



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho**

El modelo administrativo de ejecución forzosa en la LPEC para deudas por tributos municipales y tres de los elementos que refuerzan su preferencia: los límites de la potestad discrecional del ejecutor coactivo, la autonomía en el ejercicio de su función y la observancia de la meritocracia para acceder al cargo

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Anthony Jean Paul MALLQUI BENIGNO

ASESOR

Dr. Julio Augusto FERNANDEZ CARTAGENA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Mallqui, A. (2023). *El modelo administrativo de ejecución forzosa en la LPEC para deudas por tributos municipales y tres de los elementos que refuerzan su preferencia: los límites de la potestad discrecional del ejecutor coactivo, la autonomía en el ejercicio de su función y la observancia de la meritocracia para acceder al cargo*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Anthony Jean Paul Mallqui Benigno
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	44543951
URL de ORCID	NO CUENTA
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Julio Augusto Fernandez Cartagena
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07019668
URL de ORCID	0009-0001-4812-5799
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Octavio Galvarino Delgado Guzmán
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	0803368
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Jorge Guillermo Gutiérrez Tudela
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06155396
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580
Datos de investigación	

Línea de investigación	DERECHO PÚBLICO
Grupo de investigación	DERECHO
Agencia de financiamiento	SIN FINANCIAMIENTO
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Latitud: -12.056445 Longitud: -77.085994
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Enero 2018 - diciembre 2019
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL VIRTUAL PARA EL OTORGAMIENTO
DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON PRESENTACIÓN
Y SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N° 001

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores (a):

- 1.-PRESIDENTE: **Dr. OCTAVIO GALVARINO DELGADO GUZMÁN**
Mg. JORGE GUILLERMO GUTIÉRREZ TUDELA
Mg. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS
Abg. JULIO AUGUSTO FERNANDEZ CARTAGENA (ASESOR)

El bachiller postulante al Título Profesional de abogado, don:

Anthony Jean Paul Mallqui Benigno

Procedió la sustentación de su Tesis, titulado:

EL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN FORZOSA EN LA LPEC PARA DEUDAS POR TRIBUTOS MUNICIPALES Y TRES DE LOS ELEMENTOS QUE REFUERZAN SU PREFERENCIA: LOS LÍMITES DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL EJECUTOR COACTIVO, LA AUTONOMÍA EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN Y LA OBSERVANCIA DE LA MERITOCRACIA PARA ACCEDER AL CARGO

En la redacción del examen escrito, el graduando fue aprobado con la nota de:

CATORCE (14)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

Aprobado por unanimidad con la nota QUINCE (15)

Y para constancia se le extiende la presente acta, en Lima a los TREINTA días del mes de MAYO del año 2023

Presidente del Jurado



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CERTIFICADO DE SIMILITUD

CDS N° 011-2023-FDCP/UNMSM

Yo, Julio Augusto FERNÁNDEZ CARTAGENA, en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral N° 409-2022-EPD-FDCP, de la tesis O trabajo de suficiencia profesional, cuyo título es **EL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN FORZOSA EN LA LPEC PARA DEUDAS POR TRIBUTOS MUNICIPALES Y TRES DE LOS ELEMENTOS QUE REFUERZAN SU PREFERENCIA: LOS LÍMITES DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL EJECUTOR COACTIVO, LA AUTONOMÍA EN EL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN Y LA OBSERVANCIA DE LA MERITOCRACIA PARA ACCEDER AL CARGO** presentado por el bachiller ANTHONY JEAN PAUL MALLQUI BENIGNO, para optar el Título Profesional de Abogado(a), **CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 7 % de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional.**



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título correspondiente.

Lima, 14 de febrero de 2024

Firma del Asesor

DNI:

Nombres y apellidos del asesor:

Julio Augusto FERNÁNDEZ CARTAGENA



RESUMEN

Una de las potestades de la Administración Pública que más incide en la propiedad de los contribuyentes consiste en que ella ejecute forzosamente los actos expedidos por ella misma para el recupero de los tributos.

Asimismo, existe en la doctrina del derecho administrativo y tributario opiniones encontradas sobre tales potestades, las que son mencionadas en esta tesis, además, esgrimimos argumentos a favor de que la propia Administración tributaria ejecute sus propios actos sin recabar una decisión judicial que le habilite a ejecutarlos (modelo administrativo de ejecución forzosa).

Exponemos, que la función del ejecutor coactivo, es tan importante en nuestro modelo de la LPEC y las medidas dictadas en mérito de dicha ley pueden llegar a ser tan gravosas para la esfera patrimonial del contribuyente, así que para acceder a tan importante cargo debe observarse el principio de meritocracia y la autonomía funcional.

Además, discurrimos en la doctrina de la discrecionalidad administrativa, para indicar en qué casos el ejecutor coactivo tributario ejerce facultades discrecionales y cómo los límites abonan a que en esta tesis prefiramos el modelo administrativo de ejecución forzosa.

SUMMARY

One of the powers of the Public Administration that most affects the property of taxpayers is that it forcefully execute the acts issued by itself for the recovery of taxes.

Likewise, in the doctrine of administrative and tax law there are conflicting opinions about such powers, which are mentioned in this thesis, in addition, we put forward arguments in favor of the Tax Administration itself executing its own acts without requesting a judicial decision that enables it to execute them (administrative model of forced execution).

We expose that the function of the coercive executor, is so important in our model of the LPEC and the measures dictated in merit of said law can become so burdensome for the patrimonial sphere of the taxpayer, so to access such an important position the principle of meritocracy and functional autonomy must be observed.

In addition, we reflect in the doctrine of administrative discretion, to indicate in which cases the tax coercive executor exercises discretionary powers and how the limits support the fact that in this thesis we prefer the administrative model of forced execution.

AGRADECIMIENTOS:

Luego de algunos años de haber laborado en el área coactiva de la Municipalidad Distrital de La Molina, deseo agradecer al abogado Víctor Huamán y a la abogada Gisia Córdova, personas de maneras educadas y conocedoras del Derecho Público, por el conocimiento y la experiencia que coadyuvaron a reforzar, en mí, el tema versado hoy en esta tesis.

A mis amigos por creer en el *sommo*

Mallqui.

DEDICADO:

A todos los agentes y servidores que, ética y legalmente, ejercen su poder para hacer cumplir el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos.

A todas las víctimas históricas de las arbitrariedades del poder en la recaudación de los impuestos.

“Artículo XXXVI. Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por ley para el sostenimiento de los servicios públicos”

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

“Se ha dicho del poder discrecional —la frase es del excelente jurista suizo Hans Huber— que es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho.”

Eduardo García de Enterría. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CAS	“Contrato Administrativo de Servicios, Decreto Legislativo n.º 1057”
CC	“Código Civil-Decreto Legislativo n.º. 295 (24.07.1984)”
CP	“Constitución Política del Perú 1993”
CPC	“TUO del Código Procesal Civil R.M. 010-93-JUS (23.04.1993)”
CPDC	“Código de Protección y Defensa del Consumidor- Ley n.º29571”
C PENAL	“Código Penal- Decreto. Legislativo n.º 635 (08.04.1991)”
CT	“Código Tributario -TUO, Decreto Supremo N.º 133-2013-EF (22.06.2013)”
DJ	“Declaración jurada”
DL 276	“Ley de Bases de la Carrera administrativa y de Remuneraciones del Sector Público”
INDECOPI	“Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual”
IP Y AM	“Impuesto predial y arbitrios municipales”
LMLF	“Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, Ley n.º 28976- TUO, DS N.º 163-2020-PCM”
LMEP	“Ley Marco del Empleo Público, Ley n.º 28175”
LOM	“Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27972”
LPAG	“Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General- TUO, DS N.º004-2019-JUS (25.01.2019)”
LPEC	“Ley n.º 26979, Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva- TUO, Decreto Supremo N.º 018-2008-JUS”
LPCA	“Ley n.º 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo- TUO, Decreto Supremo 11-2019-JUS (04.05.2019)”
LTM	“Ley de Tributación Municipal- TUO, Decreto Supremo N.º 156-2004-EF (15.11.2004)”
OP	“Orden de Pago”
PJ	“Poder Judicial”
RC	“Resolución Coactiva”
RD	“Resolución de Determinación”
REC	“Resolución de Ejecución Coactiva”
RM	“Resolución de Multa”

RTF	“Resolución del Tribunal Fiscal”
SERVIR	“Autoridad Nacional del Servicio Civil”
SUNAT	“Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria”
STC	“Sentencia del Tribunal Constitucional”
TC	“Tribunal Constitucional”
TF	“Tribunal Fiscal”
TUPA	“Texto Único de Procedimientos Administrativos”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
1.1. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	16
1.1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.1.1.1. PROBLEMA GENERAL.....	16
1.1.1.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS O ESPECÍFICOS.....	17
1.2. OBJETIVOS DEL ESTUDIO.....	17
1.2.1. OBJETVO GENERAL	17
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	17
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.4. HIPÓTESIS Y VARIABLES	18
1.4.1. HIPOTESIS GENERAL	18
1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	18
1.4.3. VARIABLES.....	18
1.4.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	19
CAPÍTULO I.....	22
MARCO TEÓRICO.....	22
1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.2. BASES TEÓRICAS.....	24
SUBCAPÍTULO I	24
1.2.1. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA.....	24
1.2.1.1. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA	24
1.2.1.2. NATURALEZA	25
1.2.1.3. CONCEPTO	25
1.2.1.4. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA	28
1.2.1.5. TIPOS DE PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTVA	32
1.2.1.6. MARCO NORMATIVO.....	32
1.2.1.7. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS	33
1.2.1.8. EXPEDIENTE COACTIVO.....	35
1.2.1.9. DEUDA EXIGIBLE EN EL ART. 25 DEL TUO DE LA LPEC.....	36
SUBCAPÍTULO II	46
1.2.2. EL MODELO ADMINISTATIVO DE EJECUCIÓN COACTIVA	46
1.2.2.1. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN COACTIVA.....	46

1.2.2.2. FUNDAMENTOS DEL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN COACTIVA	52
A. LA AUTOTUTELA	52
B. LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ	53
C. EL DEBER DE CONTRIBUIR.....	54
1.2.2.3. ARGUMENTOS A FAVOR DEL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN FORZOSA	55
SUBCAPÍTULO III	61
1.2.3. FUNCIONES DEL EJECUTOR COACTIVO EN LA LPEC	61
1.2.3.1. COMPETENCIA.....	62
1.2.3.2. LA AUTONOMÍA FUNCIONAL Y LA MERITOCRACIA COMO GARANTÍAS PARA LOS CONTRIBUYENTES.....	63
1.2.3.3. FUNCIONES	67
SUBCAPÍTULO IV	72
1.2.4. LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	72
1.2.4.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA.....	72
1.2.4.2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	75
1.2.4.3. LA ARBITRARIEDAD.....	90
CAPÍTULO II	92
METODOLOGÍA	92
2.1. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	92
2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	92
2.3. POBLACIÓN Y MÉTODOS	92
2.3.1. POBLACIÓN Y MUESTRA DEL ESTUDIO	92
2.3.2. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	93
CAPÍTULO III	94
RESULTADOS	94
3.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS	94
3.1.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS	94
3.1.2. RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS	96
4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	102
CAPÍTULO IV.....	119
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	119
4.1. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO	119
4.2. RECOMENDACIONES.....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	121
ANEXOS	127

MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	127
FORMATOS DE:.....	128

INTRODUCCIÓN

La facultad de la ejecución forzosa de oficio es una facultad capital para nuestro sistema de derecho administrativo —para los sistemas que derivan del sistema continental europeo, donde según la doctrina es un privilegio que mantiene la Administración ante la Justicia y provendría del régimen absolutista regio¹—. Esta facultad permite a las Administraciones Públicas y en concreto a las tributarias, sin dilaciones, satisfacer el cobro de la deuda tributaria lo que permite la satisfacción del interés público, sin embargo también les faculta a afectar la esfera patrimonial y personal de los ciudadanos.

También, es consabido a nivel de la doctrina y jurisprudencia que la Administración Pública debe observar, entre otros principios, el principio de razonabilidad y proporcionalidad en el marco de todo procedimiento administrativo, cuya decisión afecte la esfera del administrado o contribuyente o limite sus derechos como ciudadano y en especial si son derechos fundamentales.

En la presente tesis explicaremos, para el marco teórico, las fases del procedimiento coactivo, la autotutela ejecutiva, el concepto de ejecutoriedad, las funciones del ejecutor coactivo, la independencia funcional de ejecutor coactivo y relación laboral, su actuación discrecional y la reglada.

En este sentido, estudiaremos las funciones del ejecutor coactivo, desarrollaremos la hipótesis consistente en que el ejecutor coactivo, contratado bajo el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) —inclusive luego de la dación de la Ley n.º 31131 y la STC sobre su inconstitucionalidad—, es pasible de presión política u otros intereses que lo apremiarían a ejecutar actos arbitrarios; del mismo modo desarrollaremos que dicha modalidad de contratación no observa en mayor medida el principio de meritocracia.

Aludiremos a “los tributos” cobrados por los gobiernos locales, asimismo, revisaremos lo referente a la exigibilidad coactiva de los valores tributarios como la resolución de determinación (RD), orden de pago (OP) y resoluciones de multa (RM).

Asimismo, con base en el Código Procesal Civil (CPC) graficaremos de manera sucinta las medidas cautelares que dicta el ejecutor coactivo y como se leen desde el derecho administrativo.

Esta tesis será analizada desde el punto de vista dogmático y socio jurídico. Respecto de la parte dogmática analizaremos la discrecionalidad administrativa y asumiremos argumentos para respaldar la preferencia o conveniencia del “modelo administrativo de ejecución forzosa”. Respecto de la parte de investigación jurídico social saldremos a las diversas municipalidades (elegidas

¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 12ma edición. Editorial Palestra-Temis. Lima-Bogotá. pp. 533 et passim.

para el presente trabajo) a recoger datos que aportarán para nuestra contrastación de las hipótesis.

En lo que atañe a la discrecionalidad y arbitrariedad de la Administración tomaremos como base el debate —aún vigente en España— y los autores destacados al respecto, no obstante lo revisaremos y propondremos nuestro concepto de la discrecionalidad administrativa desde la Constitución y el razonamiento jurídico. Estos análisis nos permitirán definir si un ejecutor actúa bajo los límites de la discrecionalidad administrativa o perpetra actos arbitrarios al momento de actuar y dictar las medidas cautelares, que dicho sea de paso, son medidas de ejecución (embargos) si nos atenemos a un esquema procesal armónico con el Código Procesal Civil.

Explicaremos la prerrogativa de “la autotutela de la Administración Pública” y cuán importante es para los sistemas que derivan del derecho europeo continental, donde al igual que en la temática de la discrecionalidad administrativa, la doctrina discurre en la pugna entre la “Administración Pública”, la ejecución de sus propios actos, y la intervención de la “magistratura judicial” antes de dicha ejecución. Particularmente, determinaremos la importancia de la autotutela ejecutiva para el sistema peruano, que emula a la legislación española en el caso de deudas pecuniarias.

Sabemos que existen varios elementos o supuestos que refuerzan la preferencia en el modelo administrativo de ejecución forzosa frente al modelo judicial o mixto, como son: el buen trabajo del tribunal fiscal al momento de resolver las quejas contra los procedimientos de ejecución coactiva tramitados por las municipalidades, los cambios legislativos que van aumentando garantías al obligado (p.ej. Ley n.º 28165), la estabilidad laboral del ejecutor coactivo con lo que se respetaría la autonomía funcional del ejecutor coactivo, la obligación del ejecutor de verificar la exigibilidad coactiva del valor tributario, la posibilidad del obligado de solicitar medida cautelar judicial para que el juez suspenda provisionalmente el procedimiento coactivo con el respectivo levantamiento de las medidas cautelares, una “efectiva” tutela judicial mediante la intervención ex post de los jueces, que en el C PENAL estén tipificados delitos que conciernen directamente al ejecutor coactivo, y, entre otros, los límites a la potestad discrecional de la Administración, en concreto, los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo al perseguir deuda por tributos municipales. Así, advertimos que son diversos los elementos que refuerzan la preferencia en el modelo administrativo de ejecución forzosa, empero por exigencias metodológicas que nos permitirá contrastar nuestras hipótesis trabajaremos con tres de ellos: lo límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo, la autonomía en el ejercicio de sus funciones y la observancia de la meritocracia para acceder al cargo.

Además, en esta tesis confirmaremos o rechazaremos una propuesta contenida en la tesis “El abuso del derecho en el procedimiento de cobranza coactiva”, Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la UNMSM del año 1998, presentada por Max López Cava.

En lo relativo a la hipótesis de si afecta o no el tipo de contrato del ejecutor coactivo, específicamente el CAS, saldremos a los diferentes municipios a realizar encuestas a los vecinos sobre la conveniencia de un funcionario especial e identificable como titular y responsable del procedimiento coactivo;

entrevistaremos a sendos ejecutores coactivos de las municipalidades materia de tesis y recabaremos datos sobre el ejercicio de sus facultades, su tipo de contratación, su autonomía funcional y la eventualidad del inicio de procedimientos disciplinarios contra ellos.

Asimismo, para sumar más argumentos sobre la conveniencia del modelo administrativo de ejecución forzosa recogeremos datos sobre la eficiencia de los procedimientos coactivos tramitados por los ejecutores de las municipalidades: en términos de conocer el porcentaje de expedientes invalidados por el “poder judicial” o el “tribunal fiscal”, a efectos de afirmar que el trámite administrativo de ejecución tiene un nivel bajo de errores.

Amén de que el presente trabajo sea novedoso para el estudiante e investigador y sirva para más investigaciones, esperamos que lo revisado y propuesto en este trabajo de tesis pueda servir para que los ejecutores y el propio Tribunal Fiscal los tomen en cuenta, al momento de resolver cuestionamientos a los expedientes coactivos.

Antes de culminar con este introito, deseo agradecer a mis padres, Paul y Gladys, y a mi noble tía Hilda, por su apoyo. Igualmente, mil gracias a mi asesor de tesis, Dr. Julio Augusto FERNÁNDEZ CARTAGENA por su tiempo, experiencia profesional y conocimiento.

Finalmente quiero agradecer a los ejecutores coactivos que muy amablemente accedieron a una entrevista pues el tiempo que me brindaron coadyuvó a que yo pueda dar por concluida este trabajo de tesis: ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA, ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA, ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ, ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN, ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ, ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE, ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO, ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL, ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA, ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE, ABOG. ALFREDO BENIGNO ROMUALDO GÓMEZ, ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS, ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA, ABOG. ALBETO GONZALO VILDOSO RIVERA y ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y DEL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

El tema o la realidad sobre el que recae esta investigación es el procedimiento de ejecución coactiva, con más precisión en la preferencia o conveniencia del modelo administrativo de ejecución forzosa para el cobro de deudas de naturaleza “tributaria municipal” y “tres” de los elementos que refuerzan la preferencia en dicho modelo.

Otro problema que solo se aprecia en la práctica, y máxime por los propios ejecutores que la padecen, es que siendo la función del ejecutor tan trascendental por las potestades que le confiere la LPEC, muchos de ellos son presionados por el grupo político u órganos gerenciales debido a que no gozan de una seguridad jurídica desde el punto de vista laboral, pues están contratados bajo el régimen del CAS.

Cabe agregar que en la tesis “El abuso del derecho en el procedimiento de cobranza coactiva” presentada en 1998 por el profesor Max López Cava para optar el grado académico de magister en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), el autor afirma que no es conveniente que la propia Administración resuelva sobre la medida cautelar ni sobre los reclamos, por la posibilidad que sus decisiones carezcan de objetividad y transparencia, asimismo, propone dicho autor igualdad entre las partes. Apreciamos que el autor cuestiona la autotutela ejecutiva para el cobro de tributos. Asunto que abordaremos en el presente trabajo, exponiendo argumentos a favor del modelo administrativo de ejecución coactiva.

1.1.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Todas las interrogantes que se formularán tendrán como referencia conceptos involucrados en el Derecho Público como la discrecionalidad, en lo que atañe a la ejecución coactiva nos referiremos a conceptos como los embargos, las modalidades de ejecución forzosa de la “Administración Pública”, función del ejecutor coactivo; además tendrán como referencia diversos datos que involucran los expedientes coactivos tramitados en el periodo comprendido por los años 2018 al 2019 en dieciséis municipalidades distritales de la provincia de Lima.

1.1.1.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cómo inciden los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo, la autonomía en el ejercicio de sus funciones y la exigencia de meritocracia para el acceso al cargo, en la preferencia del modelo administrativo de la ejecución forzosa de la LPEC?

1.1.1.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS O ESPECÍFICOS

1. ¿Ejerce el ejecutor coactivo potestad discrecional? ¿El actuar discrecional del ejecutor coactivo significa arbitrariedad? ¿Hay particularidades en el ejercicio de la potestad discrecional desempeñada por el ejecutor coactivo que persigue deuda por tributos municipales?
2. ¿La modalidad del contrato CAS, luego de la vigencia de la Ley n.º 31131 y de la STC Exp. n.º 013-2021-PI/TC, garantiza la autonomía y la observancia de la meritocracia para el acceso al cargo del ejecutor coactivo?

1.2. OBJETIVOS DEL ESTUDIO

1.2.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar mediante la doctrina, diversos datos recabados a través de encuestas y entrevistas la preferencia o conveniencia del modelo administrativo de ejecución coactiva llevada a cabo por parte de la Municipalidades para el cobro de lo adeudado por tributos municipales.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Proponer un concepto de discrecionalidad administrativa y explicar su vinculación al ordenamiento jurídico, así como la relación del concepto de discrecionalidad con el de arbitrariedad. Determinar que los ejecutores coactivos, al perseguir deuda tributaria, tienen una vinculación con la legalidad diferente a otros agentes administrativos.

Determinar si la modalidad bajo la cual es contratado el ejecutor coactivo (CAS o DL 276) incide en su autonomía funcional, habida cuenta de las presiones del grupo político, y si dicha modalidad de acceso al cargo observa en mayor medida el principio de meritocracia; asimismo, conocer la apreciación de diversos ejecutores coactivos sobre el tema mencionado.

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo propondremos un concepto de discrecionalidad administrativa distinta a la empleada por la doctrina administrativa tradicional.

Conoceremos como inciden los límites a la discrecionalidad administrativa en materia de ejecución forzosa de tributos en el modelo administrativo de ejecución forzosa en la LPEC.

Esta investigación nos dará a conocer si el tipo de contrato puede afectar en la independencia o autonomía funcional del ejecutor coactivo y lo atinente al principio de meritocracia.

Asimismo, con los resultados de este trabajo podremos, confirmar o rechazar una de las propuestas realizadas (referente a que no es conveniente la

ejecución de oficio de la Administración Tributaria) en el trabajo de tesis de magister en Derecho y Ciencia Política en la UNMSM, año 1998, titulada “El abuso del derecho en el procedimiento de la cobranza coactiva”.

1.4. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.4.1. HIPOTESIS GENERAL

Los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo, la observancia de la autonomía funcional y de la meritocracia para el acceso al cargo refuerzan la preferencia en el modelo administrativo de la ejecución forzosa en la LPEC por deudas de tributos municipales.

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

Hipótesis Dogmáticas y Mixtas

1. El ejecutor coactivo sí ejerce una potestad discrecional. Particularmente la potestad discrecional del ejecutor coactivo que persigue deuda tributaria es diferente de la que aplica cualquier otra autoridad administrativa que no ejerce potestad tributaria.
2. El acceso al cargo por parte del ejecutor coactivo mediante la modalidad CAS afecta su autonomía funcional y no observa en mayor medida el principio de meritocracia como sí lo hace el DL n.º 276.

1.4.3. VARIABLES

Siendo este trabajo de investigación uno mixto, abordamos la presente investigación desde los puntos de vista jurídico normativo-dogmático y socio-jurídico.² Propondremos hipótesis que tendrán variables y otras no,³ en este trabajo solo hablaremos de variables independientes y dependientes en lo que atañe a la parte de la investigación descriptiva correlacional.

HG : Hipótesis General

HE : Hipótesis Específica

Vi : Variable independiente

Vd : Variable dependiente

² RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2014). “Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento”. 2a. edición, GRIJLEY, Lima, p. 141.

³ “El uso de variables en investigación de índole dogmático, filosófico, histórico es un despropósito”. *Ibidem.* p. 131.

V : Variable

HIPÓTESIS GENERAL

Esta hipótesis corresponde a la investigación Descriptivo-Correlacional.

Variabes Independientes Generales:

Los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo.

La modalidad de contratación que observe en mayor medida la autonomía funcional y la meritocracia para el acceso del cargo

Variable Dependiente General:

El modelo administrativo de ejecución coactiva.

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HE 1: Esta hipótesis corresponde a la investigación jurídico dogmática

Proposición: Potestad discrecional del ejecutor coactivo al perseguir deudas por tributos municipales.

HE 2: Esta hipótesis corresponde a la investigación mixta

Vi1: La modalidad de contratación del ejecutor coactivo bajo la modalidad CAS

Vd2: Es susceptible de afectarse la autonomía del ejecutor coactivo en el ejercicio de su cargo y de no observar el principio de meritocracia.

1.4.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.4.1. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Para los resultados de la presente investigación se recoge diversa información para sustento de las hipótesis planteadas, respecto de procedimientos coactivos tramitados desde el 02 de enero de 2018 hasta el 30 diciembre de 2019.

1.4.4.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

En la presente investigación se recopila información sobre trámite coactivo llevada a cabo por los ejecutores coactivos de las municipalidades de los distritos de “Ate, Breña, Independencia, Jesús María, La Molina, Lince, Magdalena del Mar, Miraflores, Pueblo Libre, Rímac, San Isidro, San Juan de Lurigancho, San Martín de Porres, San Miguel, Santa Anita y Surquillo”. Hemos elegido las municipalidades según la estructura socioeconómica de la población: a municipalidades con un mayor porcentaje en su población AB, C y a municipalidades con un mayor porcentaje en su población con los sectores D y E, según el cuadro N.º 11 de

Cuadro N° 11
Lima metropolitana 2019: Estructura socioeconómica de la población por zonas geográficas

Zonas	Distritos	Población		Estructura socioeconómica (% horizontal)			
		Miles	% sobre total	AB	C	D	E
LIMA NORTE	Carabayllo, Comas, Independencia, Los Olivos, Puente Piedra, San Martín de Porres	2,627.6	24.8	22.9	44.1	27.6	5.4
LIMA CENTRO	Breña, La Victoria, Lima, Rímac, San Luis	828.4	7.8	33.1	43.3	20.2	3.5
LIMA MODERNA	Barranco, Jesús María, La Molina, Lince, Magdalena del Mar, Miraflores, Pueblo Libre, San Borja, San Isidro, San Miguel, Santiago de Surco, Surquillo	1,416.0	13.4	76.8	17.4	4.5	1.3
LIMA ESTE	Ate, Chaclacayo, Cieneguilla, El Agustino, Lurigancho, San Juan de Lurigancho, Santa Anita	2,616.4	24.7	17.7	45.7	29.6	7.0
LIMA SUR	Chorrillos, Lurín, Pachacamac, San Juan de Miraflores, Villa el Salvador, Villa María del Triunfo	1,839.8	17.4	13.3	53.4	27.4	5.9
CALLAO	Bellavista, Callao, Carmen de la Legua Reynoso, La Perla, La Punta, Mi Perú, Ventanilla	1,100.4	10.4	21.7	45.9	23.6	8.8
BALNEARIOS	Ancón, Pucusana, Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo, Santa María del Mar, Santa Rosa	152.4	1.4	9.7	39.9	37.7	12.7
TOTAL LIMA METROPOLITANA		10,580.9	100.0	27.7	42.6	24.1	5.6

FUENTE: APEIM - Estructura socioeconómica 2018
ELABORACIÓN: DEPARTAMENTO DE ESTADÍSTICA - C.PI.

1.4.4.3. DELIMITACIÓN SOCIAL

Se realizarán encuestas a cincuenta (50) contribuyente de cinco (5) municipalidades distritales [a quienes se les abordará en las plataformas de atención] y se entrevistarán a dieciséis (16) ejecutores cuyas municipalidades abarcan este trabajo indicadas.

