como la edad de creación del negocio, si es un sector que recientemente empezó a ser fiscalizado por el OEFA, entre otros.

Además, las supervisiones orientativas no deberían ser por única vez. Debe considerarse, que en algunos escenarios podría ser valioso realizar nuevamente una supervisión orientativa a la empresa. Por ejemplo, cuando luego de la supervisión orientativa, se dictan nuevas obligaciones. En este caso, sería adecuado contar con el acompañamiento de la entidad fiscalizadora para implementar debidamente esta nueva obligación. También cuando se trate de un sector nuevo que antes de la transferencia al OEFA no fue fiscalizado. En estos casos, se podría necesitar más de una supervisión orientativa para lograr que estas empresas -que nunca fueron fiscalizadas- comprendan el alcance de sus obligaciones y puedan cumplirlas a cabalidad. En estos escenarios, es razonable que exista un nuevo acompañamiento por parte de la autoridad. No debe olvidarse que el objeto de la supervisión orientativa es la promoción del cumplimiento.

- **Mecanismos complementarios:** La figura de la supervisión orientativa necesita de un conjunto de herramientas para ser efectiva. Además de las inspecciones, es necesario contar con otros mecanismos complementarios que permitan informar a las empresas sobre sus obligaciones y como pueden cumplirlos. Siguiendo a la OCDE, por ejemplo, se pueden contar con guías o manuales para las empresas, folletos ilustrados sencillos para las MiPyMEs, capacitaciones, lista de verificación de las obligaciones a supervisar, etc. (2020).

Al respecto, cabe indicar que, el OEFA cuenta con una Subdirección en Fortalecimiento de Capacidades en Fiscalización Ambiental, la cual, entre otras funciones, brinda capacitación a los administrados. Dicha subdirección, en coordinación con la Dirección de Supervisión podrían aprobar este conjunto de herramientas orientativas, considerando los distintos sectores y tipos de empresas bajo su ámbito de fiscalización.

Como se puede apreciar, el OEFA ha adoptado los principios de promoción del cumplimiento y de regulación responsiva. Es decir, se ha comprometido a promover la orientación y la persuasión en el cumplimiento de las obligaciones de las empresas, así como a contar con una variedad de opciones de intervención que pueden seleccionarse dependiendo de las características y del comportamiento de la empresa. No obstante, se aprecia que la aplicación de la supervisión orientativa que va en línea con los mencionados principios se ha visto limitada con la reglamentación aprobada por el OEFA.

V. Conclusión

La supervisión orientativa tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones, mediante un acompañamiento dirigido a las empresas. Esta supervisión está en línea con los principios de promoción del cumplimiento y regulación responsiva, y forma parte de un nuevo enfoque regulatorio. La reglamentación emitida por el OEFA sobre la supervisión orientativa ha limitado su ámbito de aplicación y contemplado excepciones a su carácter no punitivo. En la práctica, la fiscalización ambiental sigue priorizando la imposición de la sanción y reduciendo los escenarios en los que pueden aplicarse otros mecanismos reguladores. Al respecto, no debe perderse de vista que el objetivo de la fiscalización ambiental es prevenir daños en el ambiente o en la salud de las personas, en vez de limitarse a imponer sanciones, actuando de manera tardía. La fiscalización debe estar enfocada en prevenir que las infracciones ocurran y en asistir a los administrados en el cumplimiento de sus obligaciones. Por ende, es necesario que el OEFA empiece a confiar en estos nuevos enfoques regulatorios y construya las herramientas necesarias para su debida aplicación.

VI. Bibliografía

- Bell, S., et al (2017). *Environmental Law* (9th ed). Oxford University Press.
- Fisher, E., Lange, B. and Scotford, E. (2013). *Environmental Law*. Oxford University Press
- OCDE (2019). *Guía de la OCDE para el Cumplimiento Regulatorio y las Inspecciones*. OCDE Publishing

- OCDE (2020). *Cumplimiento Regulatorio y Fiscalizaciones en el Sector Ambiental de Perú*. OCDE Publishing.
- OEFA (2020). *El ABC de la Fiscalización Ambiental*.