Los ejecutores entrevistados son:

Ejecutor(a) Coactivo	Municipalidades
ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA	Ate
(E) ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA	Breña
ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ	Independencia
ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN	Jesús María
ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ	La Molina
ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE	Lince
ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO	Magdalena del Mar
(E) ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL	Miraflores

ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA	Pueblo Libre
ABOG. CECILIA NORIEGA JARAMILLO	Rímac
ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE	San Isidro
ABOG. ALFREDO BENIGNO ROMUALDO GÓMEZ	San Juan de Lurigancho
(E) ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS	San Martín de Porres
ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA	San Miguel
ABOG. ALBETO GONZALO VILDOSO RIVERA	Santa Anita
ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA	Surquillo

1.4.4.4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La presente investigación está enmarcada en la disciplina del derecho administrativo y del derecho tributario municipal. Los conceptos que abarca son la discrecionalidad en el derecho administrativo y el procedimiento de cobranza coactiva en el recupero de deudas por tributos municipales, así como los precedentes del tribunal fiscal en materia de cobranza coactiva al perseguir las deudas de tributos municipales.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

- LÓPEZ CAVA, Máx. (1998). “El abuso del derecho en el procedimiento de la cobranza coactiva”. Tesis presentada para optar el grado académico de Magister en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Este trabajo es pionero en la investigación sobre la ejecución coactiva. Entre las afirmaciones que destacamos son: i) que no es conveniente que la propia administración tributaria dicte la medida cautelar como la de embargo y sea la que resuelva los reclamos, ii) existe mayor abuso por parte de los ejecutores coactivos en los distritos donde los ciudadanos no conocen aspectos sobre la cobranza coactiva y iii) el deudor toma conocimiento que se le ha iniciado el cobro coactivo cuando se da con la sorpresa de que pende sobre él, la medida de embargo en ejecución, última etapa del proceso coactivo.

- SAAVEDRA VERGARA, Jorge Luis y AMAYA LEIVA, Miller. (2016). “Ejecución de Cobranza coactiva por multa administrativa y su incidencia en la liquidez de la Empresa Inversiones Renzo E.I.R.L, en el distrito de Tarapoto, año 2016”. Tesis para optar el título profesional de Contador Público en la Universidad Nacional de San Martín-Tarapoto, Facultad de Ciencias Económica, Escuela de Contabilidad.

Los autores confirman su hipótesis referida a que “la ejecución de cobranza coactiva incide negativamente en la liquidez de la empresa” por cuanto se evidenciaron “pérdidas considerables que afectaron al patrimonio y activo corriente, y por ende la liquidez de la empresa”.

- CARBAJAL GIL, Viviana Vanessa. (2016). “Afectación del procedimiento de cobranza coactiva en el Servicio de Administración Tributaria de Trujillo (SATT) con la revisión judicial como causal de suspensión del procedimiento y el levantamiento de las medidas cautelares.” Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho con mención en Derecho Tributario en la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Este autor concluye que “en el Perú resulta simple suspender el procedimiento de cobranza coactiva, con la simple interposición de la demanda de revisión judicial”. Apoyada en entrevistas a ejecutores y auxiliares coactivos expone que con la dación del numeral 23.3 del art. 23 de la LPEC se ha habilitado “la posibilidad facilista” de obtener la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva y el levantamiento de

sus embargos a voluntad de los administrados, indica que sería una autotutela sujeta a condición. Asimismo concluye que para el año 2012, ante el SAAT, existió una presentación indiscriminada de solicitudes de suspensión amparándose en la sola presentación de la demanda de revisión judicial.

- VELARDE GUEVARA, Manuel Alejandro. (2019). “La ineficacia del procedimiento de ejecución coactiva para garantizar el crédito público causa desencadenante de la multiplicación de regímenes diferenciados para la ejecución de obligaciones no tributarias”. Tesis para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

Este autor concluye en “la ineficacia de la Ley n.º 26979 para garantizar el crédito público” debido a las modificaciones introducidas por la Ley n.º 28165 que alteraron el esquema de las obligaciones de dar suma de dinero con la ‘suspensión automática’ del procedimiento de ejecución coactiva (num. 16.1.e y 23.3 de la LPEC) y el consecuente levantamiento de los embargos (num. 16.5). Lo que propició a legislar “en favor de procedimientos sectoriales diferenciados, con el objetivo de facilitar la ejecución coactiva de sanciones administrativas”, p. ej., tenemos al Indecopi, Oefa y lo relativo a la ejecución de las papeletas de tránsito.

Asimismo, propone una feliz solución a los posibles excesos de la autotutela administrativa y, por otra parte a su ineficacia, al exigir una verificación, una vez “formalizada la controversia, de qué debe prevalecer en el caso concreto: si la ejecutividad o la situación jurídica del particular afectado”, con lo que la solución solo se encuentra en el sistema de tutela cautelar, “permitiendo que el juez decida oportunamente sobre la ejecutividad”. Propone una “solicitud de suspensión accesoria a la presentación de la demanda” en lo contencioso-administrativo, donde se asegure la deuda a través de una garantía sin desconocer la potestad del juez en el proceso contencioso-administrativo.

1.2. BASES TEÓRICAS

SUBCAPÍTULO I

1.2.1. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA

1.2.1.1. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA

De la revisión de los cuerpos normativos tenemos como antecedente remoto al Código de Enjuiciamiento Civil de 1852, la que en su sección segunda regulaba “sobre juicios extraordinarios: los juicios ejecutivos, juicios coactivos y el pago”; además trató sobre los terceros opositores.

Luego la figura del cobro coactivo la observamos en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuyo art. 1347 estableció “Las contribuciones y deudas públicas se cobrarán conforme a las disposiciones del Código de Enjuiciamiento en Materia Civil y demás disposiciones vigentes en la actualidad, que continuarán rigiendo mientras se expida ley especial”.⁴

El primer ordenamiento sistemático y técnico⁵ sobre la cobranza coactiva fue la Ley n.º 4528, promulgada el 29 de setiembre de 1922 durante el gobierno de Augusto B. Leguía, se denominó “Ley de Facultades Coactivas”. Dicha ley derogó a través de su art. 7 al art. 1347 de Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Habida cuenta tal marco legal, el procedimiento coactivo era instruido por los jueces coactivos ubicados en el Banco de la Nación y en las Gerencias de Rentas de las Municipalidades con el nombre de los síndicos de rentas, estos órganos conocían desde la demanda y solo embargaban.

En el poder judicial encontrábamos a los jueces de paz de primera instancia quienes recibían los embargos realizados, estos procedían con la tasación y remate. Acá aún advertimos el procedimiento coactivo concebido en dos fases: la administrativa y judicial.

En materia de ejecución coactiva se emitieron varias leyes como n.º 6014, n.º 7200, n.º 8614, n.º 10941, n.º 14816, n.º 15746 y n.º 16043. Estas leyes no solo ocasionaron confusión en los administrados sino también en la Administración Pública y tributaria.

Con fecha 31 de diciembre de 1968, se promulgó el Decreto Ley n.º 17355, que derogó toda la normativa en materia coactiva dispersa existente hasta dicha fecha. Este Decreto otorgaba competencia de modo general a toda entidad conformante del sector público nacional para dictar medidas y realizar actos de coerción. Así el artículo 1º señalaba que la Administración Pública del Sector Público Nacional, ejercerá los actos de coerción para el cobro o de “ejecución

⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2001). “Procedimiento Coactivo”. 7ma edición. IDEMSA. Lima. p. 21. El citado autor afirma que desde su concepción esta clase de procedimiento ha tenido defectos, anomalías, lo que motivó a su constante mutación a lo largo del tiempo, agregando que “este artículo constituye la formalización del procedimiento coactivo, aunque concebido de manera simplísima”.

⁵ *Ibidem*. p. 22.

forzosa que le atañen dentro de su potestad ejecutiva por medio del juzgado coactivo competente al cual se atribuyen las facultades necesarias para cumplir tales funciones”. Asimismo, esta Ley determinó el término juez coactivo para el funcionario encargado de la cobranza coactiva en el Banco de la Nación, Ministerios, Municipalidades, Aduanas y para la Dirección General de Contribuciones (hoy SUNAT).

De modo posterior se expide la Ley n.º 26979, la “Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva”, la que abroga el Decreto Ley n.º 17355. Aquella Ley tiene el mismo objeto que el abrogado Decreto Ley n.º 17355, sin embargo, aquella restringe la facultad de ejercer actos de ejecución coactiva a las entidades de la Administración Pública (nacional, regional y local, según su actual TUO) que están facultadas por Ley, esto significa que la Ley debe otorgar expresamente esta facultad de exigir coactivamente el pago de las acreencias o ejecutar actos administrativos que contengan obligaciones de hacer o no hacer. En este sentido, el artículo 2º de la Ley n.º 26979 al definir a la “entidad o entidades” señaló que “es aquélla de la Administración Pública Nacional que está facultada por Ley a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer”.

La Ley n.º 26979, la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva es la que se encuentra actualmente vigente con algunas modificaciones que se han realizado.

1.2.1.2. NATURALEZA

El procedimiento de ejecución forzosa en nuestro ordenamiento jurídico pertenece al “régimen administrativo”. La ejecución coactiva para el recupero de lo adeudado a la entidad pública (en el caso de nuestra tesis, la Municipalidad) se puede ejercer en virtud de la autotutela, el principio de ejecutoriedad y la presunción de validez o legitimidad de los actos de la administración, por la misma municipalidad, esto es, la misma entidad determina la deuda (tributaria, para el caso de nuestra tesis), notifica, verifica su exigibilidad coactiva, inicia el procedimiento, dicta los embargos, y ejecuta dichos embargos para tal recupero.

1.2.1.3. CONCEPTO

En Argentina, para la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer y no hacer se impetra la acción al Poder Judicial: modelo judicial. Doctrina argentina afirma que el principal límite a la función administrativa de ejecutar el acto es el principio de que toda ejecución sobre “personas y bienes del administrado debe estar dispuesta por los jueces”.⁶ Esta doctrina sostiene que es una exigencia constitucional que el órgano judicial competente disponga, como regla general, la ejecución coactiva de un acto administrativo sobre la persona o los bienes del

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. Tomos I. Segunda edición. Palestra Editores. Lima. p. 776. Agrega el autor que este principio admite “excepciones vinculadas a la necesidad que tiene la Administración”, excepcionalmente “al uso de la coacción para cumplir con las funciones asignadas” que le son inherentes.

administrado.⁷ Cabe agregar que, en el caso de deuda tributaria el procedimiento de ejecución fiscal es mixto.

En España, modelo más afín al nuestro, al procedimiento de ejecución forzosa por la propia Administración es conocido como el procedimiento de 'apremio sobre el patrimonio', la doctrina indica que es el más general en la medida "que los deberes administrativos se concretan usualmente, en forma directa o indirecta, en deudas pecuniarias (multas, impuestos y contribuciones, tasas, créditos contractuales en favor de la Administración, etc.)"⁸

El Dr. Hinojosa Minguez señala que "el procedimiento coactivo, denominado también de cobranza coactiva o procedimiento de ejecución coactiva, es aquel conjunto de actos de coerción que las distintas instituciones de la Administración Pública llevan a cabo para realizar el cobro o la ejecución forzosa de las obligaciones de Derecho Público."⁹ A su vez indica que este procedimiento es de naturaleza "sui generis".

Los Dres. Danós Ordoñez y Zegarra Valdivia explican que "mediante el procedimiento de ejecución o cobranza coactiva las entidades que forman parte de la Administración Pública persiguen el cobro forzoso de acreencias pecuniarias y otras obligaciones de derecho público, independientemente de la voluntad del obligado, estando facultadas para detraer del patrimonio jurídico del deudor bienes y derechos hasta la satisfacción de lo adeudado."¹⁰

Para el profesor Armando Mendoza Ugarte la ejecución forzosa "es una de las manifestaciones de la autotutela ejecutiva en la cual la Administración utiliza la coacción para dar cumplimiento a lo ordenado por un acto administrativo previo, sin importar la resistencia activa o pasiva que pueda presentar el sujeto obligado por tal decisión". Es una "simple actuación material que debe estar siempre precedida por un acto administrativo y por la intimación de su cumplimiento. Bajo tal premisa: i) que la Administración decida el cumplimiento de una obligación no será más que la expresión de una voluntad; ii) que mediante la intimación se requiera su cumplimiento no será más que la posibilidad que tal voluntad se cumpla; iii) que entre lo ordenado y lo realizado exista concordancia, eso será ejecución forzosa."¹¹

El Dr. José Estela Huamán expresa que el procedimiento de ejecución coactiva "es un procedimiento administrativo donde no se dicta acto administrativo sino se realiza el hecho administrativo".¹² Agrega el autor que "[l]a ejecución forzosa

⁷ *Ibidem*. p. 778

⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 848.

⁹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2001). Procedimiento Coactivo. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego. (1999). El procedimiento de ejecución coactiva. *Gaceta Jurídica*. Lima. p. 14.

¹¹ MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). *La Ejecución Coactiva*. Segunda edición. Jurista Editores. Lima. pp. 49-50.

¹² ESTELA HUAMÁN, José Alberto. (2012). El procedimiento de ejecución coactiva. En: *Revista de Derecho Administrativo* N.º 11. PUCP. Lima. p. 235. [consulta: 21 abril 2021]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13556>

es un mecanismo de ejecución obligada por la Administración Pública, previo apercibimiento al obligado para procurar el cumplimiento de las obligaciones y deberes generados al administrado en un acto administrativo, por la negativa del administrado de cumplir en forma espontánea con las mismas, salvo en los casos en que se suspenda la ejecución de acuerdo a la Constitución o la Ley, cuando sean exigidas por la intervención de los órganos jurisdiccionales.”¹³ Asimismo, manifiesta que el procedimiento de ejecución coactiva “nace como una manifestación de la autotutela de la Administración, en el sentido que es el procedimiento que utilizan las entidades de la Administración Pública para hacer efectivo el acto administrativo que éstas [sic] emiten a los administrados.”¹⁴

El profesor Dante Camus Graham opina que “el procedimiento administrativo de ejecución coactiva consiste en una serie de actos, dentro de un procedimiento, realizados por el Estado, representado por el ejecutor coactivo, a fin de proceder coactivamente en contra de los contribuyentes que no hayan cumplido en forma voluntaria sus obligaciones tributarias dentro del plazo fijado por la ley”.¹⁵

Para nuestra tesis, afirmamos que “el procedimiento de ejecución coactiva”, que se efectúa por las entidades públicas (que aplican el código tributario) y por los gobiernos locales para la cobranza de sus adeudos tributarios, regulado por el TUO de la LPEC, es un PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, es una manifestación de la autotutela ejecutiva de la Administración, que debe cumplir los requisitos y características de dicho TUO de la LPEC pero también debe observar los principios del TUO de la LPAG. Máxime porque así lo prescribe el **principio del debido procedimiento** del numeral 1.2 del art. IV del TUO de la LPAG, toda vez que como ya se indicó el procedimiento de cobranza coactiva es un procedimiento administrativo y a los procedimientos administrativo se les aplica fundamentalmente los principios, establecidos de modo *numerus apertus*, del art. IV del TUO de la LPAG. El “procedimiento de ejecución coactiva” está enderezado a lograr la satisfacción del crédito a favor de la Administración o el cumplimiento de una obligación impuesta a un administrado, pudiéndose cumplir por la propia Administración o por medio de un tercero a costas del obligado, estando ella habilitada para afectar el patrimonio jurídico del obligado.

Además, se deben aplicar en cuanto no contravengan las reglas del procedimiento coactivo (administrativo) los principios y reglas del CPC debido a que el esquema del procedimiento coactivo (administrativo) es idéntico al proceso ejecutivo (judicial), de hecho, las medidas cautelares (de embargo) son particularmente las mismas. Del mismo modo, en lo que atañe a las disposiciones CPC se aplican por remisión para el exhorto (en caso de ejecución de embargo fuera de la competencia territorial), la tasación y el remate. Es decir, en el procedimiento de cobranza coactiva el ejecutor podrá aplicar con base en la subsidiaridad e inclusive en la interpretación analógica las normas del CPC, pues la regulación de la LPEC y de la propia LPAG es sucinta en comparación

¹³ *Ibidem*, p. 238.

¹⁴ *Ibidem*, p. 239.

¹⁵ CAMUS GRAHAM, Dante. (2013). “Casuística tributaria. El deber de contribuir y la cobranza coactiva. Un enfoque constitucional (Cobranza administrativa o judicial)”. En: El procedimiento de cobranza coactiva. Doctrina y casuística. Fondo Editorial de la UNMSM. Lima. pp. 54-55.

al desarrollo del CPC y como se indicó la regulación en cuanto embargos y el trámite ejecutivo es idéntico; cabe agregar que cuando se interpreta por analogía no se debe agravar la situación jurídica del administrado, o sea, no se debe restringir derechos¹⁶ conforme lo establecido en el ordenamiento jurídico patrio:

La CP de 1993, en el inc. 9 del art. 139 señala:

“Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139º.-Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.”

Del mismo modo el art. IV del Título Preliminar del Código Civil señala que:

“Aplicación analógica de la ley

Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.”

1.2.1.4. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA

El presente procedimiento coactivo comprende cuatro (04) etapas: la notificación de la REC, el embargo, la tasación y el remate.

1. Así el presente procedimiento coactivo inicia con la notificación de la “Resolución de Ejecución Coactiva (REC)” que es la Resolución n.º Uno (01), la que otorga un plazo de siete (07) días hábiles al ejecutado para que cumpla con la obligación bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar o de iniciarse la ejecución forzada de la misma, en caso ya se haya trabado alguna medida cautelar previa, artículos 14 y 29 del TUO de la LPEC.
2. Como ya indicamos, las disposiciones sobre las medidas cautelares son similares a las reguladas en nuestro CPC de 1993, por lo que en un procedimiento coactivo para exigir el cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer el ejecutor podrá usar todas las medidas cautelares del CPC¹⁷. Sin embargo, en el caso de la cobranza de una deuda tributaria —lo que es materia de nuestra tesis— las medidas cautelares¹⁸ a usar serían las que se conocen como medidas específicas o asegurativas para una futura ejecución forzosa, que justamente son las reguladas en el art. 33 del TUO de la LPEC: “Art.33º.- Formas de embargo”, debido a que la obligación es un dar dinero.

En este último aspecto, el art. 642 del CPC señala:

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial. (2011). El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP. Décima edición. Lima. p. 269. Dicho autor explica además otros principios que hay que tomar en cuenta al aplicar la integración por analogía.

¹⁷ Puntualizamos que tendrá que usar medidas cautelares que se condigan con la naturaleza del procedimiento coactivo como p. ej. no sería compatible la medida cautelar de anotación de demanda, pues en este procedimiento no hay demanda.

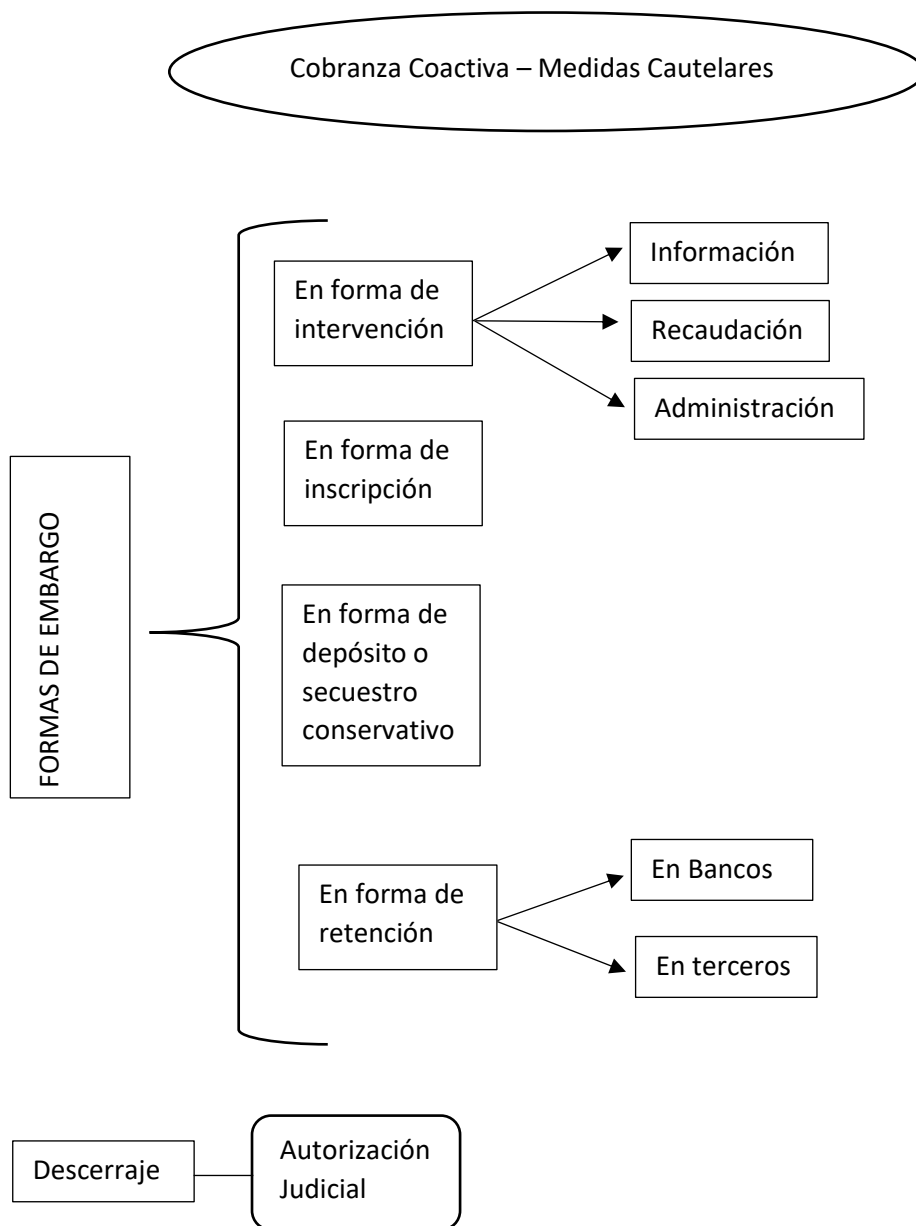
¹⁸ Las que en el esquema de las medidas cautelares del CPC se traducen en medidas ejecutivas en el caso del proceso en su etapa de ejecución. Esta precisión es expuesta por MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). La Ejecución Coactiva. *Op. cit.*, pp. 336 *et passim*.

“Embargo.-

Artículo 642.- Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.”

En el ámbito del proceso civil, las medidas cautelares que mejor garantiza un crédito son las medidas cautelares específicas o de futura ejecución forzosa. Y entre ellas tenemos a los embargos y al secuestro.

Siguiendo a la LPEC presentamos un gráfico donde se indica cuales son las medidas de embargo empleadas en el procedimiento de cobranza coactiva seguida por deuda tributaria de los gobiernos locales.



Asimismo, conveniente es apreciar que en el área del proceso civil, las sentencias que llegan a ejecución forzada son las de condena, esto es **las que condenan a una obligación de dar, hacer o no hacer** al perdedor del proceso. Estas medidas han sido trasuntadas al campo del derecho administrativo, es así que en los procedimientos administrativos, los actos que serán llevados a un “procedimiento de ejecución coactiva” son los actos administrativos que contengan una obligación **de dar, hacer o no hacer**.

Así el art. 205 del TUO de la LPAG señala que:

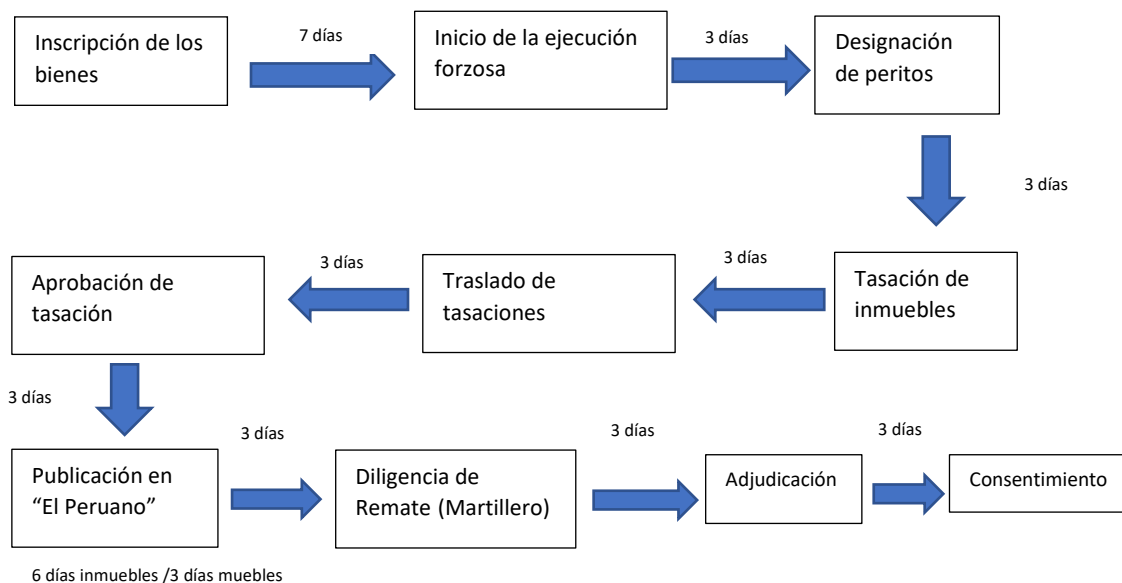
“Art. 205.- Ejecución Forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.”¹⁹

3. Sobre la tasación cabe indicar que esta etapa sigue las reglas del propio CPC, pues así lo indica el TUO de la LPEC. Esta etapa consiste en la valoración de los bienes del deudor, sean mueble o inmuebles, que se encuentran bajo alguna medida cautelar —léase embargos—. El Ejecutor Coactivo solicita que los peritos profesionales realicen la tasación.
4. Con el remate se realiza la venta de los bienes en subasta pública. Estos bienes que se encuentran previamente embargados y tasados pertenecen a la persona obligada y serán adjudicados al mejor postor. Esta etapa igualmente sigue las normas del CPC.

A continuación presentaremos el esquema del **PROCESO DE REMATE**:



¹⁹ “[d]ebe existir un acto administrativo para que la administración pueda ejecutar la obligación, el cual debe disponer que el administrado realice una conducta de realización material”, en ESTELA HUAMÁN, José Alberto. (2012). “El procedimiento de ejecución coactiva”. *Op. cit.*, p. 239. Agregamos que en el caso de deudas por tributos municipales esta conducta consiste en un dar una suma de dinero.

Entonces, la ejecución forzada inicia con la orden de remate y finalizará cuando se haga el pago íntegro del tributo adeudado con el producto del remate, o en todo caso, finalizará si es que el ejecutado paga íntegramente la obligación e intereses, las costas y costos del procedimiento coactivo. La 'resolución del inicio de la ejecución forzosa' (del art. 33-B del TUE de la LPEC) puede contener la orden de remate o esta se puede notificar en otra resolución.

1.2.1.5. TIPOS DE PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA

Por otro lado, es de indicar que en nuestro ordenamiento jurídico hallamos tres procedimientos coactivos:

Para la cobranza de deuda de carácter tributaria rige el "TUE del Código Tributario, DECRETO SUPREMO N° 133-2013-EF" promulgado el 22 de junio de 2013. El Código Tributario es aplicado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), cabe agregar que para la cobranza coactiva la Sunat aplica el reglamento denominado "Resolución de Superintendencia n.º 216-2004/SUNAT- Reglamento del procedimiento de cobranza coactiva de la SUNAT", publicado el 25.09.2004 y vigente a partir del 26.09.2004.

Para la ejecución de obligaciones no tributarias a favor de las Entidades de la Administración Pública, rige el "TUE de la Ley n.º 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva" y sus reglamentos.

Para la cobranza de deuda tributaria a favor de los gobiernos locales rige el procedimiento coactivo regulado por el "TUE de la Ley n.º 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva" y sus reglamentos.

1.2.1.6. MARCO NORMATIVO

Como ya se reseñó ante el cúmulo de leyes y normativa dispersa se promulgó la Ley n.º 17355. Esta Ley fue abrogada por la Ley n.º 26979, Ley del Procedimiento de ejecución coactiva, aprobada el 23 de setiembre de 1998.

Como marco normativo vigente tenemos:

A nivel de Leyes y decretos legislativos

Ley n.º 26979 (23/09/1998): "Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva".

Ley n.º 28165 (10/01/2004): "Ley que modifica e incorpora diversos artículos a la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva N° 26979".

Ley n.º 28892 (15/10/2006): "Ley que modifica la Ley de procedimiento de ejecución coactiva N° 26979, modificada por la Ley N° 28165".

Decreto Legislativo n.º 1014 (16/05/2008): "Decreto legislativo que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura".

Ley n.º 30076 (19/08/2013): Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana.

Ley n.º 30185 (06/05/2014): “Ley que modifica el artículo 23 de la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, sobre la revisión judicial del procedimiento”.

A nivel de reglamentos

Decreto Supremo n.º 036-2001-EF (06/03/2001): “Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva”. Aún se encuentran algunas de sus disposiciones vigentes.

Decreto Supremo n.º 069-2003-EF (27/05/2003): “Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva”. Es el reglamento vigente.

Modificaciones a los reglamentos

Decreto Supremo n.º 201-2011-EF (10/11/2011): Modifican el Artículo 9º del Reglamento de la “Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva” aprobado por el Decreto Supremo N° 069-2003-EF

Decreto Supremo n.º 154-2014-EF (26/06/2014): Modifican el numeral 4.3 del artículo 4º del Reglamento de la “Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva” aprobado por el Decreto Supremo N° 069-2003-EF

Como Texto Único Ordenado (TUO) tenemos

Decreto Supremo n.º 018-2008-JUS, TUO de la Ley n.º 26979.

Este es todo el cuerpo normativo que se aplica en los actuales procedimientos de ejecución coactiva llevada a cabo por los gobiernos locales y por las demás entidades de la Administración Pública, en lo que atañe a estas últimas, también tienen regulación propia o sectorial expedida para los procedimientos de cada entidad, no obstante, tienen que seguir los principios y esquemas trazados en la Ley n.º 26979 y los principios del procedimiento administrativo general.

1.2.1.7. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS

Los principios que podemos advertir son:

El principio de autotutela: En merito a la autotutela conferida a los diferentes organismos del Estado, estos tienen la facultad de dictar o declarar un acto y de ejecutar coactivamente por sí mismos tales actos administrativos (sus propios actos declarados) o valores tributarios válidos sin que tengan que ventilarlos en la vía judicial. El ordenamiento le confiere a la Administración Pública las denominadas autotutela declarativa y ejecutiva. Esta última, la autotutela

ejecutiva, “supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros”.²⁰

Principio de legalidad: Como ya se indicó solo pueden actuar o ejercer la facultad coactiva aplicando el TUO de la LPEC las entidades de la Administración Pública Nacional, Regional y Local, que están **facultadas por ley** a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer, conforme el literal a del art.2 del TUO mencionado. Además, como se desarrollará el ejecutor coactivo al perseguir deudas tributarias se encuentra vinculado positivamente a la legalidad (vinculación positiva).

A su vez, este procedimiento es caracterizado por:

Ser de naturaleza administrativa: Como se mencionó es tramitado a instancia de los gobiernos locales y debe regir los principios del derecho público administrativo, debiendo primar el interés público y se debe procurar el bien común. Podría decirse que se desarrolla en el marco del Derecho Municipal, pero sobre esto cabe puntualizar que esta disciplina del Derecho Municipal “no constituye un Derecho con autonomía conceptual ni científica” sino que integra el Derecho Administrativo y no es un derecho especial.²¹

La celeridad procesal: En este aspecto al ser este un procedimiento ejecutivo, la finalidad de este procedimiento no es determinar el acto a cobrar (en nuestra tesis una deuda tributaria municipal), sino ejecutar este acto ya determinado, con las características de ser una deuda ya cierta y exigible. No admite demora ni dilación pues la contradicción o algún cuestionamiento o reparo se da en el procedimiento previo mediante un procedimiento contencioso, vía la reclamación o la apelación.

Es inimpugnable: Tanto la resolución de ejecución coactiva como las resoluciones coactivas expedidas en el decurso del procedimiento coactivo no son susceptibles de los recursos de reconsideración ni de apelación. No obstante, como estas resoluciones de ejecución (sin ser actos administrativos) causarán efectos en la esfera de los particulares, el administrado-contribuyente puede ejercer su derecho de contradicción con respaldo en su derecho constitucional a la petición, numeral 2 del art. 20 de la CP de 1993. Este derecho también se encuentra regulado en el art. 117 del TUO de la LPAG, que comprende el derecho de presentar solicitudes en interés particular e incluye el contradecir los actos de la Administración y cuestionar actuaciones procesales como los embargos. Cabe puntualizar que la RTF N.º 615-2-2006 precisó que los requisitos exigidos por los numerales 1 y 2 del art. 15 del TUO de la LPEC son exigidos a las RECs mas no a las demás resoluciones emitidas con posterioridad a la REC. Por ello respecto de las resoluciones coactivas expedidas en el marco del procedimiento coactivo, pueden ser cuestionados en razón de su “competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento regular” siguiendo la regulación de los actos administrativos.²² En este sentido,

²⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). “Curso de Derecho Administrativo”. *Op. cit.*, p. 556.

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 130

²² En el mismo sentido MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). “La Ejecución Coactiva”. *Op. cit.*, p. 286.

si p. ej. se dictara una medida de embargo, mediante resolución coactiva, que sobrepase la deuda materia de cobranza coactiva, en virtud a este derecho de petición administrativa es que podemos solicitar que la Administración (ejecutor coactivo) revise la proporcionalidad de la medida dictada. Del mismo modo, en caso ya no exista mérito para que la medida de embargo subsista o el mismo procedimiento coactivo, mediante este derecho de petición podemos hacer llegar al ejecutor coactivo nuestra “solicitud” de suspensión del procedimiento o el levantamiento de las medidas de embargo pues acaso los hechos que ameritaban que el ejecutor las dicte ya variaron.

La responsabilidad de los funcionarios: “El Ejecutor como el Auxiliar Coactivo son responsables civil, administrativa y penalmente” por el modo en que se lleva el procedimiento de ejecución coactiva. En caso del TUO de la LPEC, el art. 22 tipifica la responsabilidad civil del Ejecutor y Auxiliar (también de la Entidad). Entonces el vecino-contribuyente en virtud de su derecho de petición está facultado a presentar un escrito ante el ejecutor, donde exprese que el procedimiento se está instruyendo de modo irregular y que ello puede hacerle incurrir en algún tipo de responsabilidad y posteriormente incoar el proceso judicial donde se determine la responsabilidad del ejecutor y el auxiliar.

1.2.1.8. EXPEDIENTE COACTIVO

El expediente coactivo es el conjunto ordenado de documentos, valores e informes donde se hallan contenidas las diversas actuaciones que hacen posible tomar una decisión en el respectivo procedimiento.²³

Antes del inicio del expediente coactivo, la obligación, acto administrativo o valor tributario, debe estar determinada y notificada. En este caso el órgano que resuelve o determina la obligación debe emitir el acto o valor respecto de un ciudadano o, del mismo modo, el área que efectúe las fiscalizaciones debe emitir el acto o deuda producto de ellas.

Entre los documentos que forman el expediente coactivo tenemos:

- La REC, “la Resolución de Ejecución Coactiva” que es la primera resolución o la resolución número uno con que el ejecutor coactivo empieza el expediente coactivo. Con esta resolución se otorga un plazo de 07 días al obligado para que cancele su deuda bajo apercibimiento de dictarse o ejecutarse las medidas cautelares.
- El acto administrativo o valores tributarios.
- La Constancia o certificado de que el acto administrativo o valor tributario está consentido o firme, esto es, que no haya recurso en trámite.
- Las resoluciones y demás notificaciones, como las resoluciones que dictan embargos, las que aperciben al ciudadano al cumplimiento antes que se le trabe algún embargo o las que exhortan a que pague

²³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2001). Procedimiento Coactivo. *Op. cit.*, p. 41. Cabe agregar que es al auxiliar coactivo a quien se le encarga custodiar el expediente a su cargo según el literal a) del art. 5 del TUO de la LPEC.

acogiéndose a beneficios. También están los informes sobre actualización de deudas. Otra de las resoluciones importantes es la que comunica el inicio de la ejecución forzosa, con la que el ejecutor debe notificar previamente al obligado antes de ejecutar forzosamente (recoger dinero o tasar y rematar bienes, por ejemplo) según el art. 33-B.1 del TUO de la LPEC.

También el ejecutor debe seguir las reglas del expediente único conforme al art. 161 del TUO de la LPAG “Artículo 161.- Regla de expediente único. 161.1 Sólo puede organizarse un expediente para la solución de un mismo caso, a fin de mantener reunidas todas las actuaciones para resolver”.

Del mismo modo las reglas de la intangibilidad del expediente coactivo, las que se encuentran en el art. 164 del TUO de la LPAG.

1.2.1.9. DEUDA EXIGIBLE EN EL ART. 25 DEL TUO DE LA LPEC

Para instaurar un procedimiento coactivo válido es menester que la “obligación” o deuda sea exigible coactivamente. Por deuda exigible se entiende a la deuda contenida en un acto administrativo emitido conforme a ley, que haya sido debidamente notificado y que no haya sido impugnado dentro del plazo que confiere la ley.

Sobre la notificación puntualizamos que los valores tributarios serán notificados conforme a lo dispuesto en el CT, mientras que las obligaciones no tributarias, conforme al TUO de la LPAG. Esta se realiza cumpliendo determinados “requisitos” que se encuentran previstos “expresamente” en la Ley y cuya omisión determina su invalidez.²⁴

En el caso del derecho tributario (propiamente el municipal para esta investigación de tesis), la deuda se encuentra contenida o determinada en actos administrativos conocidos como valores tributarios.

Doctrina especializada²⁵ clasifica a los actos administrativos tributarios susceptibles de ejecución forzosa como: “a) nominados o típicos (llamados así por encontrarse previstos en el Código Tributario) tales como la resolución de determinación, la orden de pago y la resolución de multa tributaria”; b) atípicos o innominados, como una resolución de pérdida de beneficio de fraccionamiento tributario o una resolución emitida en última instancia por el Tribunal Fiscal resultado de un recurso de apelación.

Luego de su emisión, la notificación de los valores que son materia de la cobranza coactiva es el otro requisito fundamental para que una deuda adquiera la calidad de exigible. Como último requisito tenemos que el acto sea firme o

²⁴ Cabe agregar que las modalidades complementarias de notificación no podrán implicar sustituir una notificación personal exigible ni convalidar las notificaciones mal efectuadas, en ese sentido, si no se notifica “de la manera predeterminada por el ordenamiento a las personas” concernidas por esa decisión, no es posible que el acto “adquiera eficacia y, por ende, ser ejecutado”. Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima. Gaceta Jurídica. Lima. p. 292 *et passim*.

²⁵ MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). “La Ejecución Coactiva”. *Op. cit.*, p. 308.

consentido, esto es que no haya sido impugnado dentro del plazo de ley, por lo que el ejecutor exigirá del área de plataforma o gestión de documentos un acta o constancia de no haberse impugnado. En consecuencia, se inicia un procedimiento de ejecución coactiva de manera correcta si los valores han sido emitidos conforme a ley, válidamente notificados y no impugnados o de haberse impugnado se aprecie que agotó la vía administrativa y no se encuentre en proceso judicial.

Los gobiernos municipales también están a cargo, tanto del cobro como de “la creación, modificación y supresión, de” algunos tributos conforme el “TUO de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Supremo N.º 156-2004-EF”.

A continuación, mencionamos impuestos cuya recaudación y fiscalización corresponde a los gobiernos locales:

- a. El impuesto predial
- b. El impuesto al patrimonio vehicular
- c. Impuesto de alcabala
- d. Impuesto a los juegos
- e. Impuesto a las apuestas
- f. Impuesto a los espectáculos públicos no deportivos

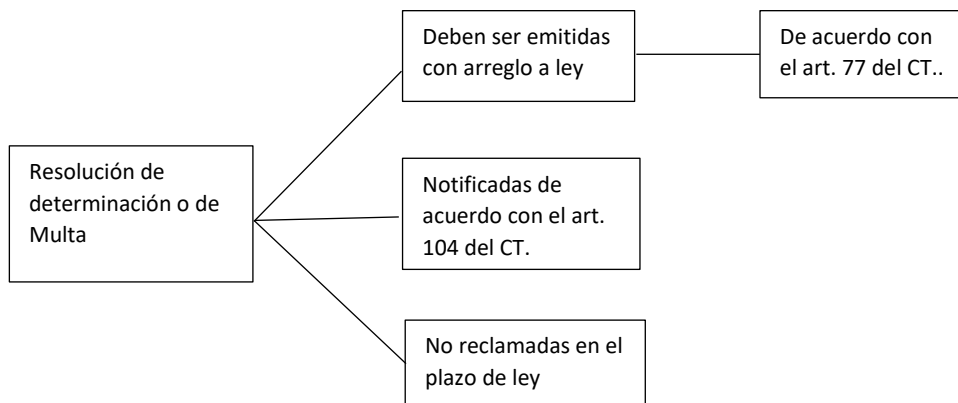
Asimismo, según la Constitución y el TUO de la LTM las municipalidades crean, modifican y suprimen las tasas y contribuciones. Las contribuciones gravan los beneficios derivados de la ejecución de obras públicas ejecutadas por la municipalidad. Por las tasas municipales mencionamos, por ejemplo:

- a) Los arbitrios
- b) Derechos
- c) Estacionamiento
- d) Licencias
- e) Transporte y otros.

En lo que atañe al presente trabajo no haremos referencia a todas los tributos municipales, en todo caso, si hay que usar algunos tributos para la ejemplificación, tomaremos, concretamente, al “impuesto predial” y los “arbitrios municipales”.

Por otro lado, sobre la exigibilidad coactiva de la deuda, según el artículo 25 del TUO de la LPEC, se considera deuda exigible:

- a) “La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa, emitida por la Entidad conforme a ley, debidamente notificada y no reclamada en el plazo de ley”;



Cabe agregar a lo referido *ut supra* que la municipalidad determina de oficio los arbitrios municipales y la contribución de obras públicas.²⁶ Los arbitrios municipales no se autodeterminan.

Unos de los actos tributarios emitidos por la municipalidad y que contiene deuda es la Resolución de Determinación (RD), la misma que se encuentra regulado por el art. 77 del CT. Mediante esta resolución de determinación se establece la existencia del crédito o la deuda tributaria

El artículo 76 del Código Tributario señala que “[l]a Resolución de Determinación es el acto por el cual la Administración Tributaria pone en conocimiento del deudor tributario el resultado de su labor destinada a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y establece la existencia del crédito o de la deuda tributaria.”

Como los arbitrios no son tributos autoliquidados se emite esta deuda mediante la Resolución de Determinación. Cabe precisar que para los tributos autoliquidados el Código tributario regula que estos se deben emitir mediante las Órdenes de Pago (art. 78.1)

Asimismo, los tipos de arbitrios municipales son:

- Limpieza pública
- Parques y jardines
- Seguridad ciudadana

Para el cobro del tributo se tiene que pasar previamente por tres etapas:

- 1) Determinación del costo de los servicios
- 2) Distribución del costo entre los contribuyentes, según criterios fijados. En este caso la STC 002-2004-PI/TC es importante
- 3) Aprobación y publicación de la Ordenanza y su ejecución

²⁶ MENDOZA UGARTE, Armando. (2018). El Impuesto Predial. 1era edición. Jurista Editores. Lima. p. 161.

Para la determinación del “costo” de los servicios se pasa por tres fases: i) “la elaboración del plan anual de servicios”, ii) “la identificación y cuantificación de recursos del servicio” y iii) “la elaboración del informe técnico y la EECC”.

Respecto de la distribución del costo entre los contribuyentes podemos apreciar el siguiente cuadro:

TIPO DE SERVICIO		CRITERIO ESTABLECIDO
Limpieza Pública	Recolección de residuos sólidos	“Casa habitación: Tamaño del predio (m ²) y número de habitantes de cada vivienda. Otros usos: Uso del predio, tamaño del predio”.
	Barrido de calles	“Casa habitación y otros usos: Tamaño del predio entendido por la longitud del frontis (en m ²)”
Parques y Jardines		“Ubicación del predio respecto a las áreas verdes del distrito. Tamaño del predio.”
Serenazgo		“Ubicación del predio (zonas de peligrosidad). Uso del predio (bares, centros comerciales)”

Y finalmente respecto a la publicación de la ordenanza de arbitrios, cabe señalar que las ordenanzas que aprueban arbitrios deben ser publicadas a más tardar el 31 de diciembre del ejercicio fiscal anterior al de su aplicación. En caso no se cumpla con la aprobación en el plazo establecido, solo se podrá determinar el importe de los arbitrios, tomado como base el monto de las tasas del año fiscal anterior reajustado con el IPC.

Este literal del art. 25 del TUO de la LPEC señala que la resolución de determinación sea “emitida conforme a ley”, es decir, conforme a los requisitos regulados en el art. 77 del CT.

El art. 77 del CT señala:

La resolución de determinación será formulada por escrito y contendrá los siguiente:

- “1) El deudor tributario,
- 2) El tributo y el período al que corresponda,
- 3) La base imponible,
- 4) La tasa,

- 5) La cuantía del tributo y sus intereses,
- 6) Los motivos determinantes del reparo u observación, cuando se rectifique la declaración tributaria,
- 7) Los fundamentos y disposiciones que la amparen”

También el citado artículo agrega que tratándose de las Resoluciones de Multa (RM), contendrán necesariamente los requisitos establecidos en los numerales 1 y 7, así como referencia a la infracción, el monto de la multa y los intereses.

Sobre la correcta emisión de la Resolución de Determinación o de Multa, esto es, que hayan sido emitidas conforme a ley tenemos algunos pronunciamientos del Tribunal Fiscal (Resolución del Tribunal Fiscal: RTF) que pueden ilustrar el tema.

RTF N.º 1111-2-2009: Base Imponible y sus fundamentos.

“En la RD no se señaló la base imponible ni los fundamentos que la sustentaban. Se indicó que el valor no cumplía lo previsto por el art. 77 del CT por tanto, no contenía deuda exigible coactivamente”.

RTF N.º 00895-2-2009:

“La RD no consignó el monto de la base imponible ni detallaba la forma del cálculo y determinación de la deuda tributaria. Se concluye que el valor no contenía deuda exigible coactivamente”.

RTF N.º 13095-2-2010: Motivo determinante del reparo.

“La RD no indicaba el motivo determinante del reparo u observación, por lo que no cumplía lo previsto por el art. 77 del CT y por tanto, no contenía deuda exigible coactivamente. Criterio similar ha sido adoptado en las RTF N.º 00268-52009 y N.º 07982-3-2009”.

RTF N.º 13095-2-2010: No acredita la emisión conforme a Ley.

“La RD emitida por Impuesto Predial señalaba como motivo determinante “por la valorización del (los) predio(s) indicados en el anexo 00028614 que se acompañan” y “por la valorización del (los) predio(s) indicados en el anexo 00002662 que se acompañan”, sin embargo, la Administración no remitió los anexos y en tal medida, no acreditó que el valor se emitió conforme a ley, así como la exigibilidad coactiva”.

RTF N.º 05232-2-2011: Base legal y fundamentos.

La RD girada por impuesto Predial y Arbitrios de limpieza Pública no señalaba las ordenanzas que sustentaban el cobro del Arbitrio de Limpieza Pública ni establecía el origen de la

acotación respecto del Impuesto Predial (no se indicaba si provenía de un procedimiento de fiscalización u otro).

RTF N.º 13096-2-2010: Referencia a la infracción.

La RM consignaba como sustento general al art. 178 del Código Tributario, lo que no permite identificar la infracción. Se concluye que no ha sido emitida de acuerdo a ley.

- b) “La establecida por resolución debidamente notificada y no apelada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal”;

Otro de los requisitos para considerar que la deuda es exigible coactivamente es que la resolución que se expida, sea notificada y no sea apelada, por ejemplo, las resoluciones que se expiden al resolver un procedimiento recursal de reclamación. Si esta resolución declara improcedente o infundada la reclamación, confirma la deuda o la reduce solo en parte y no llega a ser apelada, entonces la deuda tendrá calidad de exigible coactivamente, pero hay que cuidar siempre del correcto diligenciamiento de la notificación de dicha resolución.

Así lo señala la RTF N.º 16464-11-2011: No se notifica la resolución.

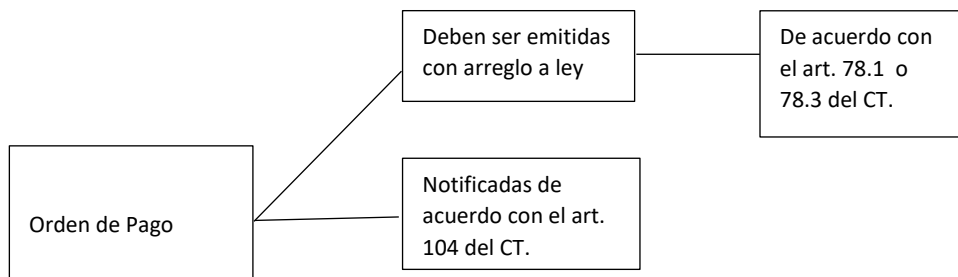
La Administración admitió a trámite la reclamación y la declaró infundada, sin embargo, no remitió copia de la constancia de notificación de dicha resolución, por lo que no se demostró que la resolución fue notificada conforme a ley y no fue impugnada dentro del plazo de ley.

RTF N.º 08007-9-2011: No transcurrió plazo para apelar.

Se inició la cobranza antes de que termine el plazo que tenía el contribuyente para apelar. La deuda no era exigible coactivamente en los términos del literal b) del numeral 25.1 del art. 25.

Del mismo modo, cuando se resuelva la apelación por el Tribunal Fiscal, si esta resolución es debidamente notificada y no se interpone Demanda Contenciosa Administrativa, entonces esta resolución quedaría firme y la deuda adquiriría la calidad de exigible coactivamente.

- c) “Aquella constituida por las cuotas de amortización de la deuda tributaria materia de aplazamiento y/o fraccionamiento pendientes de pago, cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó ese beneficio, siempre y cuando se haya cumplido con notificar al deudor la resolución que declara la pérdida del beneficio de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio dentro del plazo de ley”; y,
- d) “La que conste en una Orden de Pago emitida conforme a Ley y debidamente notificada, de conformidad con las disposiciones de la materia previstas en el Texto Único Ordenado del Código Tributario”.



Al respecto, el TUO de la LPEC señala en su art. 25 numeral 2. que “las municipalidades solo pueden emitir Órdenes de Pago al amparo de los” incisos 1 y 3 del art. 78 del CT.

A su vez el art. 78 del CT indica “que la Orden de Pago (OP) es el acto en virtud del cual la Administración exige al deudor tributario la cancelación de la deuda tributaria, sin necesidad de emitirse previamente la Resolución de Determinación”.

En ese caso la Municipalidad solo puede emitir órdenes de pago por:

Numeral 1. Tributos autoliquidados por el deudor tributario.

Numeral 3. Tributos derivados de errores materiales de redacción o de cálculo en las declaraciones, comunicaciones o documentos de pago.

Un aspecto relevante es la Declaración Jurada (DJ) del “impuesto predial”, debido a que ha sido materia de pronunciamiento por el TF al evaluar la exigibilidad coactiva de la OP.

Cabe recordar que el impuesto predial es un tributo que el propio vecino-contribuyente autoliquida y la declara a través de la presentación de la DJ exigida por la LTM. Del mismo modo el Impuesto al Patrimonio Vehicular es un impuesto que se autoliquida y respecto del cual también se exige la presentación de la DJ.

La obligación de presentación de la DJ por Impuesto Predial se encuentra regulada en el art. 14 del TUO de la LTM. Asimismo, la actualización de valores de predios (y vehículos) sustituye la obligación de presentar la DJ anual y se entiende “como válida en caso el contribuyente no la objete dentro del plazo establecido para el pago al contado del impuesto”. El plazo para el pago al contado del impuesto predial es hasta el último día hábil del mes de febrero de cada año, según el art. 15 del TUO de la LTM.

Asimismo, el vecino puede “objetar” la actualización de valores realizada por la municipalidad, cabe señalar que con la objeción se logra que dicha

actualización de valores no exista, o sea, con dicha objeción la DJ de la municipalidad pierde todo efecto²⁷.

La objeción se diferencia de la DJ sustitutoria y de la DJ Rectificatoria (art. 88 del CT), dado que por estas últimas DJs el CT ha otorgado la facultad al vecino-contribuyente de modificar su declaración mediante una nueva declaración jurada. “La declaración jurada sustitutoria se pone en lugar de la primera”, con ello reemplaza a la declaración jurada primigenia o anterior y se puede presentar hasta antes del vencimiento del plazo fijado para su presentación, surtiendo efectos de forma inmediata.²⁸ El plazo para presentar la declaración jurada vence el último día hábil del mes de febrero e incluso el contribuyente podría presentar más de una declaración jurada sustitutoria antes del vencimiento del plazo.²⁹ Y si ya venció el plazo lo único que queda al contribuyente es presentar una declaración jurada rectificatoria, en este acto la declaración original es válida, pero los funcionarios de la municipalidad tendrán que ir a fiscalizar en campo para que la declaración rectificatoria surta efectos y sustituya la declaración original.³⁰

Sobre la calidad de predios materia del impuesto predial tenemos las RTFs N.º 452-5-2009, N.º 6880-7-2009, N.º 2653-7-2009 y N.º 04305-2-2004, entre otras.

A continuación reseñaremos algunas RTFs que resuelven sobre la exigencia de que la emisión de la OP debe ser conforme a ley.

RTF N.º 17244-5-2010, esta RTF es una “jurisprudencia de observancia obligatoria” (JOO).

“La actualización de valores emitida por los gobiernos locales en aplicación de los artículos 14 y 34 de la Ley de Tributación Municipal surte efectos al día siguiente de la fecha de vencimiento para el pago al contado del impuesto, en tanto no haya sido objetada por el contribuyente.”

²⁷ *Ibidem*, p. 182.

²⁸ *Ibidem*, p. 173.

²⁹ *Ibidem*, p. 174.

³⁰ Código Tributario

“Artículo 88.- DE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA

88.2 De la declaración tributaria sustitutoria o rectificatoria

(...)

La declaración referida a la determinación de la obligación tributaria podrá ser sustituida dentro del plazo de presentación de la misma. Vencido éste, la declaración podrá ser rectificada, dentro del plazo de prescripción, presentando para tal efecto la declaración rectificatoria respectiva. Transcurrido el plazo de prescripción no podrá presentarse declaración rectificatoria alguna.

(...)

La declaración rectificatoria surtirá efecto con su presentación siempre que determine igual o mayor obligación. En caso contrario, surtirá efectos si dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a su presentación la Administración Tributaria no emitiera pronunciamiento sobre la veracidad y exactitud de los datos contenidos en ella, sin perjuicio de la facultad de la Administración Tributaria de efectuar la verificación o fiscalización posterior”.

Se ha previsto una ficción legal mediante la cual se considera que si la Administración Tributaria emite las actualizaciones de valores, el contribuyente ha cumplido con la obligación de presentar la declaración correspondiente mientras no se formule la objeción. Los contribuyentes llegan a conocer de esta actualización de valores mediante las llamadas “cuponerías”.

RTF N.º 11370-2-2010: Base legal y fundamentos.

Las Órdenes de Pago no consignan los incisos del art. 78 del Código Tributario por lo que no se determina sobre qué base han sido girados, ni determina las declaraciones que sustentan su emisión. Se concluye que no son exigibles coactivamente.

RTF N.º 05002-8-2011: La emisión difiere de Declaración Jurada.

La OP fue girada señalando como base legal el inciso 1 del art. 78 del Código Tributario. Sin embargo la base imponible consignada en la declaración no coincide con la señalada en la OP. Se concluye que no es exigible coactivamente.

RTF N.º 4392-11-2011: No remite Declaración Jurada.

La OP se giró según el numeral 1 del art. 78 del Código Tributario, sin embargo, la Administración no remitió la declaración y su constancia de notificación por lo que no se pudo verificar si los valores bajo análisis fueron emitidos con arreglo a ley. Se concluye que no es exigible coactivamente.

Hay que señalar que una vez notificada la OP, la deuda es totalmente exigible coactivamente, debido a que se entiende que la ejecutoría cobraría con base en la autodeterminación realizada por el obligado, lo que significa que el sustento es su propia liquidación, su propia declaración. Sin embargo, existe un caso en que el obligado puede reclamar la OP restándole exigibilidad coactiva, este se da cuando medien circunstancias de que la cobranza de dicha OP sea improcedente, donde se alegará, por ejemplo, que:

- Ya fue pagada,
- Se encuentra prescrita o
- Se extinguió
- Cuando si bien la forma del documento es una OP, este tiene naturaleza de una RD.
- Incluso podría alegarse que no se incurrió en el hecho gravado.

Así la RTF N.º 13846-11-2011 señala que en el caso de la OP, basta que su notificación sea conforme a ley; por tanto, a partir del día siguiente será exigible coactivamente. La reclamación no es causal de suspensión del procedimiento ejecutivo, salvo el supuesto del numeral 31.2 del art. 31 de la LPEC

En este sentido el TUO de la LPEC considera “deuda exigible coactivamente” a la que conste en:

- La “RD y RM emitidas conforme a ley, debidamente notificadas y no reclamadas”.
- La “OP emitida conforme a ley, debidamente notificada”. Apreciamos que la impugnación no le quita la calidad de exigible coactivamente
- Por Resolución debidamente notificada y no apelada dentro del plazo o por RTF.
- Cuotas de amortización, deuda “materia de aplazamiento y/o Fraccionamiento de Pago. Cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó este beneficio. Cuando se cumpla con notificar al deudor la resolución que declara la pérdida de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio”.

En suma, que la Administración Tributaria (municipalidad) emita un valor tributario o resolución con calidad de exigible coactivamente, esto es, que hayan sido notificados debidamente y que no hayan sido impugnados dentro del plazo cuando corresponda.

SUBCAPÍTULO II

1.2.2. EL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN COACTIVA

1.2.2.1. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN COACTIVA

El modelo judicial puro

Para la cobranza de lo adeudado el legislador podría instaurar que la vía ejecutiva sea una vía judicial. Este modelo consiste en que la entidad determina la deuda, en caso el acto quede firme, el ejecutor presenta su demanda ante el Poder Judicial para el inicio del proceso de ejecución forzosa. Ahora bien, en este modelo, el acto materia de cobranza deberá tener la calidad de 'título ejecutivo', lo que será evaluado por el juez.

Doctrina especializada nos recuerda que en el primer Modelo de Código Tributario para América Latina elaborado por OEA/BID en 1967 encontramos "una cobranza coactiva apoyada en la forma jurisdiccional", lo que se considera como resultado de la Escuela Clásica.³¹

Este modelo es adoptado en países como "Brasil, Uruguay, Venezuela, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Paraguay, entre otros".³²

Las características del modelo judicial son:

- La Administración tributaria debe presentar una demanda para iniciar el proceso de ejecución forzosa.
- Presentada la demanda esta debe admitirse a trámite para luego poder emplazar al deudor.
- Por ello, los códigos procesales exigen que el juez evalúe si es que los valores anexos a la demanda y que serán materia de ejecución judicial, tienen la calidad de título ejecutivo: que la obligación sea cierta, expresa, exigible y el caso de deuda dineraria, líquida.³³

³¹ CAMUS GRAHAM, Dante. (2013). "Casuística tributaria. El deber de contribuir y la cobranza coactiva. Un enfoque constitucional (Cobranza administrativa o judicial)." En: El procedimiento de cobranza coactiva. Doctrina y casuística, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima, p. 45.

³² FLORA MA. CASTILLO CONTRERAS. (2009). "La Cobranza Coactiva en la Administración Tributaria. Facultad, Oportunidad y Eficiencia". Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, México D.F.; otra obra con más actualidad es el Manual sobre recaudación y cobranza de tributos. (2016), manual elaborado por el "Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)", "la Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)". Ambos documentos están disponibles en línea.

³³ "**Cierta**: Cuando su objeto (prestación) de la obligación como la participación de los sujetos (acreedor y deudor) están señalados en el título.

Expresa: cuando aparece así (sin discusión) en el título y, no es resultado de una presunción legal o de la interpretación de algún precepto normativo.

Exigible: Cuando la obligación en el título no está sometida a alguna modalidad (plazo o condición) o a alguna contraprestación. Por tanto, será exigible, por razón de tiempo, lugar y modo.

Líquida: Es una exigencia solo aplicable a las obligaciones dinerarias y aparece cuando el monto es claro y concreto. Y será **liquidable** cuando gracias a una operación aritmética se puede obtener el monto exacto." En TORRES ALTEZ, Dante y RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. (2014). El proceso único de ejecución. Mecanismos de ejecución y de defensa. Gaceta Jurídica. Lima, pp. 15-16.

- En caso el juez tenga alguna observación que signifique la inadmisibilidad o improcedencia de la demanda, esta se debe devolver a la Administración tributaria.
- El propio juez es quien ordena el embargo, dirige la tasación y el remate. Notificándose a ambas partes.
- Antes de presentada la demanda se puede solicitar una medida cautelar previa, la que será proveída por el juez que conocerá del proceso ejecutivo.
- El juez puede disponer medidas contra los bienes y la libertad del deudor (cateo, detención, descerraje, etc.)³⁴

El modelo administrativo de ejecución forzosa

La ejecución coactiva para el recupero de lo adeudado a la entidad pública (en el caso de nuestra tesis, la Municipalidad) se puede ejercer en virtud de la autotutela, el principio de ejecutoriedad y la presunción de validez o legitimidad de los actos de la Administración, por la misma municipalidad, esto es la misma entidad determina la deuda (tributaria, para el caso de nuestra tesis), notifica, verifica su exigibilidad coactiva, inicia el procedimiento, dicta los embargos, y ejecuta dichos embargos para tal recupero.

La propia Administración goza de las facultades señaladas, sin recurrir al juez, salvo ciertos actos, donde se vulneraría derechos constitucionales sensibles, como cuando para proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio se obliga a la Administración a recabar al juez que disponga el descerraje del inmueble³⁵ para que el personal coactivo pueda ingresar y llevar a cabo las medidas de coerción y coacción. Actualmente nuestro sistema de ejecución coactiva de tributos (del Gobierno Central como de los Gobiernos locales) responde al modelo administrativo.

³⁴ CAMUS GRAHAM, Dante. (2013). "Casuística tributaria. El deber de contribuir y la cobranza coactiva. Un enfoque constitucional (Cobranza administrativa o judicial)." *Op. cit.*, p. 58.

³⁵ Criterio que incluso podemos advertir en regulaciones recientes, así, el Decreto Legislativo n.º 1192, publicado el 23.08.2015, cuyo TUO DS n.º 011-2019-VIVIENDA, en caso sea menester "el descerraje", prescribe que "40.1 Solo si el predio objeto de ejecución coactiva tiene la calificación de domicilio, se deberá acudir al Juez a fin que otorgue la autorización de descerraje y/o similares dentro del plazo previsto en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 26979-Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva aprobado por Decreto Supremo N.º 018-2008-JUS, debiendo limitarse en la calificación de la misma al cumplimiento formal de los requisitos correspondientes al acto administrativo, su constancia de notificación y la constancia policial respectiva. En caso de incertidumbre, se deberá acudir al órgano judicial competente para recabar la autorización de ingreso respectiva". Este decreto supremo trata sobre la "adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura". Si bien restringe la obligación de acudir a la judicatura para la solicitud de autorización de descerraje solo para predios que tienen la calificación de domicilio, somos de la opinión que se debería regular esta figura, en el sentido de la obligatoriedad de solicitar autorización jurisdiccional, también para casos en que el inmueble no sea considerado domicilio.

Este modelo es recomendado por el “Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)” en su Modelo de Código Tributario para América Latina de 1997, lo que parte de la doctrina entiende como la Escuela Moderna³⁶ y es seguido en países como “España, Estado Unidos, Francia, Inglaterra, Alemania, Colombia, Ecuador, México, Bolivia, Panamá, Perú, Cuba, República Dominicana, entre otros”.

Las características del modelo administrativo son:

- Luego de la verificación de la exigibilidad coactiva del valor tributario la propia Administración tributaria requiere directamente el pago coactivo al deudor sin necesidad de interponer demanda ante el juez.
- La propia Administración resuelve todas las observaciones y excepciones que presente el obligado, sin trasladarlas a la sede judicial.
- La propia Administración dicta las medidas cautelares previas.
- Sin embargo, no podrá la propia Administración dictar medidas contra los bienes y libertad del deudor (cateo, detención, descerraje, etc.)³⁷

En otros ordenamientos jurídicos existe **el modelo mixto**. Doctrina especializada expone que este modelo satisface dos exigencias básicas: la independencia del juzgador respecto del titulares de los intereses en contrario y el respeto de las garantías procesales establecidas constitucionalmente a favor de los ciudadanos.³⁸

Entre los países que adoptan este modelo para el cobro de tributos citamos a Argentina y Nicaragua.

A continuación apreciaremos un cuadro elaborado a partir del estudio intitulado “LA COBRANZA COACTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. FACULTAD, OPORTUNIDAD Y EFICIENCIA” por FLORA MA. CASTILLO CONTRERAS, febrero 2009, manual elaborado por el “Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)” y del “MANUAL SOBRE RECAUDACIÓN Y COBRANZA DE TRIBUTOS”, elaborado en el 2016 por el “Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)”, la “Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ)” y el “Banco Interamericano de Desarrollo (BID)”. Esta información del cuadro fue actualizada a la fecha diciembre 2021 con las respectivas páginas web de las entidades del presente cuadro.

³⁶ CAMUS GRAHAM, Dante. (2013). “Casuística tributaria. El deber de contribuir y la cobranza coactiva. Un enfoque constitucional (Cobranza administrativa o judicial).” Op. cit., p. 46.

³⁷ *Ibidem*, p. 59.

³⁸ *Ibidem*, p. 61.

Cuadro sobre los modelos en la legislación comparada

PAÍS	NOMBRE DE LA ENTIDAD	¿TIENE A SU CARGO EL COBRO COACTIVO O EJECUTIVO?	¿SE REQUIERE PARA LA EJECUCIÓN COACTIVA INTERVENCIÓN JUDICIAL?
Perú	SUNAT	SÍ	NO
Argentina	AFIP	SÍ	SÍ
Bolivia	SIN	SÍ	NO
Chile	Tesorería de la República	NO	SÍ
Colombia	DIAN	SÍ	NO
Ecuador	SRI	SÍ	NO
Uruguay	DGI	SÍ	NO
Costa Rica	DGT	NO	SÍ
Ecuador	SRI	SÍ	NO
Venezuela	SENIAT	SÍ	NO
Paraguay	SET	NO	NO
Costa Rica	DGT	NO	SÍ
Guatemala	SAT	NO	SÍ
El Salvador	DGII	NO	SÍ
Honduras	DEI	SÍ	NO
México	SAT	SÍ	NO
Nicaragua	DGI	SÍ	SÍ
Panamá	DGI	SÍ	NO
Rep. Dominicana	DGII	SÍ	NO
Estados Unidos	IRS	SÍ	NO
España	AEAT (Agencia Estatal de Administración Tributaria)	SÍ	NO
Francia	DGFIP	SÍ	NO
Italia	Equitalia	NO	NO

Interesa destacar, que hay doctrina autorizada que afirma la no conveniencia de que la propia Administración Pública goce de la prerrogativa de la autotutela ejecutiva inclinándose por el sistema judicial para la ejecución coactiva de los actos. Entre ellos:

Juan Carlos Cassagne señala que la solución dada por el legislador argentino “proporciona mayores garantías al guardar armonía y compatibilidad con el principio de la tutela judicial efectiva prescrita en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.³⁹ Cabe agregar que la ejecución forzosa de los actos administrativos es judicial, mas de la deuda tributaria es mixta.

Eduardo García de Enterría reconoce la importancia y la función de la autotutela explicada como la posición de la Administración ante la Justicia, pero en cuanto

³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. 2 tomos. Segunda edición. Palestra Editores. Lima. p. 774.

a la autotutela de la ejecución forzosa de los actos administrativos señala que “ha de notarse que una proclamación de extensión tan general y absoluta como la contenida en el artículo 95 LPC (todos los actos administrativos pueden ser objeto de ejecución forzosa, salvo que una ley los excluya y los haga acudir a los Tribunales) excede con mucho de lo que es común en otros derechos”, poniendo el ejemplo del régimen administrativo francés, donde la ejecución forzosa es una forma subsidiaria de ejecución en defecto de otros procedimientos.⁴⁰ Este autor explica más adelante que “[l]a autotutela como dice su nombre, supone la decisión o la ejecución en favor de derecho o intereses propios, de modo que más bien podría suponerse normalmente una actuación parcial y no objetiva”, y que la heterotutela es “impuesta por órganos independientes (vinculados solo a la ley, sin otra función que la jurisdiccional sin ninguna dependencia jerárquica, y además inmunes a los órganos propiamente políticos) y neutrales supraordenados al conflicto.”⁴¹

Giuliani Fonrounge señala que “el Poder Judicial proporciona una mayor garantía de independencia e impide que la Administración Tributaria se constituya en juez y parte <<conociendo el criterio predominante entre los funcionarios administrativos, por el común autoritario y despótico, proclive a la arbitrariedad, la actuación de la justicia es garantía insustituible en el Estado actual de nuestra organización>>”.⁴²

Como podemos apreciar estos autores se inclinan por el modelo judicial.

Por nuestra parte, a despecho de insignes autores, nos inclinamos por el modelo administrativo de cobranza o ejecución coactiva⁴³, máxime en lo que se refiere a la cobranza de los tributos municipales asunto de este trabajo de tesis.

Entre los autores que reconocen la importancia de la autotutela ejecutiva para la ejecución coactiva en general y de deuda tributaria en especial, tenemos a:

Santiago Muñoz Machado, señala que “la jurisprudencia reconoce con más normalidad la posibilidad de ejecutar forzosamente los actos administrativos, cuando tienen estos un contenido de carácter económico”, en el caso de sanciones, contribuciones o tributos.⁴⁴ La jurisprudencia reconoce las potestades administrativas de apremio para actos de recaudación y similares, ya que “[d]ebe entenderse que, en estos casos [...] la eficacia de la gestión encargada a la Administración Pública, se dificultaría extraordinariamente sin el reconocimiento de aquellas potestades ejecutivas.”⁴⁵ El autor agrega que a la habilitación que se

⁴⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. 12ma edición. Editorial Palestra-Temis. Lima-Bogotá. p. 556.

⁴¹ *Ibidem*, p. 568.

⁴² Citado en GONZÁLES GUERRERO, Roxana y NAVA TOLENTINO, José J. (2015). Proceso de cobranza de la deuda tributaria. Grupo editorial LEX & IURIS, Lima. p. 89.

⁴³ Nuestra posición es que debe regir la autotutela ejecutiva para la ejecución de actos en general, con los límites que impone el derecho constitucional como la inviolabilidad del domicilio y la posibilidad del ciudadano de acudir a la vía judicial alegando una vía de hecho.

⁴⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. Tomo III. BOE. Madrid. p. 342.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 343.

deriva del art. 103.1 CE (“la Administración sirve con objetividad los intereses generales”) puede añadirse, cuando se trate de la actividad recaudatoria, “una diferencia esencial en la posición de los ciudadanos ante la Administración: en estos casos la ejecución forzosa puede poner a prueba el derecho a la tutela judicial efectiva,” pero hay que tener en cuenta que “la Administración trata, con dicha medida ejecutiva, de exigir el cumplimiento de un deber constitucional, consagrado en el artículo 31.1 CE: <<Todos contribuirán al sometimiento de los gastos públicos de acuerdo a su capacidad económica...>>”⁴⁶

Doctrina especializada en la materia, Gonzáles Guerrero, Roxana y Nava Tolentino, José J., expresan que “el modelo administrativo de cobranza coactiva” es más idóneo y justificado “como una especial y lógica prerrogativa de la Administración Tributaria de ejecutar por sí misma sus actos” sin acudir a los tribunales judiciales.⁴⁷ Indican como inaplicabilidad del modelo judicial “el cúmulo de tareas que de por sí ya tiene el Poder Judicial”.⁴⁸ Además señalan como beneficios del modelo el conocimiento por la propia Administración Tributaria de los “procedimientos y normas tributarias, quien cierra el ciclo de la gestión tributaria mediante la ejecución de la deuda”, el resguardo del crédito mediante el dictado inmediato de medidas cautelares [embargos] y que “el proceso gana en brevedad, inmediatez, especialidad, mejor coordinación, etc.”⁴⁹

Otro autor especializado en este capítulo del derecho público, Armando Mendoza Ugarte, nos manifestó, vía entrevista, que inclina su preferencia hacia el modelo de ejecución coactiva administrativa, además, dicho autor ya indicaba que “resulta válido todo modelo que pueda crear el legislador (así como su modificación)”⁵⁰, pero que el modelo que el legislador prevea debe ajustarse a las exigencias de un Estado de Derecho. Ahora bien, en su ya citado libro, luego de un desarrollo sobre el fundamento de la autotutela, concluye y afirma como fundamento de la autotutela ejecutiva “a la necesidad de dotar a la Administración de las armas que le posibiliten la defensa del interés público”⁵¹, esto es, justifica que la ejecución de oficio por la propia Administración Tributaria se debe a que tiene encargado la satisfacción los intereses generales. Para nuestro entender, este fundamento es uno de los argumentos importantes que inclinan el fiel a favor de la conveniencia de la ejecución forzosa administrativa tanto para deuda general y tributaria.

Importa destacar, al propio tiempo, una importante investigación sobre la materia, donde el autor Manuel Alejandro Velarde Guevara, en cuyo caso

⁴⁶ *Ibidem*, p. 328 . Ahora bien, cuando se trata de otras clases de actos administrativos (diferentes a los de contenido económico) el autor expresa que la potestad de ejecución forzosa del art. 95 LRJAP justificada como un privilegio más de la autotutela administrativa semejante al privilegio de la decisión previa es una particularidad del ordenamiento español no parangonable a otros sistemas del entorno y que es incompatible con la Constitución española.

⁴⁷ GONZÁLES GUERRERO, Roxana y NAVA TOLENTINO, José J. (2015). op. cit. p. 88.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁰ MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). La Ejecución Coactiva. Segunda edición. Jurista Editores. Lima. p. 37.

⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

podemos advertir que se inclina y aboga por la eficacia de la ejecución forzosa administrativa, que precisamente es regulada por la LPEC al sostener que “la ejecución coactiva debe unificarse en torno a su configuración como garantía del crédito público”⁵² criticando la modificación introducida por la Ley n.º 28165 porque precisamente contradice tal configuración. Cabe agregar que propone una feliz solución a los posibles excesos de la autotutela administrativa y, por otra parte a su ineficacia, al exigir una verificación, una vez “formalizada la controversia, de qué debe prevalecer en el caso concreto: si la ejecutividad o la situación jurídica del particular afectado”, con lo que la solución solo se encuentra en el sistema de tutela cautelar, “permitiendo que el juez decida oportunamente sobre la ejecutividad”.⁵³

1.2.2.2. FUNDAMENTOS DEL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN COACTIVA

A. LA AUTOTUTELA

La doctrina que ha explicado de modo destacado las relaciones de la Administración Pública con los Tribunales de Justicia así como el carácter de la decisión ejecutoria, diserta que rige actualmente un principio que puede llamarse de paz jurídica. Si un sujeto o ciudadano quiere alterar la situación de hecho existente (*status quo*) de otro, “no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado” la alteración, se tiene la carga de someter esa “pretensión a un tribunal, el cual la” evaluará desde el Derecho y “la declarará o no conforme a éste [sic] dándoles en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzosa para la parte obligada.”⁵⁴

Si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado tendrá que “impetrar el respaldo coactivo” a través de “una segunda pretensión dirigida al tribunal judicial el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública”, en virtud de la resolución que tiene fuerza ejecutoria. La primera es un juicio declarativo, la segunda un juicio ejecutivo.⁵⁵

La Administración “no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad [...] de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento”, siendo solo oponible una anulación efectiva que resulte de una impugnación, “cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad.”⁵⁶

⁵² VELARDE GUEVARA, Manuel Alejandro. (2019). “La ineficacia del procedimiento de ejecución coactiva para garantizar el crédito público causa desencadenante de la multiplicación de regímenes diferenciados para la ejecución de obligaciones no tributarias”. Tesis para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. p. 134.

⁵³ *Ibidem*, p. 135.

⁵⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 530.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 530.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 531.

En España se ha impuesto la explicación dogmática de la posición de la Administración ante los tribunales de justicia. Como se indicó el principio general es de tutela judicial, no obstante, por la autotutela, se entiende a la capacidad de la Administración como sujeto de derecho para tutelar por sí mismo sus situaciones jurídicas, incluso las innovativas del *status quo* eximiéndose de recabar tutela judicial. Esto es importante para entender el porqué los actos administrativos gozan de lo que la doctrina clásica llama ejecutividad y ejecutoriedad.

La autotutela de la Administración se divide en dos: autotutela declarativa y autotutela ejecutiva. La primera implica que la Administración no somete sus pretensiones a un proceso declarativo, para que un juez declare su pretensión o su derecho y le dé fuerza ejecutoria, la propia Administración dicta o declara un acto o resolución y este, en mérito de la autotutela declarativa, tiene fuerza ejecutoria, esto es, el acto surte sus efectos e impone por sí misma su cumplimiento. Es lo que la doctrina clásica llama 'ejecutividad' del acto administrativo y tiene como base la presunción de validez o de legitimidad.

Asimismo, la autotutela ejecutiva implica que la Administración se exime de obtener una sentencia ejecutiva y se le faculta "para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada".⁵⁷ Esta autotutela se refiere "a la ejecución forzosa de los propios actos de la Administración cuyos destinatarios resisten al cumplimiento".⁵⁸ El acto administrativo juega aquí como título ejecutivo, "la ejecución intenta llevarlo coactivamente a cumplimiento pleno".⁵⁹

Lo importante es que estas autotutelas administrativas son previas y no definitivas y no se excluyen del eventual conocimiento del Poder Judicial.

Cabe recordar que la autotutela administrativa es una 'prerrogativa', importante y justificada en que la Administración gestione los intereses generales. Son "técnicas de gestión eficaz que no pueden paralizarse por la necesidad de recabar asistencias judiciales previas".⁶⁰ Ahora bien, doctrina argentina autorizada sostiene que actualmente esas prerrogativas "asumen un carácter residual y al servicio del interés público de acuerdo con los fines que precisa el ordenamiento."⁶¹ En vista de ello, las prerrogativas de poder público se conciben en la medida que existan garantías para el administrado.

B. LA PRESUNCIÓN DE VALIDEZ

Sobre la presunción de validez o de legitimidad cabe afirmar que de ella derivan dos consecuencias:

⁵⁷ *Ibidem*, p. 556.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 556.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 556.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 562.

⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). "Derecho Administrativo". *Op. cit.*, p. 767.

“a) La declaración administrativa que define una situación jurídica nueva crea inmediatamente esta situación”.⁶² Desde el momento en que se notifica la declaración administrativa que afecta al particular, este es titular del derecho u obligación por la fuerza misma de la declaración administrativa.

b) La presunción de legalidad de la Administración es *iuris tantum*. “Se trata de una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, consagrando una capacidad de autotutela de la Administración” y la exoneración de obtenerla de los tribunales.⁶³ “La <<presunción de legalidad>> del acto opera en tanto los interesados no la destruyan” mediante la impugnación.⁶⁴

C. EL DEBER DE CONTRIBUIR

En doctrina se señala que la función constitucional del tributo se desarrolla en tres planteamientos⁶⁵:

- Primero, “el tributo financia al Estado para que este pueda satisfacer las necesidades sociales (concepto de Estado Social de Derecho)”⁶⁶.
- Segundo, “la sociedad tiene la responsabilidad del financiamiento de las actividades del Estado vía el pago de tributos (principio de solidaridad)”⁶⁷.
- Tercero, “la conducta de pago de tributos es de carácter inexorable de tal manera que califica como un deber (deber de contribuir)”⁶⁸.

El deber de contribuir es un principio que no se encuentra de modo expreso en nuestra Constitución de 1993. Este deber tiene su fundamento internacional en el *Artículo XXXVI* de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre cuyo texto reza que “[t]oda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. 004-2004-AI/TC que del principio de solidaridad se desprende el Deber de Contribuir. Esta misma sentencia vincula “el Deber de Contribuir” a los artículos 43 y 44 de la CP de 1993. Señaló que la norma legal de origen tributario y lo consignado en el art. 74 de la Constitución deben ser confrontadas con el art. 44 “de la misma, que establece entre otros deberes primordiales del Estado el promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia”; además, declaró que a todo tributo “le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra

⁶² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 554.

⁶³ *Ibidem*, p. 554.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 554.

⁶⁵ RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier. (2021). Derecho tributario peruano. Principios y Fundamentos. Volumen I, Palestra Editores, Lima. pp. 107-108.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 108.

consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado de Derecho como un Estado Social de Derecho (artículo 43 de la Constitución)”

Así doctrina nacional señala que “el deber de contribuir significa que cada miembro de la sociedad se encuentra comprometido para cumplir de modo inexorable con la participación que le corresponde para atender a las necesidades públicas. Esta participación se lleva a cabo mediante el financiamiento de las actividades del Estado con la finalidad de hacer posible la realización de todas aquellas obras y servicios que requieren las necesidades públicas.”⁶⁹

Cabe agregar que este Deber de Contribuir puede ser puesto en práctica o exigido por las Administraciones tributarias siguiendo el cauce de cualquiera de los tres modelos de ejecución coactiva reseñados. Sin embargo en esta tesis abogamos por el modelo administrativo debido a que los intereses públicos, la satisfacción de las necesidades importantes de la sociedad no pueden esperar; debido a que nuestro sistema tributario impone que el tributo nace por ley o de rango similar (con que es exigible de pleno derecho su cobranza); y a “que es deber de todos” los ciudadanos “peruanos honrar al Perú y proteger los intereses nacionales, así como” de “respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” según el art. 38 de la CP de 1993.

1.2.2.3. ARGUMENTOS A FAVOR DEL MODELO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN FORZOSA

En atención a todo lo expuesto para este trabajo de tesis sostenemos que es preferible o más conveniente al interés público el modelo administrativo de ejecución coactiva máxime para el cobro de tributos municipales, entre los argumentos expresamos:

1. Mediante la ejecución coactiva se procura exigir el cumplimiento de un deber constitucional “El deber de contribuir con los gastos públicos”⁷⁰, que es la base del sistema tributario. Máxime si a la Administración Pública se le ha encomendado la tarea de “Administrar la Hacienda Pública” conforme al numeral 17 del art. 118 de la CP.
2. La cobranza coactiva es un proceso ejecutivo o de ejecución por lo que está encaminado a ejecutar y lograr la satisfacción rápida del crédito, sin debate ni contradictorios que den la oportunidad al deudor de dilatar la ejecución forzosa. Al ser una vía procesal corta y rápida le permite disponer en el menor tiempo de los ingresos que requiere la Municipalidad para cumplir sus funciones públicas de cara a las necesidades de la ciudadanía.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 110.

⁷⁰ Si bien no está expresamente en la CP de 1993, este principio es exigible en un Estado Social y Democrático de Derecho y se encuentra recogido en varias sentencias del Tribunal Constitucional peruano. En la Constitución española se encuentra consagrado en el artículo 31.1 CE: “Todos contribuirán al sometimiento de los gastos públicos de acuerdo a su capacidad económica...”

A continuación expondremos datos de dos (2) informes relacionados al tiempo que demoran los procesos judiciales de ejecución y los contrastaremos con la demora promedio del trámite de los procedimientos coactivos en las municipalidades.

Existe un informe elaborado por el BCR⁷¹ en el año 2017 sobre la duración del proceso de ejecución de garantías hipotecarias en el Perú. En este documento se señala que

- Cuando el deudor no ejerce su oposición durante el proceso este dura trescientos cinco (305) días.
- Cuando el deudor hace una defensa mediana (es decir, no fraudulenta) o malintencionada, el proceso puede durar treinta y dos (32) meses, o sea, aproximadamente tres (3) años
- Y cuando el deudor realiza una defensa malintencionada o fraudulenta el proceso “suele durar” más de cinco (5) años.

Asimismo, Gaceta jurídica trabajó en un reporte denominado "La Justicia en el Perú: cinco grandes problemas"⁷² donde expresa que uno de los principales problemas del Poder Judicial se encuentra relacionado con la demora de los procesos “la cual está justificada por las autoridades judiciales con la excesiva carga judicial”. En este informe se señala que

- “Los procesos de desalojo por ocupación precaria duran en promedio cuatro (4) años y tres (3) meses, o sea, cuarenta y seis (46) meses más que el plazo previsto en la norma”.
- “Los procesos de ejecución de garantías duran cuatro (4) años y (6) seis meses, o sea, cuarenta y nueve (49) meses más que el plazo legal”.⁷³

En contraste con ello, el tiempo promedio de tramitación de los procedimientos coactivo en las municipalidades consultadas —desde la notificación de la REC hasta el pago voluntario o la ejecución forzosa e imputación a las cuentas del obligado— es:

⁷¹ “Proceso de ejecución de garantías hipotecarias en el Perú”. Banco Central de Reserva del Perú. [consulta: 24.09.2021] Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Estabilidad-Financiera/2017/Noviembre/ref-noviembre-2017-recuadro-3.pdf>

⁷² “La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas”. Documento preliminar 2014-2015. Ed. Gaceta Jurídica. [consulta: 24.09.2021] Disponible en: <https://laley.pe/art/2982/conozca-los-cinco-grandes-problemas-de-la-justicia-en-el-peru>

⁷³ *Ibidem*, pp. 32-33.

Municipalidades Distritales de	Tiempo promedio		
	Cuando el deudor no ejerce su oposición en el procedimiento	Cuando el deudor ejerce una defensa mediana (es decir, no fraudulenta o malintencionada)	Cuando el deudor realiza una defensa mal intencionada en el procedimiento (incluso con Revisión Judicial presentada)
Ate	2 semanas	6 meses	4 años
Breña	1 semana	10 a 12 días	1 año a más
Independencia	1 semana	15 días	1 año
Jesús María	1 mes	4 meses	1 año
La Molina	3 semanas	4 meses	2 años
Lince	2 semanas	1 mes	6 meses
Magdalena del Mar	2 semanas	4 meses	4 años
Miraflores	1 mes	2 meses	4 años
Pueblo Libre	1 semana	1 año	4 años
Rímac	2 semanas	3 meses	4 años
San Isidro	2 semanas	6 meses	4 años
San Juan de Lurigancho	1 mes	5 meses	2 años
San Martín de Porres	2 meses	3 meses	1 año
San Miguel	1 semana	1 mes	6 meses
Santa Anita	1 semana	3 semanas	1 año
Surquillo	1 semana	2 meses	2 años

A este respecto, apreciamos que en el cauce judicial, cuando el deudor no ejerce su oposición, la ejecución y el cobro de la deuda puede durar hasta trescientos cinco (305) días; mientras que vía la cobranza coactiva administrativa, la tramitación del expediente hasta la tramitación de la deuda oscila entre una o dos semanas desde notificada la REC.

- Esta ejecución rápida, y la debida información al contribuyente, genera o aumenta “la percepción o sensación de riesgo en el contribuyente deudor” y lo induce a que cumpla con las obligaciones de pago dentro de los plazos establecidos, toda vez que los deudores entenderán que ponen en riesgo su patrimonio e incluso que podrán estar sujetos a alguna sanción.

Esto lo apreciamos con la respuesta a la encuesta realizada a las contribuyentes de las diversas municipalidades:

¿Usted cree que es más riesgoso para su dinero en el banco, su auto (su patrimonio en sí) que la propia Municipalidad embargue y se cobre ella

misma, de las deudas por tributos de los vecinos, sin pedir autorización judicial?

A) Sí, es muy riesgoso para mi patrimonio que la Municipalidad embargue y cobre directamente si pedir autorización judicial.

B) No lo es.

RESPUESTAS	A	B
% DE CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	98.75%	1.25%

4. Debido a que la legislación y la jurisprudencia le imponen al ejecutor verificar la ejecutividad (exigibilidad coactiva) del acto o valor que se llevará a ejecución existe un mínimo margen de error o abusos y excesos de parte del ejecutor coactivo. Esto abona a la eficacia y eficiencia en la ejecución coactiva.

La ejecución coactiva llevada a cabo por dichas municipalidades ‘es verdaderamente eficaz y eficiente’. Esto lo apreciamos debido a que en las dieciséis municipalidades, materia de investigación en los ejercicios 2018 y 2019, la mayoría de los procedimientos coactivos han sido ratificados por el TF o por el PJ, vía la revisión judicial, invalidando solo un bajo porcentaje de expedientes coactivos tramitados por dichas municipalidades, con lo que no hay argumento para que la cobranza coactiva sea judicial pues observamos que los ejecutores están respetando las formas en el trámite del expediente.

Municipalidades	% de expedientes anulados o suspendidos definitivamente por Resolución del TF o del PJ.
Ate	1 %
Breña	10%
Independencia	2%
Jesús María	0.1%
La Molina	3%
Lince	1%
Magdalena del Mar	15%

Miraflores	15%
Pueblo Libre	0.1%
Rímac	35%
San Isidro	5%
San Juan de Lurigancho	3%
San Martín de Porres	10%
San Miguel	12%
Santa Anita	2%
Surquillo	0.1%

5. Se observa una mayor eficacia y eficiencia debido a que la propia municipalidad (en tanto Administración Tributaria) que conoce los procedimientos y normas tributarias “cierra el ciclo de la gestión tributaria”⁷⁴ con la ejecución forzosa de la deuda cuyo expediente conoce (emitiendo la deuda, atendiendo sobre los argumentos del deudor, declarando firme la deuda y verificando la exigibilidad para la ejecución), reduciéndose el tiempo al no trasladar todo lo actuado a otro órgano como el judicial para que lo revise, lo estudie y lo ejecute forzosamente.
6. Los deudores de tributos municipales también se benefician con la ejecución coactiva administrativa, en el sentido que cargan con su deuda frente a una sola entidad del Estado (la Municipalidad), máxime si esta pertenece a la Administración Pública (y no al PJ u otro poder del Estado), debido a que
 - i) la Administración Pública tiene deberes para con los administrados y contribuyentes ya que la Administración debe orientarlos, absolver las consultas y dudas, los funcionarios o servidores están sometidos no solo a la Ley sino a las normas de menor jerarquía e incluso a instrumentos de gestión⁷⁵ (en cambio los jueces solo están sometidos a las leyes y la Constitución y tienen la facultad del control difuso y una discrecionalidad judicial amplia lo que hace menos predecible la impartición de justicia), asimismo, las Administraciones están obligados a efectuar actuaciones menos gravosas para el contribuyente.
 - ii) En el Poder Judicial los auxiliares de justicia deben mantener la debida imparcialidad por lo que se reduce el nivel de orientación que se confiere a los litigantes, máxime si es un tema patrimonial y la defensa es cautiva, por ende más onerosa. Así muchas veces los auxiliares tienden a decir “venga con su abogado o consulte con

⁷⁴ GONZÁLES GUERRERO, Roxana y NAVA TOLENTINO, José J. (2015). *Op. cit.*, p. 91.

⁷⁵ Las circulares, comunicados, el MOF y el ROF pueden ser alegados por los contribuyentes en caso les favorezca.

su abogado” frente a las mayores precisiones, dudas o consultas que plantea el litigante.

- iii) El deudor tributario se enfrentará solo a un procedimiento administrativo y no a un complejo esquema procesal que acarrear los juicios.

En este sentido, de una encuesta realizada a los contribuyentes se aprecia que ellos perciben al proceso judicial más complejo que el trámite administrativo:

¿Cree usted que los trámites ante la Municipalidad son más complejos o menos complejos que litigar ante el Poder Judicial?

A) Los trámites ante la Municipalidad son más complejos.

B) Son menos complejos.

RESPUESTAS	A	B
% DE CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	0%	100%

- 7. Finalmente, no hay que olvidar el cúmulo de tareas con que ya contaría el Poder Judicial por lo que no se daría abasto para ejecutar el enorme número de expedientes coactivos que se inician en las municipalidades (lo que implica evaluar su procedencia, su exigibilidad y los debates o fases de contradicción que abre el proceso judicial).

SUBCAPÍTULO III

1.2.3. FUNCIONES DEL EJECUTOR COACTIVO EN LA LPEC

Como se ha indicado la potestad para que las Municipalidades de nuestro país efectúen la ejecución forzosa administrativa de los adeudos a su favor se encuentran en el TUO de la LPEC. Precisamente las funciones del ejecutor coactivo y la del auxiliar coactivo se rigen conforme lo establecido a dicho TUO.

¿Hasta dónde llega la potestad (poder) del Ejecutor Coactivo?

A la LPEC se realizaron modificaciones e incorporaciones significativas por parte de la Ley n.º 28165. Entre las modificaciones importantes a la competencia o función del ejecutor coactivo tenemos lo relativo a la reducción de la facultad para dictar medidas cautelares previas, con la modificatoria el ejecutor solo trabará embargo en forma de intervención en información, asimismo, ahora, con la sola presentación de la demanda de revisión judicial el ejecutor tendrá que suspender el procedimiento coactivo y levantar los embargos. Aspectos que fueron tratados en la STC Exp. 0015-2005-PI/TC.

Cuando se habla de autonomía o competencia hay que hablar de estabilidad laboral del ejecutor coactivo. En el ámbito laboral dicha estabilidad supone que cuando los ejecutores sean destituidos sin haberse seguido el procedimiento correcto muchas veces el Poder Judicial declare fundada la demanda, nula la resolución de destitución, ordene la reposición, reconozca la antigüedad del cargo, el reingreso y el pago de pensiones.

Otro tema es la revisión judicial, al respecto se alegó contra ella que este artículo “produce el vaciamiento del núcleo de la institución de la cobranza o ejecución coactiva”, a nuestro entender, lo que se cuestionaba era una reducción de la competencia del ejecutor coactivo y de la municipalidad en la actividad destinada a la cobranza de sus adeudos tanto tributarios como no tributarios. No obstante, en la STC Exp. N.º 0015-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional señaló que “[e]s decir, las modificaciones introducidas por la norma impugnada no suprimen la facultad de los gobiernos locales de realizar el cobro de sus acreencias, solo la conservan pendiente hasta que los procesos entablados sean resueltos jurisdiccionalmente, impidiendo la ejecución inmediata de las sanciones impuestas por la Administración a fin de evitar a los administrados perjuicios irreparables o de difícil reparación”, esto es, suspendiendo el procedimiento coactivo se evita la ejecución forzosa del patrimonio del administrado, hecho que garantizaría la efectividad de las decisiones del Poder Judicial.

Los procedimientos incoados por los ejecutores coactivos de las municipalidades (y de las demás entidades salvo la ejecución coactiva realizada por el “Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA”, el “Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI” y el caso de las multas de tránsito) son suspendidos (generándose en sí un estancamiento o la ineficacia del procedimiento de ejecución coactiva) mediante la presentación de la demanda de revisión judicial, lo que implica que las expectativas de cobro de las entidades son frustradas con la simple presentación de las demandas de revisión judicial.

1.2.3.1. COMPETENCIA

El conjunto de atribuciones que le otorga la ley al Ejecutor, esto es, la competencia del Ejecutor Coactivo, la ejercerá principalmente observando el TUO de La LPEC, del TUO de LPAG y aplicando normas y principios de forma subsidiaria. Cabe precisar que siempre ejercerá las acciones de coacción y coerción a nombre e interés de la entidad, atendiendo y persiguiendo el fin público ya sea al aplicar su potestad reglada o discrecional.

Y en el caso de la presente tesis, esto es, en el ámbito municipal el Ejecutor solo tiene competencia en la provincia o distrito a la que pertenece.

En el caso en que los ejecutores y auxiliares coactivos de los gobiernos regionales y locales necesiten ejecutar una medida de embargo fuera de su competencia territorial, “deberán librar exhorto a cualquier Ejecutor coactivo de la provincia en donde se desea ejecutar la medida de embargo, conforme lo regulado en el Título IV de la Sección Tercera del CPC” según lo dispuesto por el art. 3 del TUO de la LPEC. De igual manera este artículo agrega que sobre un mismo procedimiento coactivo no se podrá librar exhorto a más de un Ejecutor Coactivo, norma que se condice con los señalado en el art. 161 del TUO de la LPAG, donde se señala que “[s]ólo puede organizarse un expediente para la solución de un mismo caso, para mantener reunidas todas las actuaciones para resolver.”

Cuando se promulgó la ley n.º 26979 en 1998 esta señaló en su art. 3 que “el ejecutor es el titular del procedimiento y ejerce, a nombre de la Entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la Obligación, de acuerdo a lo establecido en esta Ley”.

Con posterioridad la Ley n.º 28165 de 2004, la que introduce modificaciones significativas, señala de modo expreso que **su cargo es indelegable**.

No obstante, cabe señalar que la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) en el informe legal n.º 274-2012-SERVIR/GG-OAJ indica que se puede llevar a cabo la delegación temporal del puesto de ejecutor coactivo a otro ejecutor coactivo o auxiliar coactivo siempre que ellos hayan ingresado por concurso público y en este último caso (a otro auxiliar) procede además cuando este auxiliar reúna los requisitos de ley para el puesto de ejecutor y se cumplan con las condiciones propias del encargo.

El art. 9 del Decreto Legislativo n.º 1014 señala que:

“a) Los Gobiernos Regionales y Municipales deberán ejercer las competencias en materia de ejecución coactiva a través del mecanismo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 28165 o en su defecto, a través de Convenios de Gestión en el marco de la Tercera Disposición Final de la referida Ley. No podrán ser materia de tercerización a través de empresas recaudadoras o de gestión de cobranza, cualquiera sea su denominación, la ejecución y cobranza de las acreencias que mantienen personas naturales o jurídicas a los municipios.

(...)

e) Para efectos de la recaudación de acreencias en el marco de acciones de ejecución coactiva, no se podrán realizar convenios de colaboración entre municipalidades provinciales y distritales de cualquier punto del país sin contar con la formalidad del exhorto correspondiente. Para tal efecto déjase en suspenso el tercer párrafo del Artículo 3 de la Ley N° 26979, conforme a la modificatoria efectuada por la Ley N° 28892, y la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 26979, cuya vigencia fue reestablecida por el Artículo 3 de la Ley N° 28892.”

Con ello, la modificación restringe al exhorto la colaboración entre las ejecutorías.

1.2.3.2. LA AUTONOMÍA FUNCIONAL Y LA MERITOCRACIA COMO GARANTÍAS PARA LOS CONTRIBUYENTES

El ejecutor no goza de autonomía en el sentido estricto o que su oficina de ejecutoría coactiva sea una especie de área descentralizada con presupuesto y políticas propias. De hecho, el procedimiento coactivo se ejerce a nombre de la entidad, “el ejecutor coactivo está sometido a la decisión de la Entidad a la que representa y de la cual es mandatario”, este procedimiento es parte de los procedimientos pertenecientes a la municipalidad, es más, el titular de la entidad tiene la potestad de suspender el procedimiento coactivo mediante acto expreso, finalmente no hay que olvidar que en caso se advierta alguna infracción (en el procedimiento coactivo), abuso de autoridad o daño a la persona o patrimonio de terceros, la entidad municipal responderá con su patrimonio (en tal caso podrá repetir contra ejecutor coactivo).

Pero sí estamos de acuerdo en que la función del ejecutor coactivo se debe llevar a cabo con la total independencia de las presiones que obedezcan a los intereses del alcalde o gerente o funcionarios de la alta dirección, que estén reñidas con la finalidad pública y la gestión de la municipalidad en cautelar el bienestar y brindar los servicios a los ciudadanos.

Y de esa independencia se desprende del ordenamiento jurídico que su función debe ejercerla no solo con base en su potestad reglada sino también con discrecionalidad, mas no con arbitrariedad.

Un hecho que abona a la independencia o autonomía mencionada y a un normal servicio público en beneficio del administrado es que mediante la Ley n.º 27204 se precisa que el Ejecutor y Auxiliar coactivo son funcionarios “nombrados o contratados según el régimen laboral de la Entidad a la cual representan” y “su designación” en los términos señalados en el artículo 7 de la LPEC, no implica que dichos cargos sean de confianza.

A su vez el art. 7 del TUO de la LPEC señala

“Artículo 7°.- Designación y remuneración

7.1 La designación del Ejecutor como la del Auxiliar se efectuará mediante concurso público de méritos.

7.2 Tanto el Ejecutor como el Auxiliar ingresarán como funcionarios de la Entidad a la cual representan y ejercerán su cargo a tiempo completo y dedicación exclusiva.
(...)"

Asimismo, mediante Informe Técnico n.º 109-2017-SERVIR/GPGSC la Autoridad Nacional del Servicio Civil indicó que las Normas (TUO n.º 26979 y Ley n.º 27204) se orientan, "según el legislador," a que tanto el ejecutor coactivo como el auxiliar coactivo se vinculen al Estado de manera indefinida.

A ello cabe agregar que para el ámbito municipal, el artículo 37 de la LOM indica que los obreros de las municipalidades están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, en este caso la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo n.º 728, mientras que los funcionarios y empleados de las municipalidades se encontrarán sujetos al régimen de la carrera administrativa, esto es la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo n.º 276. Por ello los servidores, que no son personal obrero, como es el caso de los ejecutores coactivos, gozarán de la calidad de personal nombrado al interior de las municipalidades.

Por el contrario, existen opiniones en el sentido que los Ejecutores y Auxiliares coactivos pueden ser contratados bajo el régimen especial del Contrato Administrativo de Servicios (CAS)⁷⁶, no obstante, este sería un asunto de tema presupuestal y no debemos olvidar que se debe mantener y respetar la independencia del ejecutor coactivo para el cumplimiento de las funciones y actuaciones de coerción y coacción que la ley le confiere.

En atención a todo lo expuesto, sostenemos que tomando en cuenta la finalidad de la LPEC, el artículo 7, la Ley n.º 27204, en la parte que indica que el ejecutor y auxiliar coactivos **son "funcionarios nombrados o contratados** según el régimen laboral de la entidad a la cual representan", el ejecutor coactivo deberá tener la calidad personal nombrado a la municipalidad bajo el régimen del DL n.º 276, pues este es el régimen laboral que corresponde a los funcionarios en las municipalidades.

A continuación, cabe referirnos a los ejecutores que se encontraban contratados bajo el régimen CAS, Decreto Legislativo n.º 1057, al momento de sancionarse la Ley n.º 31131 (que entró en vigencia el 10.03.2021) y la posterior STC recaída en el expediente n.º 013-2021-PI/TC, "Caso de la incorporación de los regímenes CAS al Decreto Legislativo 276 y Decreto Legislativo 728".

Es consabido que varias municipalidades han venido contratando bajo el régimen CAS a los ejecutores y auxiliares coactivos.

⁷⁶ Pues pueden darse situaciones excepcionales (presupuestales) que impidan o limiten la contratación indefinida de los Ejecutores y Auxiliares coactivos, aun así la entidad tiene que ejecutar de modo oportuno las acciones coactivas y coercitivas frente a los incumplimientos de las obligaciones legales por parte de los administrados y contribuyentes, por lo que como se señala en el Informe Técnico n.º 052-2015-SERVIR/GPGSC las entidades pueden contratar Ejecutores y Auxiliares coactivos mediante el régimen laboral del CAS, atendiendo que "[l]as contrataciones que se efectúen en situaciones excepcionales como la planteada deberán garantizar el desempeño autónomo de las labores que por ley corresponden a un Ejecutor Coactivo"

Al respecto, autores como el Abog. Armando Mendoza Ugarte, sostienen que a fin de que los ejecutores coactivos “puedan cumplir su función a cabalidad, la LPEC [les] otorga [...] estabilidad en el ejercicio del cargo”.⁷⁷ Además que “[g]arantizando la permanencia en el cargo se puede garantizar que los agentes públicos se orienten por políticas de Estado y se subordinen a la ley, antes que orientarse por disposiciones políticas y se subordinen al gobernante de turno”.⁷⁸

De igual parecer son los ejecutores entendidos en la materia, conferencistas y con experiencia en el cargo desempeñada en las distintas municipalidades de Lima, como son los abogados Luis Efrén Ruelas Llerena, José Alberto Estela Huamán y Laura Rosa Gomez Sanchez, entre otros y otras.

Dichos autores y conferencistas exponen que el contrato CAS no es el que corresponde a los ejecutores coactivos, máxime porque este contrato se encuentra sujeto a renovación⁷⁹ lo que hace que el ejecutor pierda autonomía funcional y sea pasible de presiones de parte de las gerencias u órganos políticos de las municipalidades.

No obstante, en 10.03.2021 entró en vigencia la Ley n.º 31131 y posteriormente en diciembre del mismo año se expidió la sentencia recaída en el expediente n.º 013-2021-PI/TC, “Caso de la incorporación de los regímenes CAS al Decreto Legislativo 276 y Decreto Legislativo 728”, y su posterior auto de improcedencia al pedido de aclaración.

Este último auto tiene una capital importancia pues indica “que los extremos de la ley que no han sido declarados inconstitucionales se aplican inmediatamente a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigencia de dicha ley, en ese sentido, los contratos CAS de los servidores que desarrollan labores permanentes a la entrada en vigencia a la citada ley” (10.03.2021) tienen carácter indefinido.⁸⁰

En atención a esto último, varios ejecutores coactivos que se encontraban contratados bajo la modalidad CAS, desarrollando labores permanentes, pasaron a tener un régimen con un plazo indefinido.

Sin embargo, nosotros sostenemos que incluso con la sanción de la Ley n.º 31131 y posterior STC, el ejecutor coactivo no debe ser contratado bajo el régimen CAS sino que debe ser un personal nombrado debiendo acceder y estar inmerso en la carrera administrativa, cuyo régimen respeta los principios que orientan el ejercicio del servicio público. Tales principios son “la meritocracia, la transparencia y la igualdad ante la ley”.

Entre dichos principios cabe resaltar el principio de meritocracia, por el cual, los concursos para acceder a la función pública deben “caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de los postulantes”.

⁷⁷ MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). La Ejecución Coactiva. Segunda edición. Jurista Editores. Lima. p. 114.

⁷⁸ *Ibidem*, p 115.

⁷⁹ Entiéndase antes de la vigencia de la Ley n.º 31131.

⁸⁰ Servir ha emitido varias opiniones técnicas en el mismo sentido, como por ejemplo el Informe Técnico N.º 001364-2022-SERVIR-GPGSC del 31 de julio de 2022.

El mismo TC en la acotada STC recaída en el expediente n.º 013-2021-PI/TC, señaló que es una afirmación legislativa irrazonable el disponer “la incorporación del personal contratado por el Estado bajo la modalidad CAS a los regímenes laborales regulados por los decretos legislativos 276 y 728, sin tomar en consideración los principios que ostentan el ejercicio del servicio público”.

Asimismo, la Ley n.º 28175, LMEP, contempla el principio de mérito y capacidad, en cuyo caso indica que “[e]l ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública.”

En la acotada STC recaída en el expediente n.º 013-2021-PI/TC, el TC expresa que respecto “a la exigencia del concurso público que hace la ley impugnada, debe advertirse que en los procesos de selección a los que postula el personal CAS existe un estándar de evaluación que puede ser más bajo, por cuanto no necesariamente se configuran las exigencias propias de un concurso público de méritos, donde, además de evaluar el perfil curricular del postulante, se evalúan sus conocimientos técnicos a través de un examen”. (Subrayado agregado)

Asimismo, en la misma línea con la STC citada, el artículo 4 de la Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 61-2010-SERVIR/PE de la Autoridad del Servicio Civil – Servir, modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 330-2017-SERVIR/PE dispone que

“todo proceso de selección que realicen las entidades públicas debe considerar como mínimo las siguientes evaluaciones:

- Evaluación curricular
- Evaluación de conocimientos o habilidades técnicas
- Entrevista

Las entidades públicas pueden aplicar las referidas evaluaciones en el orden que se considere más adecuado a las necesidades de cada puesto a convocar.

Únicamente para los procesos de selección en el marco de la contratación administrativa de servicios sólo son obligatorias la evaluación curricular y la entrevista, siendo opcional aplicar otros mecanismos de evaluación.⁸¹
(Subrayado agregado)

En este sentido, los postulantes que busquen acceder a una plaza bajo los regímenes de los DL 728 o 276 deben someterse a un concurso público que consideren las evaluaciones arriba señaladas pues “solo de esa manera se preserva la meritocracia en el sector público y se garantiza la igualdad en el acceso al empleo público”.

Los requisitos para ser ejecutor coactivo los encontramos en el artículo 4 del TUO de la LPEC:

⁸¹ La modificatoria a la Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 61-2010-SERVIR/PE puede revisarse en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/formalizan-modificacion-de-la-res-n-61-2010-servirpe-en-resolucion-no-330-2017-servir-pe-1609854-4/>

TUO de la LPEC

“Artículo 4°.- Requisitos del Ejecutor.

4.1 El Ejecutor deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;
- b) Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley;
- c) No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso;
- d) No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales por medidas disciplinarias, ni de la actividad privada por causa o falta grave laboral; sobre este literal cabe señalar que si el administrado demandó en la vía contenciosa administrativa, no se le podrá impedir que trabaje en la Administración Pública hasta la dicha vía resuelva.
- e) Tener conocimiento y experiencia en derecho administrativo y/o tributario; y,
- f) No tener ninguna otra incompatibilidad señalada por ley.”

Advertimos que el TUO de la LPEC exige expresamente ciertos conocimientos técnicos y experiencias en torno al derecho administrativo y tributario, los cuales deberán ser valorados en un concurso o evaluación que garantice a los contribuyentes un agente idóneo para el cargo.

En atención a todo lo expuesto, el ejecutor coactivo de las municipalidades debe acceder a la entidad como personal nombrado bajo el régimen de la carrera administrativa, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, DL 276, no siendo viable que sea contratado vía modalidad CAS, no obstante que la sanción de la Ley n.º 31131 y la STC sobre su inconstitucionalidad le hayan otorgado el carácter de indeterminado a su plazo de contratación.

Esto debido a que, para asegurar un autónomo y normal desarrollo de la función del ejecutor coactivo y garantizar los derechos de los administrados y contribuyentes pasibles de embargos y ejecuciones, no es suficiente que el ejecutor coactivo tenga un contrato a plazo indeterminado, sino que la modalidad de acceso a la función pública respete el principio de meritocracia.

1.2.3.3. FUNCIONES

Entre las funciones y facultades del Ejecutor coactivo más destacadas tenemos:

1. “Revisar y evaluar la exigibilidad de la deuda”.

STC y RTF (N.ºs 0226-Q-2016 y 00460-Q-2019, p.ej.) han establecido que es obligación del ejecutor coactivo verificar la exigibilidad de la deuda tributaria. En este caso el Ejecutor tiene que verificar que la deuda sea exigible coactivamente conforme el artículo 25 del TUO de la Ley n.º 26979.

Artículo 25°.- Deuda exigible coactivamente

“25.1. Se considera deuda exigible:

a) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa, emitida por la Entidad conforme a ley, debidamente notificada y no reclamada en el plazo de ley;

b) La establecida por resolución debidamente notificada y no apelada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal;

c) Aquella constituida por las cuotas de amortización de la deuda tributaria materia de aplazamiento y/o fraccionamiento pendientes de pago, cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó ese beneficio, siempre y cuando se haya cumplido con notificar al deudor la resolución que declara la pérdida del beneficio de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio dentro del plazo de ley; y,

d) La que conste en una Orden de Pago emitida conforme a Ley y debidamente notificada, de conformidad con las disposiciones de la materia previstas en el Texto Único Ordenado del Código Tributario.”

2. “Dictar las medidas cautelares, variarlas cuando las circunstancias la ameriten”.

En el caso que la obligación perseguida por los ejecutores coactivos sea de deuda tributaria, corresponden (conforme a nuestro esquema procesal) las ‘medidas asegurativas de futura ejecución forzosa’ las cuales, en el marco del TUO de la LPEC, artículo 33, son:

“a) En forma de intervención en recaudación, en información o en administración de bienes, debiendo entenderse con el representante de la empresa o negocio;

b) En forma de depósito o secuestro conservativo;

c) En forma de inscripción, debiendo anotarse en el Registro Público u otro registro, según corresponda;

d) En forma de retención, en cuyo caso recae sobre los bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el Obligado sea titular, que se encuentren en poder de terceros”.

3. “Ordenar las medidas cautelares previas y demás actos para impulsar el procedimiento coactivo y asegurar el recupero de la deuda tributaria”.

En este numeral apreciamos una de las relevantes diferencias entre la LPEC y el CT en materia coactiva. El ejecutor coactivo de la Sunat tiene la facultad de dictar cualquier disposición destinada a cautelar el pago de la deuda tributaria, tales como comunicaciones y publicaciones (numeral 3 del art. 116 del TUO del CT). Asimismo, el Ejecutor coactivo también tiene la facultad de requerir la información de los deudores, a las entidades públicas o privadas, también

ejecutar las garantías que le fueron otorgadas, entre otras facultades que se reseñan en el art. 116 del TUO del CT citado.

Dentro de esas facultades se encuentra la de dictar medidas cautelares previas, esto es, la de dictar actos de gravamen (embargos) contra los contribuyentes para cautelar el pago de la deuda coactiva asegurando el patrimonio, acreencias y demás del deudor con miras a una futura ejecución forzosa y el cobro de dicha deuda. No obstante, en el caso de los procedimientos de ejecución o cobranza coactiva de obligaciones tributarias por parte de los gobiernos locales, dicha facultad se encuentra restringida pues el art. 28 del TUO de la LPEC señala que “Los Ejecutores coactivos únicamente podrán ejecutar, en calidad de medida cautelar previa, el embargo en forma de intervención en información previsto en el artículo 33°, literal a), de la LPEC, debiendo cumplir con los requisitos previstos en el artículo 13°”.

Del mismo modo, en el referido art. 28 se prohíbe a los Ejecutores Coactivos aplicar lo dispuesto por los art. 56, 57 y 58 del CT, esto es, trabar medida cautelar previa (que es aplicada por el Ejecutor de la Sunat) incluso a la emisión de la orden de pago, que contiene la deuda.

4. “Ordenar la suspensión, conclusión y archivamiento del procedimiento coactivo”.

El ejecutor coactivo está obligado a suspender el procedimiento de ejecución coactiva, bajo responsabilidad, cuando se cumplan alguna de las causales descritas en el artículo 16 del TUO de la LPEC. Asimismo, además de dichas causales de suspensión el Ejecutor también deberá suspender el procedimiento cuando se cumplan las causales del art. 31 del mismo cuerpo normativo.

5. “Ordenar la devolución de los bienes embargados”.

En el caso que el procedimiento haya iniciado de modo indebido sin seguir las normas del TUO de la LPEC o haya sido tramitado sin seguir el mismo cuerpo normativo así como las normas pertinentes del TUO de la LPAG y, en caso de haberse dictado medidas cautelares, corresponderá suspender o declarar nulo ciertos actos en el procedimiento coactivo ordenando el levantamiento de la medida de embargo y la devolución de los bienes embargados. Por otro lado, en casos en que se haya ordenado el embargo de montos dinerarios en exceso, se ordenará la devolución de dicho exceso atendiendo a los principios que rigen el procedimiento coactivo y al derecho público en general continuándose con el procedimiento coactivo, en caso no se incurra en ninguna causal de suspensión.

RTF N.º 10499-3-2008, precedente de observancia obligatoria, dispone

“Corresponde que el Tribunal Fiscal ordene la devolución de los bienes embargados cuando se determine que el procedimiento de cobranza coactiva es indebido y se declare fundada la queja.

El criterio adoptado únicamente está referido a la devolución de dinero que fue objeto de embargo en forma de retención, y que luego de ejecutada dicha medida, la Administración lo imputó a las cuentas deudores del contribuyente”

RTF N.º 00460-Q-2019, precedente de observancia obligatoria, dispone

“Procede ordenar, en la vía de la queja, la devolución de los montos imputados provenientes de embargos cuando el administrado opone la prescripción en dicha vía y ésta [sic] se declara fundada en cuanto este aspecto.

Los pagos forzosos a devolver son los que provienen de las imputaciones que se realizaron desde que culminó el cómputo del plazo de prescripción, aun cuando la prescripción se oponga en el procedimiento de cobranza coactiva después de la imputación”

6. “Requerir a los terceros información que acredite la veracidad de la existencia o no de créditos pendientes de pago del deudor”.

Esta dentro de las facultades del Ejecutor dictar cualquier disposición destinada a cautelar el pago de la deuda tributaria, tales como comunicaciones y publicaciones, así como el requerimiento de información de los deudores, a las entidades públicas o privadas. En ese sentido el ejecutor coactivo puede requerir de modo general, dentro del marco del procedimiento coactivo, información a los propios deudores como a los terceros, entidades públicas o privadas. Por otro lado, también tiene la facultad de dictar la medida de embargo en forma de intervención en información. Con esta medida el ejecutor o el auxiliar coactivo u otro funcionario acreditado se apersona en la empresa o deudor tributario e interviene para recabar información necesaria para el procedimiento coactivo y el aseguramiento de la deuda.

7. “Declarar la Nulidad de la Resolución de Ejecución Coactiva”.

Si bien una de las características de las resoluciones coactivas es que las mismas son inimpugnables, esto es, no procede contra estas recurso alguno, sí cabe un derecho de contradicción de estas, puesto que todo acto o resolución de la Administración Pública es susceptible de cuestionamiento en lo que atañe a su competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento regular. Máxime la Resolución de Ejecución Coactiva, o sea, la Resolución n.º UNO (01) la que inicia el procedimiento coactivo, deberá contener los requisitos señalados en el art. 15 en TUO de la LPEC bajo sanción de nulidad. De igual manera, el art. 30 del TUO de la LPEC señala que en caso de obligaciones tributarias de los gobiernos locales la REC que inicie estos procedimientos deberá contener los mismos requisitos señalados en el citado art. 15.

8. “Dejar sin efecto toda carga o gravamen que pese sobre los bienes transferidos en el acto remate”.

Luego del acto de tasación y remate del bien embargado, existiendo un postor ganador a quien se le adjudica el bien, el ejecutor coactivo extenderá un acta mediante el cual transferirá la propiedad del bien, con los requisitos del art. 738 y 739 del CPC. Asimismo expedirá una resolución coactiva conteniendo, entre otros, “2. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, salvo

la medida cautelar de anotación de demanda; se cancelará además las cargas o derechos de uso y/o disfrute, que se hayan inscrito con posterioridad al embargo o hipoteca materia de ejecución”; conforme al citado art. 739.

Por otro lado, cabe señalar que no es facultad del ejecutor coactivo el determinar mediante resolución de ejecución coactiva la responsabilidad solidaria, en todo caso lo solicitará a la oficina correspondiente, la que mediante resolución de determinación resolverá si se cumplen las causales y atribuirá responsabilidad solidaria; en el mismo sentido la RTF n.º 489-3-2000.

SUBCAPÍTULO IV

1.2.4. LA DISCRECIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.2.4.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

El contenido del régimen administrativo estaba restringido por la doctrina clásica a la prerrogativa del poder público, mas ahora este régimen “incluye no solo las potestades que reflejan el *imperium* estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el derecho público consagra a favor de los particulares. Y esta ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo”.⁸²

Dentro de esas garantías a favor del administrado, como garantía sustantiva encontramos el principio de legalidad.

“El principio de legalidad de la administración impone la vinculación de ésta [sic] a las regulaciones previstas por el legislativo y de igual modo, la somete al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la cual corresponde examinar, dentro del marco de su competencia, la observancia de las leyes por parte de la administración”⁸³. El autor citado señala que hay dos componentes de este principio:

- a. El principio de primacía de la ley
- b. El principio de reserva de ley

Por el primer principio se entiende la sujeción de la Administración a las leyes existentes: en sentido positivo, “aquella debe actuar conforme a las normas” y en sentido negativo, “no debe adoptar ninguna medida que las contradiga”. Rige para la totalidad de la actuación administrativa y no solo se restringe a la ley formal.⁸⁴

Por el principio de reserva de ley, el autor citado entiende que la Administración “solo puede actuar si ha sido habilitada por ello mediante ley”.⁸⁵ Así la primacía de la ley prohíbe la violación de las leyes existentes, la reserva de ley impone la existencia de un fundamento legal para la actuación administrativa.

Entonces hay reservas de ley:

- “Para la regulación de derechos fundamentales
- Reserva general de ley que resulta de los principios constitucionales de la democracia parlamentaria y el Estado de Derecho”

Como uno de los fundamentos de la reserva de ley tenemos al principio democrático. Este principio exige que sea el parlamento revestido de legitimidad

⁸² CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. Tomo I. Segunda edición. Palestra Editores. Lima. p. 518.

⁸³ HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. UNAM. México. p. 113.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 113.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 114.

democrática por su elección directa del pueblo “quien adopte las decisiones fundamentales de la comunidad (...) aquellas regulaciones generales importantes para los ciudadanos”.⁸⁶ Entonces observamos que se reserva al legislador ciertas materias y la Administración solo podrá actuar en ellas en virtud de una habilitación legal, más no por su propio derecho o plenos poderes.

Las funciones de la reserva de ley —garante de la Democracia y del Estado de Derecho—“engloban hoy el conjunto de la actividad estatal, lo que implica un aumento de su extensión”. Pero “[d]e ello no resulta una “reserva total” que comprende la totalidad de la actuación administrativa, pero sí que las decisiones fundamentales e importantes para los ciudadanos y la comunidad deban ser adoptadas por el legislador y bajo su responsabilidad.”⁸⁷ Pero “¿qué asuntos quedan comprendidos por la reserva de ley?” ¿Qué debe regular el mismo legislador o qué puede remitir al titular de la potestad reglamentaria? La respuesta es ‘la teoría del contenido esencial’. “El legislador debe adoptar —él mismo— todas las decisiones esenciales en el ámbito normativo”, así, el autor que estamos siguiendo afirma, citando al tribunal alemán, que lo esencial será “[l]o que es esencial para el desarrollo de los derechos fundamentales”.⁸⁸

En este sentido, autorizada doctrina argentina señala que el “principio de legalidad” implica dos reglas:

“1) Toda afectación o limitación sustancial a los derechos de propiedad y de libertad de los administrados ha de ser impuesta por la ley formal; 2) los reglamentos o actos que afectan o limitan tales derechos individuales deben fundarse en preceptos legales (desde el punto de vista formal) o constitucionales”.⁸⁹

Asimismo, para saber cuál es la posición que la Administración ocupa frente al sistema objetivo del Derecho Administrativo (producción normativa a través de las distintas fuentes) autorizada doctrina española aborda el problema en dos partes:

“1^a La determinación del alcance y contenido del llamado principio de la legalidad administrativa, y

2^a La del examen de la naturaleza de la situación de la Administración frente a la ley”⁹⁰

Sobre la primera parte se puede señalar que “el ámbito de vigencia del principio de legalidad supone:

⁸⁶ *Ibidem*, p. 115.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 117.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 117.

⁸⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 527.

⁹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLES, Herminio. (2005). Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. 14ta edición. Editorial Tecnos. p. 198.

- a) La sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general.
- b) La sumisión de los órganos que dictan disposiciones al ordenamiento jerárquico de las fuentes escritas del Derecho”.⁹¹

Las reglas que se formulan son:

- “Las disposiciones y resoluciones administrativas no pueden infringir la Constitución ni las leyes (o normas con rango de ley)”.
- “Las disposiciones y resoluciones administrativas no pueden vulnerar preceptos contenidos en normas dictadas por autoridad de grado superior”
- “Las autoridades administrativas no podrán dictar disposiciones de carácter concreto que contradigan o desconozcan lo que la misma autoridad ha dispuesto por vía general: principio de la inderogabilidad de los reglamentos por vía singular”.
- Ni vulnerar “las disposiciones de carácter general dictadas por autoridades inferiores”.⁹²

Sobre la naturaleza de la sumisión a la ley hay dos posturas, según el autor citado:

“1ª La Administración no tiene por misión aplicar la ley, pues lo único que exige el Estado de Derecho es que la respete, es decir que actúe dentro de ella;

2ª Las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la ley, siendo imposible todo tipo de actuación que no ha sido previamente encomendada a la Administración pública por el legislador.”⁹³

Ante esto el autor citado toma una **postura ecléctica** que asumimos para el trabajo de esta tesis, esta postura es abonada por:

1. La actividad administrativa no es homogénea. Tiene competencia para gestionar un servicio público como para resolver recursos jerárquicos y reconocer derechos de sueldos que alegue un funcionario público, por ejemplo.
2. Hay un mayor número de normas que determinan cada vez con mayor minuciosidad la organización, los fines y los medios a utilizar por la Administración Pública.
3. La satisfacción del interés público es exclusiva incumbencia de la Administración Pública, por lo que siendo responsable del éxito o

⁹¹ *Ibidem*, p. 200.

⁹² *Ibidem*, p. 200.

⁹³ *Ibidem*, pp. 200-201.

fracaso se le reconoce a ella el necesario poder de iniciativa. Para ello se apoya en la interpretación de ciertas normas.

4. La iniciativa administrativa supone la concesión de poderes discrecionales a la Administración Pública.⁹⁴

Cabe agregar que la legalidad reposa en un fundamento de seguridad y justicia, “por cuanto se objetivan la competencia y los fines de la actividad de la Administración que no quedan librados al arbitrio subjetivo del gobernante o del funcionario”.⁹⁵

1.2.4.2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Apreciamos que el órgano administrativo se encuentra sometido a la ley como los demás poderes en un Estado Democrático de Derecho, cuando se le señala que tiene que ‘ejecutar’ la ley, también se le está indicando que como operador jurídico tiene que aplicar la ley.

Sobre la aplicación de la ley o del derecho, siguiendo a doctrina autorizada alemana podemos señalar:

- a) Las normas jurídicas son proposiciones de carácter condicional, se estructuran sobre dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.
- b) “El proceso de aplicación de la ley se desarrolla en cuatro fases”:
 - Averiguación o comprobación del hecho o conducta.
 - Concreción e interpretación del contenido del supuesto de hecho
 - Subsunción
 - Constatación de la consecuencia jurídica.⁹⁶

A estas fases podemos agregar una que se realizará antes de la subsunción referente a:

- En caso de vacío o insuficiencia de disposición administrativa, pudiendo encontrarse el órgano administrativo (o no) atribuido por ley previa (expresa o implícitamente), tendrá que integrar vía el procedimiento de ‘analogía’ para dar una respuesta al caso concreto.⁹⁷

⁹⁴ *Ibidem*, p. 204.

⁹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. *Op. cit.*, p. 527.

⁹⁶ HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. *Op. cit.*, p. 130.

⁹⁷ Para abonar en la postura referida a que la autoridad administrativa puede aplicar el procedimiento de analogía nos basamos en los numerales 1.10, 1.17 y 2 del art. IV, numeral 1 del art. VIII, art. 2 y los numerales 1, 2 y principalmente el 6 del art. 86 del TUO de la LPAG, así como en doctrina que se encuentra a favor del uso de la analogía en sede administrativa como CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. Tomo I. Segunda edición. Palestra Editores. Lima. p. 565. Este autor explica que el carácter nuevo del Derecho Administrativo y la consecuente ausencia de regulación normativa, orgánica y sistemática para la mayoría de sus instituciones hace que se presenten numerosos supuestos de carencia histórica de normas o lagunas “que llevan a elaborar una norma justa a fin de cubrir el hueco o vacío del ordenamiento jurídico administrativo.” Otro autor a favor de la aplicación de la analogía en sede

Asimismo, estas fases no aparecen aisladas “[l]a aplicación jurídica no es sólo [sic] una concatenación de deducciones lógicas sino también un proceso de cognición valorativa”.⁹⁸

Como se indicó *ut supra*, en la construcción del principio de legalidad de la Administración y la aplicación de la ley, se plantean dos doctrinas o posiciones:

- la primera conocida como **vinculación negativa**, según la cual “[l]a Administración podría hacer <<no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe>>”⁹⁹. Entonces se entiende que la Administración usa su discrecionalidad, esto es, “su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado”¹⁰⁰. Y en este contexto aparece el tema de los poderes discrecionales, entendiéndose a estos como el ejercicio que “utiliza criterios de aplicación que no están en las leyes y que ella solo es libre de valorar” caracterizándose estos poderes por su libertad y exención respecto de la ley.¹⁰¹
- la segunda conocida como **vinculación positiva**, según la cual “[e]l Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio”, se agrega que para la Administración Pública rige el *quae non sunt permissae prohibita intelliguntur* (lo que no está permitido ha de entenderse prohibido), y para la vida privada rige “*permissum videtur in omne quod not prohibitum* (ha

administrativa es HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. pp. 60-62. Este autor explicando sobre la aplicación subsidiaria de disposiciones jurídico privadas al derecho administrativo refiere a dos modos de aplicación a) por su vigencia inmediata de tales normas en el seno del derecho público o b) su aplicación de forma analógica, concluye que la mayoría de las normas serán de aplicación a través de la analogía. Por otro lado, una posición en contra de la aplicación de la analogía la observamos en GUZMÁN NAPURÍ, Christian. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Pacífico Editores. Lima. p. 30, sin embargo, sí acepta el empleo de los principios para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo. Ergo, apreciamos que sí estaría aceptando la ‘analogía iuris’. *Ibidem*, pág. 89. Ahora bien, en palestra nacional el profesor DANÓS ORDÓÑEZ señala que con la entrada en vigencia de la LPAG n.º 27444, se consagra como una de las funciones que toca cumplir a los principios: la ‘función integradora’; dicho autor afirma que el numeral 2 del art. IV y numeral 1 del art. VIII “tienen como fuente de inspiración el numeral 8) del artículo 139º de la Constitución que consagra la integración de las lagunas del derecho por el juez en base a los Principios Generales del Derecho”, en DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. (2008). “Los principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo peruano”. En Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Valladolid y Salamanca. (pp. 533 - 548). VALLADOLID. junta de Castilla y León. [consulta:19.09.2021] Ponencia disponible en: <https://es.scribd.com/document/406733445/Los-Principios-Generales-del-Derecho-en-el-Derecho-Administrativo-peruano-Jorge-Danos-Ordenez>, [cita tomada de la página 14 de este texto web].

⁹⁸ HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. *Op. cit.*, p. 130.

⁹⁹ MEYER-ANSCHÜTZ, *apud* GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, pp. 473-474.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 473-474

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 473.

de entenderse permitido todo lo que no está prohibido”).¹⁰² Entonces la potestad discrecional tiene que estar en una ley dada con anterioridad (ley previa) que prevea o habilite la actuación de la autoridad administrativa.¹⁰³

Para la vinculación de la Administración a la ley y en lo referente a la potestad discrecional de la Administración Pública, de los órganos administrativos, asumimos una posición ecléctica antes mencionada, aunque con ribetes más actuales.

En este sentido, doctrina argentina que seguimos indica al comentar sobre ‘la competencia’, como elemento subjetivo del acto administrativo, que ella es la medida de la potestad o “el complejo de funciones atribuidas al órgano administrativo”, pero también es “la aptitud o conjunto de atribuciones y facultades que corresponden al ente, es decir, a la persona jurídica pública del Estado o la entidad estatal descentralizada de que se trate.”¹⁰⁴

Así con sustento en esta doctrina expresamos que es un error sostener que “en el Derecho Administrativo la competencia es la excepción” y la regla es la incompetencia, sustentándose tal error en que siempre se requiere de un texto expreso “que reconozca la aptitud del órgano o sujeto estatal para emitir un acto” válidamente. Esta postura se refutó tanto en la ‘permisión expresa’ como en la ‘permisión amplia’.¹⁰⁵ La permisión expresa hace referencia a “que solo se admite que exista competencia del sujeto u órgano cuando una norma expresa lo prescribe” y por la permisión amplia “se sostiene que el órgano u ente administrativo se halla facultado a hacer todo lo que implícitamente surja del texto expreso”.¹⁰⁶

Como argumento para refutar tales posturas se señala que:

“el axioma ontológico de la libertad rige tanto con relación a las personas físicas o ideales, como frente a los sujetos estatales y sus órganos, y que si bien el principio de la juridicidad exige para que exista competencia en el sujeto y órgano que una norma lo establezca, una vez creada una persona pública estatal, esta y sus órganos pueden hacer lo no prohibido dentro de sus respectivas competencias (axioma ontológico). Sin embargo, en materia de actos de gravamen la exigencia de norma expresa para fundar la

¹⁰² Con cita del profesor BALLBÉ, en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). “Curso de Derecho Administrativo”. *Op. cit.*, p. 477.

¹⁰³ MERKL señala que no solo la Administración sino también su actuación está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que admita “semejante” actuación, si no hay precepto jurídico que prevea la actuación, no podrá ser comprendida como acción del Estado, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). *Curso de Derecho Administrativo. Op. cit.*, pp. 475-476.

¹⁰⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. *Op. cit.*, p. 657.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 658.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 658.

competencia resulta insoslayable, en virtud del principio que emerge del art. 19 de la CN.”¹⁰⁷

Asimismo, agrega que

“El principio de especialidad de la competencia comprende tanto aquellas facultades atribuidas en forma expresa o implícita (como derivación o extensión de las normas expresas), como las competencias “inherentes” que surgen directamente de los fines establecidos en el acto de creación del órgano o ente, con los límites propios de la reserva de ley (v.gr., tipificación de sanciones) donde se requiere la existencia de norma legal expresa”.¹⁰⁸

Antes de dar nuestro concepto de potestad discrecional de la Administración, hay que tratar sobre las potestades con que cuenta la Administración.

Sobre la delimitación de la legalidad de las potestades administrativas cabe indicar que ha sido un problema en la doctrina el delimitar el papel del legislativo y judicial en la definición y control de las potestades correspondientes a la Administración. Sin embargo, observamos que es propio del Poder Legislativo el poder ejercerse sobre cualquier materia y tiene la función atribuida “de delimitar el ámbito legítimo de actuación” de los otros poderes distintos al legislativo.¹⁰⁹ Y por otra parte los jueces y tribunales están sometidos a la ley y controlan “que la actuación de la Administración siempre se ajuste a la ley y al Derecho”.¹¹⁰ De ello, podemos señalar que las potestades administrativas ‘se encauzan’ o se localizan (o manifiestan) en el marco de decisiones y definiciones del Poder Legislativo y bajo el control de los tribunales judiciales.¹¹¹

Ahora bien, el legislador no es totalmente libre a la hora de decidir el grado de predeterminación de la potestad de la Administración, sino que la Constitución obliga a usar una densidad mínima en algunos casos, toda vez que son “decisiones que la Constitución confía precisamente al legislador”, una regulación insuficiente podría vulnerar el principio de seguridad jurídica, la certeza, la previsibilidad de las consecuencias de lo dispuesto, la igualdad de trato ante situaciones repetitivas que sean parangonables.¹¹²

Aunado a ello, se plantea el cuestionamiento sobre el grado de control de los tribunales judiciales a la actividad administrativa. Si lo actuado por la Administración es contrario a Derecho lo anulan, pueden invitar al órgano de la

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 659.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 659.

¹⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. Tomo III. BOE. Madrid. p. 217.

¹¹⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 218.

¹¹¹ La discrecionalidad se manifiesta en dos vertientes: frente a la Ley y frente al juez, GARRIDO FALLA, Fernando con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLES, Herminio. (2005). Tratado de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 206.

¹¹² MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 219.

Administración a sustituir su decisión nula por otra ajustada a Derecho, o el tribunal puede sustituir la decisión anulada. La doctrina que seguimos señala que “los límites del control dependen, sobre todo, del grado de predeterminación legal”, así se concluye que “[m]ientras mayor sea la densidad de la regulación legal, más amplios serán los parámetros con que contarán los tribunales para valorar la decisión” enjuiciada o para sustituirla.¹¹³ No obstante, se critica la intervención judicial injustificadamente intensa pues puede llegar a invalidar la función de la Administración de atender los intereses generales.

Podemos agregar que las potestades administrativas son siempre serviciales o fiduciarias, esto es, el funcionario titular no podrá ejercerla para su propio beneficio o provecho, “sino siempre para atender o satisfacer intereses ajenos, los intereses comunes de los ciudadanos, denominados en las leyes habitualmente intereses generales”.¹¹⁴

Por otro lado, no es cierto en términos constitucionales que por “el principio de legalidad todas las actuaciones administrativas” deben estar precedidas por una ley que las habilita. Algunas veces es así —como ya se indicó— por la “materia determinada y en otras no porque no existe aquella reserva previa”. En estos casos —cuando no existe reserva previa— la acción administrativa “tiene que someterse a los principios y derechos consagrados en la Constitución, y también a las demás reglas jurídicas de la misma, y a las que, en cada momento establezca la legislación positiva”.¹¹⁵ El Derecho no solo será un límite objetivo sino que también exigirá “que la propia Administración se autovincule y establezca los parámetros y objetivos a que va a someter sus decisiones en el futuro”, esto será impuesto por los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato.¹¹⁶

Otro aspecto importante sobre la determinación de potestades es que el ordenamiento jurídico no es uniforme, no tiene una formación plana ni las normas ni principios tienen la misma virtualidad para definir los intereses generales y las potestades. En “un ordenamiento complejo el legislador no tiene confiada la misma función en relación con todas las materias”, las potestades no necesariamente se atribuirán “a la Administración por la ley de modo específico y no genérico”, no habrá duda de lo primero en la potestad sancionadora.¹¹⁷ La mayor especificidad de los reglamentos vendrá exigida por los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad de las potestades públicas.

¹¹³ *Ibidem*, p. 220.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 223.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 224.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 225.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 225. Con este argumento, el autor expresa que el defecto de la postura de García de Enterría y T. R. Fernández, al explicarnos la posición de la Administración ante la legalidad, fue explicar la posición de la Administración con “relación al ordenamiento en su conjunto, sin distinguir las normas que” la integran.

Ahora bien, muchas veces la ley no debe delimitar exactamente las competencias administrativas “si quiere preservar algunas garantías en la Constitución”, como por ejemplo la autonomía local.¹¹⁸

Ahora, nos toca referirnos a los conceptos de **potestades regladas** y **potestades discrecionales**.

En ese sentido, si los fines y las decisiones que puede optar la Administración Pública están predeterminados en la norma, las potestades serán regladas (vinculadas a las previsiones de dicha regulación) pudiendo señalarse que la aplicación del operador jurídico será de simple constatación del hecho a la norma. Si la Administración Pública, por el contrario, “puede definir su propia política de actuación y optar dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional”.¹¹⁹

Cuando la libertad de opción permite definir a la propia Administración los intereses generales a los que sirve total o parcialmente, entonces ella podrá formular “sus propias políticas de actuación determinando su contenido”¹²⁰. También es discrecional cuando define con libertad “lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses ya definidos por el legislador sin concretar totalmente políticas.”¹²¹

Recordemos que nosotros asumimos la postura concerniente a que no es necesaria para que la autoridad administrativa ejerza su poder discrecional que se encuentre habilitado ‘expresamente’ por ley previa, pues no todas las materias a regular exigirán reserva de ley. La discrecionalidad no depende solo de que la ley que atribuye la potestad administrativa permita participar en la adopción de decisiones, sino que la libertad de determinación resulta de todo el ordenamiento jurídico (que incluyen muchas reglas o principios que son aplicables).¹²²

La discrecionalidad o “libertad de opción” se concreta en un pequeño espacio como un agujero de rosquilla (R. Dworkin) está rodeada de normas y principios. “Las competencias definidas con cierta amplitud por leyes específicas, pueden verse muy reducidas por las regulaciones de otros sectores, o por la necesidad de respetar principios generales”¹²³

En muchas ocasiones cuando “la Administración regula sus propias potestades o las reparte” o las define mediante la operación de autoatribución ocasiona la transformación de lo discrecional en reglado.

¹¹⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 226.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 230.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 230.

¹²¹ *Ibidem*, p. 231.

¹²² Postura similar a la esbozada por CASSAGNE, Juan Carlos y por la doctrina española que estamos siguiendo, MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 231.

¹²³ *Ibidem*, p. 231.

La doctrina española que estamos siguiendo en este tema entiende por “la discrecionalidad en sentido estricto” a “aquellas potestades que se ejercen dentro de los márgenes de apreciación que permiten adoptar decisiones definitivas, no sustituibles por ningún otro órgano”.¹²⁴

Doctrina argentina,¹²⁵ que igualmente seguimos para este tema, expone que hay distintos tipos de discrecionalidad, las modalidades son:

- a) **La discrecionalidad típica**, cuando el margen de arbitrio o de libertad no se encuentra limitado por concepto jurídico (determinado o indeterminado), estando el órgano administrativo habilitado para escoger una alternativa o solución entre otras igualmente justas.
- b) **La discrecionalidad atípica**. Esta discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite una única solución justa, en otros casos supone un margen de valoración entre varias posibilidades justas (v. gr., la regla de que las tarifas de una concesión sean justas).
- c) **Discrecionalidad atenuada o restringida**. “El espacio de libertad está constreñido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva”.¹²⁶ “La discrecionalidad” está limitada a elegir algunas de las soluciones ya previstas en la ley.

Similar clasificación la encontramos en la Sentencia recaída sobre el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, fj. 9) cuya clasificación es: discrecionalidad mayor, discrecionalidad intermedia y discrecionalidad menor.

Es clásica y mayoritaria la doctrina¹²⁷ que señala que la discrecionalidad concierne a la consecuencia jurídica de la estructura de la norma. Cuando se realiza un supuesto de hecho legal, la Administración puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley “autoriza a la administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación”.¹²⁸ Así esta doctrina indica que existe la ‘discrecionalidad de decisión’, referente a si interviene y actúa; y ‘discrecionalidad de elección’, referente a adoptar al caso concreto todas las medidas posibles y permitidas.¹²⁹

¹²⁴ *Ibidem*, p. 236.

¹²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 688.

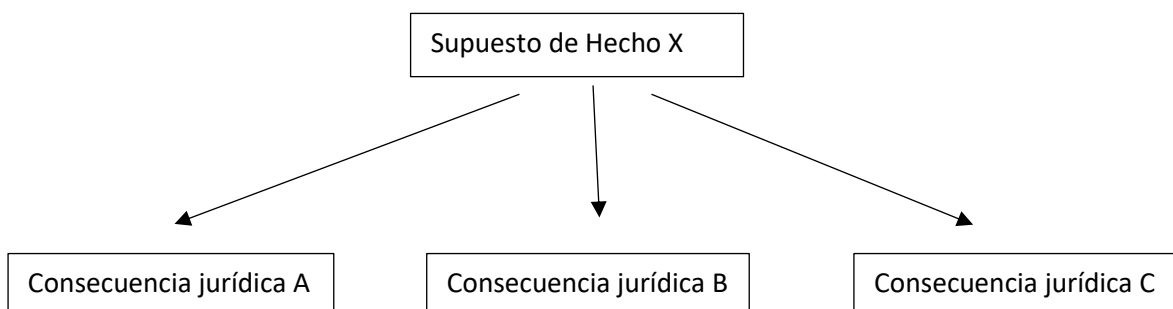
¹²⁶ *Ibidem*, pp. 688.

¹²⁷ HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. *Op. cit.*, p. 132. Así también, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). “Curso de Derecho Administrativo”. *Op. cit.*

¹²⁸ HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. *Op. cit.*, p. 132.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 132.

La representación gráfica de la discrecionalidad.



A saber: “Si se da el supuesto de hecho X, es posible la elección de la consecuencia jurídica A, B o C. Cada una de estas consecuencias jurídicas cuenta con una cobertura legal y es, por tanto, conforme a derecho, siempre que se respeten los límites de la discrecionalidad.”¹³⁰

Para adelantar nuestra postura cabe indicar que entendemos que el poder de utilizar la facultad discrecional se da en los dos elementos que estructuran la norma: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.¹³¹

Otra noción que incide en la doctrina de la discrecionalidad es la de ‘conceptos jurídicos indeterminados’.

Hasta mediados del siglo XX la discrecionalidad era una categoría unitaria y se aplicaba en los casos de indeterminación o insuficiencia de la regulación legales u omisión. Había discrecionalidad en los casos de procesos intelectivos o actividad cognitiva o de constatación en la aplicación del Derecho, como también si esta aplicación reclamaba una actividad volitiva, de voluntad del aplicador.¹³²

¹³⁰ *Ibidem*, p. 133.

¹³¹ Juan Carlos Cassagne concibe la norma con una estructura tripartita: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y c) la consecuencia jurídica. Agrega este autor que es posible atribuir a la Administración, salvo en sanciones y actos de gravamen, el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los “tres elementos” que componen la estructura la norma, “lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad”, CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. *Op. cit.*, pp. 95-96. Del mismo modo el profesor MUÑOZ MACHADO, Santiago en su Tratado ... al definir la discrecionalidad no lo constriñe a la libre elección de la consecuencia jurídica de la norma.

¹³² MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 242.

Luego la doctrina alemana reduce la discrecionalidad a las consecuencias jurídicas, con que no serán discrecionales las operaciones de mera cognición para identificar los supuestos de hecho, sino las operaciones de carácter volitivo, “que reclaman decisiones en el plano de las consecuencias jurídicas”.¹³³ No hay discrecionalidad cuando la Administración trata de aplicar “conceptos, vagos, imprecisos, inconcretos, que no delimitan, en fin, exactamente, el ámbito de la realidad a que se refieren”.¹³⁴ Tales conceptos se denominarán conceptos jurídicos indeterminados.¹³⁵

Por nuestra parte, para esta tesis afirmamos que cuando se habla de discrecionalidad en la aplicación de la ley o norma al caso concreto, se expone que una vez que se ‘aplica’ (subsumiendo) el hecho de la realidad (hecho probado) en el supuesto de hecho en la norma, el funcionario al ‘aplicar’ (atribuir) las consecuencias jurídicas, tiene la potestad de elegir entre varias alternativas, todas conformes con el ordenamiento jurídico, y cualquier opción o decisión sería legítima, asimismo, se entendería como un indiferente jurídico debido a que los criterios usados son extra-jurídicos, como los económicos, contables, ambientales, técnicos, etc. en caso el funcionario u operador jurídico elija cualquiera de las alternativas que se presenten como consecuencia jurídica.

Con los conceptos jurídicos indeterminados se entiende la dificultad de llegar a una cognición exacta, la dificultad de hallar la solución exacta, asimismo, como el marco de volición es propio de la discrecionalidad se creó otra noción “que pudiera explicar aquel margen volitivo en las operaciones de precisión de un concepto vago”: la doctrina del ‘margen de apreciación’ que “igualmente otorga una cierta libertad, o al menos tolerancia jurídica, para considerar que en la concreción del supuesto de hecho pueden seguirse diversas opciones”.¹³⁶

Los “conceptos jurídicos indeterminados” se conciben como una técnica de reducción de la doctrina de la discrecionalidad. A diferencia de la discrecionalidad, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados “no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades sino un problema de aplicación del Derecho que consiste, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una única solución justa”.¹³⁷

Como en estos conceptos jurídicos indeterminados siempre hay un halo de certeza y una zona de incertidumbre, la interpretación se torna siempre necesaria

¹³³ *Ibidem*, p. 242.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 242.

¹³⁵ En la evolución histórica del derecho administrativo, la doctrina del concepto jurídico indeterminado ha sido esgrimida para oponerse a quienes alegaban que, en el supuesto de hecho de la norma, también la Administración goza de discrecionalidad. Así esta doctrina fue recepcionada y difundida en España por el profesor García de Enterría, máxime en su famoso discurso luego convertido en artículo de “la lucha contra las inmunidades del poder ...” disertada en 1962 ante la Universidad de Barcelona, ya que por esos tiempos la LJ española (“Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de Santamaría de Paredes del 13 de setiembre de 1888”) regulaba que la facultad discrecional de la Administración Pública no era susceptible de revisión judicial.

¹³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 243.

¹³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 688.

a través del control del Poder Judicial. Si bien se le exige posición al interprete, no se excluye un cierto margen de tolerancia “dentro del cual todas las variantes posibles de la <<única solución justa>> se estiman legítimas y jurídicamente admisibles. Es el margen de apreciación”.¹³⁸

Para la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados se usa el criterio trizonal de W. Jellinek. Donde hay un núcleo fijo, un halo y una zona de certeza negativa. El halo mantiene “una incertidumbre dentro de la que puede moverse la Administración legítimamente porque todas las decisiones que adopta sin salirse de esa zona serán consideradas legítimas y válidas”.¹³⁹ El halo marca los límites del margen de apreciación para interpretar y aplicar los conceptos jurídicos indeterminados. Los ejemplos son: ‘necesidad de ocupación’ en la expropiación forzosa, urgencia, utilidad pública, interés nacional, candidato más adecuado, buena conducta cívica, proposición más ventajosa, núcleo de población, proyecto arquitectónico, interés social e ‘interés público’,¹⁴⁰ entre otros.

Algunos postularon o pensaron que la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados desaparecería si todos los actos discrecionales de la Administración se someterían al control del Poder Judicial. Sin embargo, cabe resaltar que ante un concepto jurídico indeterminado la Administración se encontrará obligada a adoptar una única solución justa; asimismo, hay conceptos jurídicos indeterminados que admiten dos o más soluciones justas (v. gr., en materia de planificación o en la determinación estatal de la tasa de interés bancaria), pero siguen siendo un límite de reducción de la discrecionalidad administrativa.¹⁴¹

Otro aspecto importante en torno a la discrecionalidad administrativa son los límites a ella y su control judicial. Como límite tenemos:

- a) Los conceptos jurídicos indeterminados.

La más extensa es la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, pero para doctrina autorizada con esta técnica se trataría de delimitar el ámbito propio de la discrecionalidad de lo que no lo es.¹⁴² Nos remitimos a lo expuesto *ut supra*.

- b) El control de los elementos reglados, en especial el control del fin y la desviación del poder.

La doctrina señala que una facultad discrecional tendrá algún elemento reglado, como por ejemplo la competencia y sobre todo el fin o finalidad perseguida con la emisión del acto administrativo. “La idea del fin significa un límite para la discrecionalidad administrativa; pero se trata de un límite que no destruye, ni mucho menos, la existencia de esta actividad. La única conclusión lícita que debe

¹³⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 244.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 244-245.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 245.

¹⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. *Op. cit.*, pp. 689-690.

¹⁴² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 505.

desprenderse de lo anterior es que el elemento fin del acto administrativo es siempre reglado, pero la discrecionalidad puede jugar, y de hecho jugará, en relación con el contenido y objeto de los actos administrativos”.¹⁴³

Del mismo modo, en nuestro ordenamiento el elemento fin será siempre reglado, el numeral 3 del art. 3 del TUO de la LPAG:

“3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad. (Subrayado agregado)

En mérito al vicio de desviación del poder se exige que la Administración (u el órgano) no se aparte de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia. “El vicio de desviación del poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla (...) es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos”.¹⁴⁴

Así en el TUO de la LPAG se hace referencia a este tipo de control o límite al ejercicio de la potestad administrativa en general, por ende de la discrecionalidad.

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.”(Subrayado agregado)

c) La previsibilidad y la concreción de las potestades discrecionales

Doctrina española señala que es el primero de los controles a la discrecionalidad debiendo verificarse si la Administración ejerce una potestad regularmente atribuida y su ámbito o dimensiones están determinados o especificados. “No existe decisión alguna válida si el órgano que actúa carece de potestad, su titular no ha sido regularmente investido, o si se ejerce sobrepasando los límites”.¹⁴⁵

¹⁴³ GARRIDO FALLA, Fernando con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLES, Herminio. (2005). *Op. cit.*, p. 105.

¹⁴⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). *Curso de Derecho Administrativo. Op. cit.*, p. 508.

¹⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. Op. cit.*, p. 257.

Un poder subordinado no podrá ejercitarse sin que “estén bien delimitados los supuestos de hecho y los fines que justifican su ejercicio”, sería contrario a la legalidad.¹⁴⁶

En ese sentido no solo el legislador deberá atribuir potestades con cierta densidad normativa, sino que a la propia Administración se le exigirá que regule sus competencias, cuando le fueron otorgadas amplias potestades discrecionales. La autoprogramación consiste en normas reglamentarias “o en planes, programas, instrucciones o meras anticipaciones sin valor vinculante (*soft law* estricto)”, pero también políticas de protección a ciudadano.¹⁴⁷

“Estas exigencias de previsibilidad y certeza de las atribuciones de potestades discrecionales en ámbitos en los que aparece involucrado el ejercicio de los derecho y libertades” no debe llevar a concluir que en tales materias y en las reservadas a la ley, “la observancia de aquellos principios excluye la discrecionalidad administrativa”.¹⁴⁸ La Administración podrá “hacer valoraciones políticas, técnicas o de otro tipo que le lleven a plantearse varias opciones válidas y legalmente indiferentes para la decisión.”¹⁴⁹

d) La determinación de los hechos

Esta forma de control es importante, debido a que en España, país de donde nuestra doctrina nacional recoge los frutos sobre la discrecionalidad administrativa, no existía la posibilidad de indagar sobre los hechos que sirvieron a la decisión discrecional de la Administración. El juez se atenía a lo establecido o recogido como hechos por la Administración. No obstante, luego de sentencias de los tribunales supremos españoles y de la emisión de la ley del contencioso administrativo de 1956, se abrió la posibilidad de indagar sobre la concurrencia de los hechos que sirven de base para la decisión administrativa que se somete a juicio.

“El control de los hechos determinantes se refiere tanto a su existencia en la realidad, como su calificación o valoración por la Administración”.¹⁵⁰

e) La aplicación de los Principios Generales del Derecho.

Para el desarrollo de esta tesis, me adhiero a la doctrina que señala que los Principios Generales del Derecho válidos son los que se deriven de la Constitución y de las leyes, o sea, los principios sancionados en el ordenamiento jurídico nacional. Estos principios son los que deberían ser aplicados por el operador jurídico (funcionario o juez) en los casos concretos.¹⁵¹ Así, cuando se alega que el operador jurídico puede aplicar principios anteriores y fuera del ordenamiento escrito, pues se estaría planteando una situación que atentaría

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 257.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 265.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 262.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 262.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 268.

¹⁵¹ GARRIDO FALLA, Fernando con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLES, Herminio. (2005). Tratado de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, pp. 305 *et passim*.

contra la seguridad jurídica deseada por todo tipo de ciudadanos, como por las diversas personas jurídicas.

Ahora bien, los principios generales estudiados y propuestos por la doctrina o extraídos de otros ordenamientos jurídicos pueden ser utillaje para el trabajo del legislador (legislativo o ejecutivo) para producir normas en general.

Entre los principales principios tenemos:

- La “razonabilidad de la decisión administrativa e interdicción de la arbitrariedad”

Para efectuar este tipo de control se realiza el examen de la motivación de la decisión administrativa.

Incurrirá en arbitrariedad una “decisión que, aunque motivada, no tenga un fundamento objetivo y razonable”, tenga “defectuosa interpretación de la realidad, o en hechos inexistentes o erróneamente apreciados, o en una interpretación del ordenamiento manifiestamente carente de lógica”.¹⁵²

- El principio de proporcionalidad

La observancia puede ser medida aplicando los tres test, a saber: sucesivamente el de idoneidad, el de necesidad de la medida y el de proporcionalidad. i) “El test de idoneidad sirve para medir si la decisión es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propuso.”¹⁵³ ii) Con el test de “necesidad de la medida” se examina si existen otras alternativas que sean menos gravosas. iii) La tercera verificación de los “límites de la proporcionalidad” consiste en identificar los beneficios que la decisión produce, para evaluar si compensan las desventajas.

- El principio de confianza legítima

Este principio surge cuando se observa el conflicto entre la legalidad de la actuación de la Administración y seguridad jurídica que deriva de la misma. En muchas ocasiones se le da primacía a la seguridad jurídica en virtud del principio de protección de la confianza legítima, “que ha de ser aplicada no solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”¹⁵⁴ unido con la observación del perjuicio en el patrimonio del administrado que confió en dicha situación administrativa.

En resumen, para nuestra presente investigación:

¹⁵² MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. *Op. cit.*, p. 294.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 294.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 297-298.

Se define a la potestad administrativa discrecional como el poder o facultad para ejercer por parte de la Administración, dentro de un 'margen de libertad o de libre apreciación', actividades como:

- i) dictar reglamentos, o sea, la potestad reglamentaria,
- ii) para autoprogramarse vía circulares, instructivas o programas internos para encauzar la conducta de sus autoridades y
- iii) para apreciar de modo subjetivo lo que conviene al interés público en el caso concreto según el mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión con el interés público. El juez revisará los límites externos impuestos a la potestad discrecional administrativa y la argumentación de la decisión administrativa pero no podrá sustituir la apreciación subjetiva (no regulada sino libre) de la autoridad administrativa por la apreciación judicial.

Finalmente, la discrecionalidad se da en la consecuencia jurídica de la estructura normativa, sin embargo, puede hallarse también en el supuesto de hecho, además, estaremos ante la discrecionalidad cuando la propia disposición normativa la atribuya expresamente o se desentrañe de las permisiones expresas o que se deduzca de las normas que regulan la competencia del sujeto público estatal o entidad.

Ejemplos de la actuación discrecional en nuestro ordenamiento, son:

- Cuando se indica que las comunicaciones tanto de las entidades a los ciudadanos como viceversa se podrían hacer a través de sistemas, programas o software, sin embargo qué sistema usar Microsoft, Linux o programas propios y que forma darle a los páginas o bandejas de correo, y a qué hora introducir en el buzón los mensajes, son elecciones discrecionales de los funcionarios, por el contrario las modalidades de notificación sí se encuentran reguladas en el art. 21 y siguientes del TUO de la LPAG.
- Cuando un administrado pide prórroga de los plazos alegando el art. 147 del TUO de la LPAG (136 de la Ley), p. ej. en un caso Indecopi apreció y determinó que la solicitud de prórroga dentro de los dos días hábiles que contempla el artículo "no determina por sí mismo la ampliación del plazo establecido, toda vez que el otorgamiento de prórrogas es una facultad que la comisión ejerce de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, sin constituir un derecho inherente a los administrados." (Resolución n.º 1458-2009/SC1-INDECOPI, fj. 31). Observamos que dicho artículo 147 señala "la autoridad competente puede otorgar prórroga a los plazos establecidos..."
- Así también es una decisión discrecional cuando se elige sobre qué sector o zona se empezará a realizar inspecciones por construcciones antirreglamentarias o por posibles infracciones en temas de seguridad en edificación y locales comerciales o si se empieza a fiscalizar la falta de licencia o negocios clandestinos que irían contra la moral en el caso de municipalidades. Siempre el acto debe estar motivado o fundamentado y acá la facultad discrecional estará condicionada por los recursos o

presupuestos de los que disponga la entidad, número de inspectores y si tiene un plan para estas fiscalizaciones.

- Otro ejemplo sobre discrecionalidad se aprecia de cara al trámite de solicitudes de licencia municipal para la apertura de establecimientos de Salud, de p. ej. un consultorio dental, donde si bien los trámites de licencia de funcionamiento para locales con riesgo bajo según CENEPRED son por aprobación automática, en la “Ley Marco de Licencia de Funcionamiento”, se establece la exigencia de la ‘autorización sectorial’. Para el caso de los establecimientos de salud, esta autorización sectorial, es la ‘resolución de categorización’ del MINSA. El trámite sectorial con el que se obtiene la resolución de categorización y el código IPRESS se realiza ante el MINSA en concreto ante la DIRESA.

Para tramitar la “categorización”, se debe realizar la inscripción ante el RENIPRESS (en su pág. Web) y luego comunicar el inicio de actividades conforme al TUPA del Ministerio de Salud, donde uno de los requisitos para esta comunicación es ‘la compatibilidad de uso’ o la ‘licencia de funcionamiento’. Al respecto es un contrasentido solicitar licencia de funcionamiento ya que uno de los requisitos previos, a esta licencia de funcionamiento, que a su vez exigen las municipalidades es la autorización sectorial y para el caso de establecimientos de salud esta autorización es precisamente la resolución de “categorización” del establecimiento de salud; es más sobre la compatibilidad de uso —este es un trámite oneroso tanto económico como con los requisitos pues piden, entre otros, planos firmados por ingenieros— la norma municipal señala que ya no es exigible el trámite del certificado de compatibilidad de uso para giros comerciales determinados como “riesgo bajo”, siendo exigibles los trámites de compatibilidad de uso para giros calificados como riesgo alto con establecimiento de más de 100 metros. A respecto los funcionarios de la Dirección Regional de Salud (Diresa) para el caso de Lima, conforme a la potestad discrecional solo exigen una resolución, carta o respuesta obtenida por el administrado de parte de la municipalidad distrital expedida vía solicitud de consulta, si el giro del local o establecimiento en dicha avenida es compatible con los usos del suelo conforme al plano de zonificación aprobado para el distrito.

- Otro ejemplo sobre discrecionalidad la observamos cuando la Administración somete el acto administrativo a alguna modalidad. El art. 2 del TUO de la Ley 27444, señala que “Modalidades del acto administrativo. 2.1 Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.” En este caso una Ley (general o norma con rango de ley) tendrá que otorgar la potestad a la Administración de modo expreso para someter el acto a condición, término o modo.

1.2.4.3. LA ARBITRARIEDAD

Ya en Tribunal Constitucional en “STC Exp. N.º 0090-2004-AA/TC” de cara a la relación entre discrecionalidad administrativa y arbitrariedad expuso que la razonabilidad excluye a la arbitrariedad, siendo que el sentido de la razonabilidad es “la búsqueda de la solución justa de cada caso”. Además:

“12. (...) las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrio entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

(...)

14. Es, pues, una conclusión absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión.

15. En buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

Es por ello que la prescripción [rectius: proscripción] de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos [sic] sean motivados; es decir, que se basen en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.”

La discrecionalidad no es arbitrariedad. La arbitrariedad es lo contrario a discrecionalidad. Para nuestra tesis sostengo que la arbitrariedad del ejecutor coactivo en el ejercicio de su discrecionalidad al perseguir el recupero de los tributos municipales se da cuando dicho ejecutor actúa

- Ejerciendo discrecionalidad para actos que sean gravosos para el obligado sin tener norma previa que la habilite o le permita dicha actuación, debido a la 'vinculación positiva' que contempla la norma IV *in fine* del TUO del CT.
- Ejerce la potestad discrecional infringiendo los límites contenidos tanto en la Ley como en la Constitución (y los principios derivados de esta),
- No fundamenta con base en la argumentación jurídica (justificación interna y externa) la decisión o actuación administrativa discrecional

Conjuntamente los otros límites de la facultad del ejecutor coactivo serán:

- Los Principios Generales del Derecho y en especial el principio de razonabilidad y proporcionalidad y
- Que deberá iniciar la cobranza coactiva teniendo como base la existencia de un título ejecutivo o acto administrativo exigible coactivamente.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA

2.1. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo es una investigación mixta o integral donde se emplearán dos métodos, el método dogmático jurídico y el método socio jurídico de tipo descriptivo correlacional. Desde el punto de vista dogmático jurídico nos centraremos en las normas del derecho administrativo, las que regulan la cobranza coactiva y los tributos municipales, así como “los diversos desarrollos doctrinarios, históricos y filosófico jurídicos” sobre dichas normas, también sobre la discrecionalidad administrativa, asimismo, revisaremos el vínculo contractual del ejecutor coactivo. Desde el método jurídico social se harán encuestas a los ciudadanos que padecen los actos coactivos y se entrevistará a los principales actores: los ejecutores coactivos y se indagará en la práctica administrativa de las municipalidades materia de estudio y algunas resoluciones dictadas por el Tribunal Fiscal ya “que cuando se trata de la investigación jurídico social o socio jurídica, el objeto de estudio está constituida por la interrelación que ocurre entre la realidad social y la realidad normativa.”¹⁵⁵ A esto, hay que tomar en cuenta que “si hoy no existe duda <<de la existencia de dos diferentes formas de abordar el análisis del Derecho, a saber, la dogmática-jurídica y la empírico-sociológica, se reconoce también la absoluta interdependencia y complementariedad que ha de existir entre ellas>>”¹⁵⁶.

2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de diseño no experimental toda vez que no se manipularon las variables en estudio. Es descriptivo.

Es transversal porque la investigación en su aspecto empírico (socio-jurídico) se realizó con base en encuestas, pertinentes entrevistas a los ejecutores coactivos y solicitud de información y datos sobre la practica administrativa de los ejecutores en los años 2018 y 2019, y es correlacional porque se busca encontrar la relación entre variables de algunas de nuestras hipótesis.

2.3. POBLACIÓN Y MÉTODOS

2.3.1. POBLACIÓN Y MUESTRA DEL ESTUDIO

Las municipalidades con que trabajamos en esta tesis son la de “Ate, Breña, Independencia, Jesús María, La Molina, Lince, Magdalena del Mar, Miraflores, Pueblo Libre, Rímac, San Isidro, San Juan de Lurigancho, San Martín de Porres, San Miguel, Santa Anita y Surquillo”. En la parte empírica o socio-jurídica la población está compuesta por información y datos sobre la práctica administrativa en materia coactiva de las municipalidades de entre los años 2018 y 2019. Además, para las encuestas se consideró a los contribuyentes de cinco

¹⁵⁵ SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (2008). Metodología de la Investigación Jurídico Social. Tercera edición. B y V distribuidores. Lima. p. 59.

¹⁵⁶ Arnaud y Fariñas citado por SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Op. cit., p. 64.

(5) distritos cuyas municipalidades son materia de esta tesis, a quienes se abordó en las plataformas de atención (Municipalidad de San Juan de Lurigancho, del Rímac, de Miraflores, Magdalena del Mar y la Molina); y para la entrevista, a dieciséis (16) ejecutores de dichas municipalidades.

Para la presente tesis se considerará una muestra de:

- i) cincuenta (50) personas encuestadas en los distritos antes mencionados y
- ii) entrevistas a los dieciséis (16) ejecutores y/o gerentes de cobranza de las cinco municipalidades materia de estudio.

2.3.2. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Técnica de acopio documental: Está técnica se aplicó para obtener diferentes informaciones entre doctrinaria, normativa y documental.

Técnica de fichaje: “Empleada en la recolección de información”.

Técnica de interpretación normativa: “Para el análisis e interpretación de las diferentes normas, principios y procedimientos”.

Técnica de Análisis Jurisprudencial: se revisaron diferentes sentencias judiciales y constitucionales, así como precedentes emitidos por el Tribunal Fiscal en materia de procedimiento de ejecución coactiva para la cobranza de impuesto predial y arbitrios municipales.

También se usaron encuestas realizadas a ciudadanos de los distritos de las municipalidades arriba indicadas.

Del mismo modo se realizaron entrevistas a los ejecutores coactivos y/o sugerentes del área de cobranza coactiva tributaria de las municipalidades materia de estudio.

INSTRUMENTO

Cuestionario

El instrumento empleado se aplicó a la muestra de los ciudadanos por distrito de las municipalidades arriba indicadas.

Entrevista

Se aplicó guía de entrevista a los ejecutores coactivos y/o Subgerentes de las municipalidades materia de estudio.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

3.1.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

HIPÓTESIS GENERAL: REFERIDA A LA PREFERENCIA DEL MODELO ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN COACTIVA TRAMITADA POR LAS MUNICIPALIDADES

1. ¿Considera Ud. que la ejecución coactiva (embargos y remates) debe ser llevado a cabo por la Municipalidad o por el juez?

A) Por la propia Municipalidad.

B) Por medio de un proceso judicial dirigido por un juez.

RESPUESTAS	A	B
CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	37.5%	62.5%

Apreciamos que el 62.5% de los contribuyentes prefiere que la cobranza coactiva sea llevada a cabo vía un proceso judicial. Básicamente por la desconfianza en los funcionarios y afirman que un tercer sujeto (distinto del contribuyente y del ejecutor) como el juez otorga más garantías por la imparcialidad.

Sin embargo, cuando se explicó a los contribuyentes que si la cobranza coactiva fuera judicial, la recaudación se demoraría por los plazos judiciales y con ello se demorarían los servicios que presta la municipalidad; además que sería más onerosa tanto para los contribuyentes como para la municipalidad en el sentido que los contribuyentes tendrían que participar de un proceso judicial, con lo que ello implica la designación de un abogado, estar pendiente de las notificaciones, someterse al esquema procesal y atenerse a los plazos, pagar las costas judiciales, etc.; muchos contribuyentes cambiaron su respuesta prefiriendo que la cobranza sea llevada a cabo por la propia municipalidad

RESPUESTAS	A	B
CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	83.75.5%	16.25%

Los encuestados que persistieron en que la cobranza sea judicial, alegaron principalmente que en pleno juicio, el obligado puede ir pagando.

2. En caso de quedar la facultad de ejecución coactiva en la municipalidad, usted preferiría que dicha facultad se le otorgue a	
A)	Un funcionario especial e identificable como titular del procedimiento ejecutivo, que a su vez tenga conocimientos técnicos sobre dicho procedimiento.
B)	Un gerente o subgerente ya sea municipal o de rentas. [<i>Tome en cuenta que estos cargos corresponden a los de designación política a personas de confianza</i>].
C)	Al alcalde.

RESPUESTAS	A	B	C
CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	60.9%	30.44%	8.66%

Apreciamos que el 60.9% de los encuestados prefiere que el procedimiento coactivo sea tramitado por un funcionario identificable en la municipalidad. Ello propiciará que reclamen a la persona identificada como ejecutor coactivo sobre posibles excesos que se cometan y respecto a los plazos que se deben respetar. Los encuestados prefieren que el responsable de los embargos sobre sus bienes, sea identificable y que acceda al cargo mediante exámenes y que no haya sido asignado al cargo por amiguismo o por simple apoyo en las campañas políticas.

Los que prefieren al gerente o alcalde, alegan que el personal con cargo superior sabe más, que tiene mayor poder de decisión y que podrá obligar al ejecutor a suspender el expediente coactivo con una orden o mandato, en suma, presumen que el ejecutor coactivo es un empleado sujeto a subordinación al gerente o alcalde.

3. ¿Usted cree que es más riesgoso para su dinero en el banco, su auto (su patrimonio en sí) que la propia Municipalidad embargue y se cobre ella misma, de las deudas por tributos de los vecinos, sin pedir autorización judicial?

A) Sí, es muy riesgoso para mi patrimonio que la Municipalidad embargue y cobre directamente si pedir autorización judicial.

B) No lo es.

RESPUESTAS	A	B
% DE CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	98.75%	1.25%

4. ¿Cree usted que los trámites ante la Municipalidad son más complejos o menos complejos que litigar ante el Poder Judicial?

A) Los trámites ante la Municipalidad son más complejos.

B) Son menos complejos.

RESPUESTAS	A	B
% DE CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	0%	100%

Finalmente, los contribuyentes están de acuerdo que tener trámites y expedientes ante la municipalidad es menos complejo que afrontar un proceso judicial, y lo que ello implica, como pagar al abogado, estar a la espera de notificaciones y al tanto de los plazos, también opinan que el esquema del juicio es muy intrincado, de ahí que, la mayoría concluye que es preferible que la cobranza coactiva sea efectiva por la propia municipalidad.

3.1.2. RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS

Se realizaron entrevistas para apoyar algunas hipótesis.

En este caso se han entrevistado a los ejecutores coactivos de dieciséis municipalidades distritales de Lima

HIPÓTESIS GENERAL: REFERIDA A LA PREFERENCIA DEL MODELO ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN COACTIVA TRAMITADA POR LAS MUNICIPALIDADES

1. Cuál es su opinión como ejecutor coactivo: ¿Cree Ud. que debe subsistir en nuestro sistema la ejecución coactiva a manos de la Administración Pública, en nuestro caso la Municipalidad o esta ejecución debe ser llevada a cabo íntegramente por el Poder Judicial o debe ser un sistema mixto: iniciado por la Municipalidad hasta el embargo y luego la ejecución forzosa debe ser judicial?

A) Sí. La municipalidad debe preservar la facultad de ejecución de oficio para el cobro de sus adeudos por tributos municipales

B) No. La ejecución coactiva debe ser llevada a cabo por el poder judicial

C) Mixto. Los embargos deben ser ordenados por el ejecutor coactivo municipal pero la ejecución forzosa debe ser llevada a cabo por el juez.

RESPUESTAS	A	B	C
EJECUTORES ENTREVISTADOS	100%	0%	0%

HIPÓTESIS 2: REFERIDA A QUE EL TIPO DE CONTRATO CAS DEL EJECUTOR COACTIVO INCIDE EN LA AUTONOMÍA DEL EJECUTOR COACTIVO Y NO OSBSERVA EN MAYOR MEDIDA EL PRINCIPIO DE MERITOCRACIA

2. ¿Bajo qué régimen se encuentra contratado Ud.?

A) Régimen CAS

B) DL 276

C) Otro (SNP, Designación, etc.)

Ejecutor(a) Coactivo	Municipalidades	CAS	DL 276	Otro
ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA	Ate		X	
(E) ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA	Breña		X	
ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ	Independencia		X	
ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN	Jesús María		X	
ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ	La Molina	X		
ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE	Lince	X		
ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO	Magdalena del Mar		X	
(E) ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL	Miraflores		X	
ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA	Pueblo Libre	X		
ABOG. CECILIA NORIEGA JARAMILLO	Rímac	X		
ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE	San Isidro		X	
ABOG. ALFREDO BENIGNO RUMALDO GÓMEZ	San Juan de Lurigancho		X	
(E) ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS	San Martín de Porres	X		
ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA	San Miguel	X		
ABOG. ALBETO GONZALO VILDOZO RIVERA	Santa Anita	X		
ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA	Surquillo		X	

*(E): Ejecutor o ejecutora Coactivo encargado en el periodo de las entrevistas.

De nuestra tabla apreciamos que siete (7) de los dieciséis ejecutores entrevistados, se encuentran en la modalidad CAS.

3. ¿Cree Ud. que el tipo de contrato CAS afecta en la independencia funcional del ejecutor coactivo, es decir, que en la realidad hay ocasiones en que el ejecutor se ve presionado por el alcalde o grupo político de turno de la Municipalidad para consumir actuaciones arbitrarias contra un ciudadano en particular?

A) Sí afecta en su independencia funcional

B) No afecta en su independencia funcional

Ejecutor(a) Coactivo	Municipalidades	Sí afecta	No afecta
ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA	Ate	X	
(E) ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA	Breña	X	
ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ	Independencia	X	
ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN	Jesús María	X	
ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ	La Molina		X
ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE	Lince	X	
ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO	Magdalena del Mar	X	
(E) ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL	Miraflores		X
ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA	Pueblo Libre	X	
ABOG. CECILIA NORIEGA JARAMILLO	Rímac	X	
ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE	San Isidro	X	
ABOG. ALFREDO BENIGNO RUMALDO GÓMEZ	San Juan de Lurigancho	X	
(E) ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS	San Martín de Porres		X
ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA	San Miguel	X	
ABOG. ALBETO GONZALO VILDOSO RIVERA	Santa Anita	X	
ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA	Surquillo	X	

De la tabla observamos que 13 de los dieciséis ejecutores entrevistados responden que el tipo de contrato (CAS) sí afecta a la a la independencia o autonomía funcional del ejecutor coactivo, por presiones de la gerencia u órganos políticos de la municipalidad.

4. ¿Puede Ud. afirmar que a lo largo de su trayectoria profesional como ejecutor coactivo ha sido presionado de modo directo o indirecto por el alcalde, algún regidor o gerente municipal para que afecte a un ciudadano en particular, independientemente de que el ciudadano sea deudor ante la municipalidad o se haya llevado a cabo un procedimiento coactivo conforme a ley?

A) Sí en alguna ocasión fui presionado de ese modo

B) No he sido presionado

Ejecutor(a) Coactivo	Municipalidades	Sí fui presionado	No
ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA	Ate	X	
(E) ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA	Breña		X
ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ	Independencia		X
ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN	Jesús María		X
ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ	La Molina	X	
ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE	Lince		X
ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO	Magdalena del Mar	X	
(E) ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL	Miraflores		X
ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA	Pueblo Libre	X	
ABOG. CECILIA NORIEGA JARAMILLO	Rímac	X	
ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE	San Isidro	X	
ABOG. ALFREDO BENIGNO RUMALDO GÓMEZ	San Juan de Lurigancho	X	
(E) ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS	San Martín de Porres		X
ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA	San Miguel	X	
ABOG. ALBETO GONZALO VILDOSO RIVERA	Santa Anita		X
ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA	Surquillo		X

RESPUESTAS	SÍ, EN ALGUNA OCASIÓN FUI PRESIONADO DE ESE MODO	NO
EJECUTORES COACTIVOS ENCUESTADOS	50%	50%

Apreciamos que ocho (8) de los ejecutores coactivos manifiestan que a lo largo de su trayectoria, en las diversas ejecutorías coactivas que han laborado, como

ejecutores han sido presionados por la gerencia u el órgano político de turno: ya sea para iniciar un procedimiento coactivo contra un contribuyente, o para suspender y levantar embargos aunque no existan causales para ello.

5. ¿Puede Ud. afirmar que a lo largo de su trayectoria profesional como ejecutor coactivo ha padecido procedimientos disciplinarios por no avenirse a las presiones mencionadas en la pregunta anterior?	
A)	Sí, me iniciaron procedimientos disciplinarios como reprimenda a no avenirme a las presiones de las autoridades políticas de la comuna.
B)	No. Nunca se me han iniciado procedimientos disciplinarios como reprimenda.

RESPUESTAS	SÍ	NO
EJECUTORES COACTIVOS ENCUESTADOS	31.25%	68.75%

Sobre esta temática, cabe destacar lo manifestado por el ejecutor coactivo Iturrizaga, según su experiencia, muchas veces algunos alcaldes quiere competir con el poder del ejecutor, e inician procedimientos disciplinarios al ejecutor como reprimenda “por no quererlos apoyar” y dejar de lado o suspender algunos expedientes coactivos, cuando esto es contraproducente, “pues el procedimiento disciplinario debería iniciarse al ejecutor que no cumple su función, que no notifica la REC, que no embarga, que no impulsa”.

Cabe indicar que cinco (05) de los dieciséis (16) de los entrevistados manifestaron que les iniciaron procedimientos disciplinarios como reprimenda.

4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

A continuación, presentamos nuestra TOMA DE POSTURA

HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1:

EL EJECUTOR COACTIVO SÍ EJERCE UNA POTESTAD DISCRECIONAL. PARTICULARMENTE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL EJECUTOR COACTIVO QUE PERSIGUE DEUDA TRIBUTARIA ES DIFERENTE DE LA QUE APLICA CUALQUIER OTRA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE NO EJERCE POTESTAD TRIBUTARIA.

Para nuestra investigación hemos concluido que “la actuación de la Administración Pública” no está regida por la vinculación positiva, debido a que no necesitará siempre norma previa que de modo expreso otorgue discrecionalidad a alguno de sus agentes. Como se mencionó nosotros asumimos una posición ecléctica esbozada por, entre otros, los profesores Juan Carlos CASSAGNE, Fernando GARRIDO FALLA, Alberto PALOMAR OLMEDA, Herminio LOSADA GONZÁLES y Santiago MUÑOZ MACHADO.

En resumen, para nuestra presente investigación se entiende otorgada la potestad discrecional a la Administración:

- Cuando una Ley o reglamento otorga de modo expreso la facultad de ejercer la discrecionalidad a la Administración pública o a sus órganos encargados de la actividad administrativa.
- Cuando la facultad discrecional se encuentra implícita o se deduce de las normas expresas que otorgan tal facultad.
- Se interpretará el otorgamiento de la discrecionalidad administrativa desde las normas que regulan la creación o competencias del sujeto público del Estado o entidad.

Estas tres modalidades las desentrañamos con ayuda de la doctrina desarrollada *ut supra* y de la lectura del TUO de la LPAG.

Sobre el modo de ejercerla, tenemos que esta facultad discrecional:

- Consiste en operaciones de definición administrativa de los intereses generales. Cuando desarrolla políticas públicas sobre determinada materia y los expresa vía Reglamentos, de efectos generales: potestad reglamentaria (numeral 3 y 8 del art. 118 de la CP de 1993).
- Consiste en la exigencia a la Administración de autoprogramarse, cuando distribuye las competencias al interior de su organización, cuando dicta sus planes, programas instrucciones o circulares para encausar la conducta de sus funcionarios (numeral 1 del art. VII y numeral 2 del art. 72 del TUO de la LPAG).
- Consiste en la apreciación subjetiva que se atribuye al funcionario para apreciar lo que conviene al interés público en el caso concreto o el mérito, oportunidad o conveniencia de la actuación administrativa.

- También consiste en la facultad de poder elaborar normas o premisas normativas, integrando con otras disposiciones del ordenamiento jurídico o vía los principios del derecho, en caso de lagunas o vacíos o incomplicidad de las disposiciones a aplicar (numeral 1.10, 1.17 y 2 del art. IV, numeral 1. Del art. VIII y art. 2 del TULO de la LPAG). Ello debido a que el ordenamiento jurídico administrativo obliga a la autoridad a “resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas” (numeral 6 del art. 86 del TULO de la LPAG) debiendo acudir en caso de deficiencia de fuentes a los principios u otras fuentes supletorias.¹⁵⁷

Al ejercer la potestad discrecional, la Administración la ejerce dentro de un ‘círculo o margen de libertad’, que la norma no reguló pero deja (o remite) a la apreciación de la Administración, y al no encontrarse regulado, precisamente, tal apreciación subjetiva no podrá ser controlada por los tribunales judiciales, mas solo cuando la decisión administrativa vulnere los límites externos ya señalados *ut supra*.

La discrecionalidad se da en la consecuencia jurídica de la estructura normativa, sin embargo, puede hallarse también en el supuesto de hecho, ya sea que la propia disposición normativa la atribuya expresamente o se desentrañe de las permisiones expresas o que se deduzca de las normas que regulan la competencia del sujeto público estatal o entidad.

Esta facultad discrecional puede ser ejercida por cualquier autoridad administrativa en general, incluso por el ejecutor coactivo, pero solo cuando persigue obligaciones o deudas de naturaleza no tributaria. Ahora bien, cuando

¹⁵⁷ La postura referida a que la autoridad administrativa puede aplicar el procedimiento de analogía se basa, aparte de las normas citadas, en doctrina que se encuentra a favor del uso de la analogía en sede administrativa como CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). “Derecho Administrativo”. Tomo I. Segunda edición. Palestra Editores. Lima. p. 565. Este autor explica que el carácter nuevo del Derecho Administrativo y la consecuente ausencia de regulación normativa, orgánica y sistemática para la mayoría de sus instituciones hace que se presenten numerosos supuestos de carencia histórica de normas o lagunas “que llevan a elaborar una norma justa a fin de cubrir el hueco o vacío del ordenamiento jurídico administrativo.” Otro autor a favor de la aplicación de la analogía en sede administrativa es HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. pp. 60-62. Este autor explicando sobre la aplicación subsidiaria de disposiciones jurídico privadas al derecho administrativo refiere a dos modos de aplicación a) por su vigencia inmediata de tales normas en el seno del derecho público o b) su aplicación de forma analógica, concluye que la mayoría de las normas serán de aplicación a través de la analogía. Por otro lado, una posición en contra de la aplicación de la analogía la observamos en GUZMÁN NAPURÍ, Christian. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Pacífico Editores. Lima. p. 30, sin embargo, sí acepta el empleo de los principios para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo. Ergo, apreciamos que sí estaría aceptando la ‘analogía iuris’. *Ibidem*, pág. 89. Ahora bien, en palestra nacional el profesor DANÓS ORDÓÑEZ señala que con la entrada en vigencia de la LPAG n.º 27444, se consagra como una de las funciones que toca cumplir a los principios: la ‘función integradora’; dicho autor afirma que el numeral 2 del art. IV y numeral 1 del art. VIII “tienen como fuente de inspiración el numeral 8) del artículo 139º de la Constitución que consagra la integración de las lagunas del derecho por el juez en base a los Principios Generales del Derecho”, en DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. (2008). “Los principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo peruano”. En “Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Valladolid y Salamanca”. (pp. 533 - 548). VALLADOLID. junta de Castilla y León. [consulta:19.09.2021] Ponencia disponible en: <https://es.scribd.com/document/406733445/Los-Principios-Generales-del-Derecho-en-el-Derecho-Administrativo-peruano-Jorge-Danos-Ordenez>, [cita tomada de la página 14 de este texto web].

el ejecutor coactivo persiga deudas de naturaleza tributaria ya sea bajo el TUO de la LPEC o el CT, su actuación estará regida por la VINCULACIÓN POSITIVA.

Para la doctrina de la vinculación positiva no hay ningún “espacio libre o franco de ley” en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre.¹⁵⁸ “El derecho no es pues para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio”, se agrega que para la Administración Pública rige el “*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*” (lo que no está permitido ha de entenderse prohibido), y para la vida privada rige “*permissum videtur in omne quod not prohibitum*” (ha de entenderse permitido todo lo que no está prohibido).¹⁵⁹ Entonces la potestad discrecional tiene que estar en un precepto legal dado con anterioridad (ley previa) que prevea o habilite la actuación de la autoridad administrativa.

En ese sentido afirmamos que el funcionario al ejercer su potestad tributaria se encuentra vinculado positivamente a la legalidad. Así, la norma art. IV *in fine* del TUO del CT, señala:

“NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY

En los casos en que la Administración Tributaria se encuentra facultada para actuar discrecionalmente optará por la decisión administrativa que considere más conveniente para el interés público, dentro del marco que establece la ley.”

Esta disposición de modo expreso indica “En los casos”, “en que ... se encuentra facultada para actuar discrecionalmente”, esto es, entendemos que tiene que haber una norma expresa que habilite al funcionario a actuar discrecionalmente en ciertos casos, suceso diferente a lo que ocurre con los demás funcionarios que no practican la potestad tributaria, donde su competencia y su discrecionalidad podrán deducirse de todo el ordenamiento jurídico o de las normas que atribuyen competencia al sujeto público del Estado o entidad, como se expuso en el marco teórico del presente trabajo.

Por ello cuando el ejecutor coactivo de la municipalidad persiga el recupero de lo adeudado por razón tributos municipales y ejerza su facultad discrecional se encontrará bajo el régimen de la vinculación positiva, debiendo existir normas expresas que le otorguen discrecionalidad. Sin embargo, con esto no nos referimos que se debe encontrar la (indicación expresa con la) palabra “discrecionalidad” o “discrecional” en el texto normativo, sino que “desde el punto de vista de la técnica legislativa la habilitación para el uso de la discrecionalidad”¹⁶⁰ puede producirse al emplearse expresiones como “puede”, “podría”, “le está permitido”, “está facultado para”, etc.

¹⁵⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. 12ma edición. Editorial Palestra-Temis. Lima-Bogotá. p. 477.

¹⁵⁹ Citando al profesor BALLBÉ, en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. *Op. cit.*, p. 477.

¹⁶⁰ HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. UNAM. México. p. 135.

Asimismo, debido a que en su mayoría las actuaciones del ejecutor coactivo implican actos de gravamen o que restringen derechos, esta discrecionalidad debe ser otorgada con una norma que contenga cierta densidad en su regulación sobre la actuación sin anular la discrecionalidad. Tendrá que ser una discrecionalidad atenuada, restringida o menor, esto es, una facultad discrecional donde las opciones o alternativas a elegir (el ejecutor) se encontrarían predeterminadas en el texto normativo,¹⁶¹ la norma establecería un marco de elección. Así se debe entender cuando la norma IV del CT preceptúa "... actuar discrecionalmente ... dentro del marco que establece la ley."

Puntualizando sobre las actuaciones que realiza el ejecutor coactivo, estas son las de verificación de la exigibilidad del valor o acto, inicio del procedimiento coactivo, notificación exhortando el cumplimiento de lo adeudado, notificar los actos que emite en el decurso del procedimiento coactivo, realizar los diversos tipos de embargo, iniciar el procedimiento de tasación y remate, señalando al martillero, rematando para finalmente adjudicar el bien.

Además, tenemos que el ejecutor actúa apreciando (él mismo) el mérito, la oportunidad y la conveniencia de su intervención cuando decide —en cuanto a una estrategia de cobranza— a quienes empezar a notificar resoluciones de inicio del procedimiento coactivo, así, podrá empezar con deudores cuyas deudas sean por impuesto predial o por arbitrios, o por deudores de ambos tributos, así también, podrá iniciar procedimiento respecto de contribuyentes con deudas altas, o respecto de contribuyentes con deudas medianas pero que tengan cuenta bancaria, o vehículos o algún activo a embargar, o asimismo, podrá decidir si inicia la cobranza a contribuyentes cercanos al local municipal por la facilidad de gestionar las notificaciones, todas ellas son decisiones basadas en facultades discrecionales.

Al mismo tiempo, cuando se trata de trabar embargos en uso de la potestad discrecional, el ejecutor coactivo puede elegir entre embargos en forma de intervención y acá se puede decir si es embargo en forma de intervención en información, en recaudación o en administración; puede decidir si traba embargo en forma de inscripción, de retención o de secuestro conservativo o combinar uno o dos de estos embargos, contra los fondos o propiedad del deudor, para asegurar el cobro de lo adeudado, ahora bien, no se debe olvidar la obligación de justificar toda medida adoptada sobre todo en tema de embargos y de respetar el principio de razonabilidad y proporcionalidad en la intervención de la esfera privada para no decaer en arbitrario. En tema de embargos el propio TUO de la LPEC no señala la forma o el modo como aplicar los embargos esto los deja a discrecionalidad del ejecutor no obstante cuando el ejecutor los ejecute tiene que integrar lo dispuesto sobre los embargos con los principios del derecho administrativo del TUO de la LPAG y con lo que ya señaló la jurisprudencia del TC y conforme el art. VIII del TUO de la LPAG, que pone como preeminentes a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta ley.

¹⁶¹ Conforme a la clasificación expuesta en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, fj. 9). "La discrecionalidad menor es aquella donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley".

Al respecto, mediante STC Exp. N.º 00005-2010-PA/TC se precisó que la Administración se “encuentra obligada a demostrar que el monto embargado guarda absoluta relación con la suma adeudada”, y que los organismos recaudadores son los obligados a mantener el “cálculo vigente de lo adeudado, incluyendo todos los conceptos que ordene la ley.” Se resuelve sobre la proporcionalidad de la medida cautelar en tema recaudatorio.

Cabe puntualizar, que un órgano que ejerza competencias tributarias podrá aplicar normas y principios de modo supletorio, siempre y cuando no implique interpretación extensiva, de disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley, o integración por analogía.

La norma VIII del TP del CT prohíbe la integración normativa, por ejemplo, estará prohibido aplicar una norma que considere como gravadas con un tributo a operaciones o personas que la ley no mencionó de manera expresa. En ese sentido “en el país está prohibido que, mediante un procedimiento analógico, se exijan tributos a personas o supuestos que no estén expresamente regulados por las normas que los han creado”¹⁶²

A su vez, dicha norma contiene la prohibición de extender el alcance de las normas que crean tributos, “pues ello equivaldría a saltar competencias que deben corresponder solo al que tiene el poder para legislar, o sea el titular de la potestad tributaria”¹⁶³. Puesto que solo este titular debe definir el hecho que se gravará.

En atención a ello, el ejecutor coactivo no aplica normas sustantivas sobre tributos, por lo que el ejecutor sí podrá aplicar todos los principios de interpretación e integración normativa en lo que concierne a las normas del procedimiento administrativo, con los límites a la discrecionalidad que hemos agregado para el ejecutor que persiga deuda tributaria.

Finalmente, la discrecionalidad no es arbitrariedad. La arbitrariedad es lo contrario a discrecionalidad. Para nuestra tesis sostengo que la arbitrariedad del ejecutor coactivo en el ejercicio de su discrecionalidad al perseguir deuda por tributos municipales se da cuando dicho ejecutor actúa

- Ejerciendo discrecionalidad sin tener norma previa que la habilite o le permita dicha actuación, debido a la vinculación positiva que contempla la norma IV *in fine* del TUO del CT.
- ejerce la potestad discrecional infringiendo los límites contenidos tanto en la Ley como en la Constitución (y los principios derivados de esta),
- No fundamenta con base en la argumentación jurídica (justificación interna y externa) la decisión o actuación administrativa discrecional.

En atención a lo expuesto nuestra postura es que

- i) Asumimos la postura ecléctica en lo que respecta a la facultad discrecional de la Administración Pública.

¹⁶² SEVILLANO CHÁVEZ, Sandra. (2019). Lecciones de Derecho Tributario. Principios Generales y Código Tributario. Segunda edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. p. 151.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 152.

- ii) El ejecutor coactivo que persigue deuda tributaria municipal sí posee facultad discrecional.
- iii) El ejecutor coactivo municipal cuando persiga deuda de naturaleza tributaria, en su actuación discrecional se encontrará bajo la doctrina de la vinculación positiva en su relación con la ley conforme el texto de la norma IV del TUO del CT.
- iv) Debido a que, en su mayoría, las actuaciones del ejecutor coactivo implican actos de gravamen, esta discrecionalidad debe ser otorgada con una norma que contenga ciertos detalles sobre la actuación sin anular la discrecionalidad. Tendrá que ser una discrecionalidad atenuada, restringida o menor.

HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2:

EL ACCESO AL CARGO POR PARTE DEL EJECUTOR COACTIVO MEDIANTE LA MODALIDAD CAS AFECTA LA AUTONOMÍA FUNCIONAL DEL EJECUTOR Y NO OBSERVA EN MAYOR MEDIDA EL PRINCIPIO DE MERITOCRACIA COMO SÍ LO HACE EL DL 276.

Para comprobar esta hipótesis hemos realizado entrevista a ejecutores coactivos de dieciséis municipalidades distritales de Lima.

¿Bajo qué régimen se encuentra contratado Ud.?

A) Régimen CAS

B) DL 276

C) Otro (SNP, Designación, etc.)

Ejecutor(a) Coactivo	Municipalidades	CAS	DL 276	Otro
ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA	Ate		X	
(E) ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA	Breña		X	
ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ	Independencia		X	
ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN	Jesús María		X	
ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ	La Molina	X		
ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE	Lince	X		
ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO	Magdalena del Mar		X	
(E) ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL	Miraflores		X	
ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA	Pueblo Libre	X		
ABOG. CECILIA NORIEGA JARAMILLO	Rímac	X		
ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE	San Isidro		X	
ABOG. ALFREDO BENIGNO RUMALDO GÓMEZ	San Juan de Lurigancho		X	
(E) ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS	San Martín de Porres	X		

ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA	San Miguel	X		
ABOG. ALBETO GONZALO VILDOSO RIVERA	Santa Anita	X		
ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA	Surquillo		X	

*(E): Ejecutor o ejecutora Coactivo encargado en el periodo de las entrevistas.

Apreciamos que casi el 50% de los profesionales entrevistados se encuentran contratados bajo la modalidad CAS.

Asimismo, no obstante el régimen al que se encuentran inmersos, se les consultó su opinión si la modalidad CAS afecta a la independencia funcional con que debe contar un ejecutor coactivo para el normal ejercicio de sus funciones:

Ejecutor(a) Coactivo	Municipalidades	Sí afecta	No afecta
ABOG. LUIS EFREN RUELAS LLERENA	Ate	X	
(E) ABOG. LUIS ALBERTO CIRILO QUINTANA	Breña	X	
ABOG. FRANCISCO VÁSQUEZ RODRIGUEZ	Independencia	X	
ABOG. FARITA MERCEDES HUAMÁN FARFÁN	Jesús María	X	
ABOG. VÍCTOR JESÚS HUAMÁN DE LA CRUZ	La Molina		X
ABOG. LIS ROSINA CALDERÓN AGUIRRE	Lince	X	
ABOG. SERGIO AMADOR ORREGO GUERRERO	Magdalena del Mar	X	
(E) ABOG. ROXANA VILLALOBOS CORONEL	Miraflores		X
ABOG. JIMMY BRYAN MÉNDEZ IZARRA	Pueblo Libre	X	
ABOG. CECILIA NORIEGA JARAMILLO	Rímac	X	
ABOG. ARMANDO MENDOZA UGARTE	San Isidro	X	
ABOG. ALFREDO BENIGNO RUMALDO GÓMEZ	San Juan de Lurigancho	X	
(E) ABOG. LIZBETH EVELYN MENDIETA CISNEROS	San Martín de Porres		X
ABOG. JOEL ITURRIZAGA QUEZADA	San Miguel	X	
ABOG. ALBETO GONZALO VILDOSO RIVERA	Santa Anita	X	

ABOG. JORGE LUIS DELGADO PANIAGUA	Surquillo	X	
--	-----------	---	--

De la tabla observamos que trece (13) de los dieciséis (16) ejecutores entrevistados responden que el tipo de contrato (CAS) sí afecta a la independencia o autonomía funcional con que debe contar el ejecutor coactivo, por presiones de la gerencia u órganos políticos de la municipalidad.

Los ejecutores entrevistados máxime los que ahora son nombrados, comentaron —con base en su experiencia— que los ejecutores CAS padecían presiones por parte de la plana mayor o gerencias a fin de que realicen ejecuciones (incluso sin expediente coactivo) e incluso desalojos, en cuyo caso, debía llevarse a cabo mediante una demanda en un proceso civil y no vía LPEC. Las amenazas que aparejaban dichas presiones, eran las de iniciarse un procedimiento disciplinario, discriminarlos de gratificaciones y bonificaciones; a su vez, algunos ejecutores nombrados, comentaron que la presión hacia ellos venía acompañada de sobornos por parte de la plana mayor.

Asimismo, los ejecutores coactivos Víctor Huamán De la Cruz y Armando Mendoza Ugarte agregaron que las presiones a los ejecutores pueden manifestarse en reducirles personal a su cargo, negar vehículos, negar el papel, (lo que implica menos notificaciones, menos producción), entregar una cartera de cobranza donde la deuda es de poca monta, etc.

En este sentido se les consultó a los entrevistados, si a lo largo de su trayectoria profesional como ejecutores coactivos han sido presionados, de modo directo o indirecto, por algún alcalde o alguna gerencia para realizar una notificación coactiva a fin de afectar a contribuyentes en específico.

RESPUESTAS	SÍ, EN ALGUNA OCASIÓN FUÍ PRESIONADO DE ESE MODO	NO
EJECUTORES COACTIVOS ENCUESTADOS	50%	50%

Según información recogida de las entrevistas, las presiones y hostilidades constituyen en:

- Iniciarse un procedimiento disciplinario.
- Se les reduce la cartera a cobrar.
- El ejecutor tiene que administrar su propia oficina, sin embargo, no se les designa personal administrativo, tampoco, para notificar.
- Se les niega o reduce los materiales como el papel, lapiceros, cartuchos de impresoras, vehículos ni chóferes.
- No se les asigna presupuesto para las búsquedas en los RRPP.
- Se les deniega permisos, licencias, descansos.

- Se les discrimina en lo que atañe a bonificaciones, es más, se condiciona (dichas bonificaciones) para que se avengan a las presiones, toda vez que el CAS no contempla tales bonos.

Cabe agregar además que:

Mediante el art. 7 del TUO de la LPEC señala

“Artículo 7°.- Designación y remuneración

7.1 La designación del Ejecutor como la del Auxiliar se efectuará mediante concurso público de méritos.

7.2 Tanto el Ejecutor como el Auxiliar ingresarán como funcionarios de la Entidad a la cual representan y ejercerán su cargo a tiempo completo y dedicación exclusiva.

(...)”

A su vez la Ley n.º 27204 precisa que el Ejecutor y Auxiliar coactivo son funcionarios “nombrados o contratados según el régimen laboral de la Entidad a la cual representan” y su “designación en los términos señalados en el artículo 7 de la LPEC, no implica que dichos cargos sean de confianza”.

También, el artículo 37 del la LOM sobre el régimen laboral del trabajador municipal indica que los funcionarios y empleados de las municipalidades se encontrarán sujetos al régimen de la carrera administrativa, esto es la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, DL n.º 276, mientras que los obreros están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, DL n.º 728.

Al mismo tiempo, en lo que atañe a la meritocracia:

En la acotada STC recaída en el expediente n.º 013-2021-PI/TC, el TC expresa que respecto “a la exigencia del concurso público que hace la ley impugnada, debe advertirse que en los procesos de selección a los que postula el personal CAS existe un estándar de evaluación que puede ser más bajo, por cuanto no necesariamente se configuran las exigencias propias de un concurso público de méritos, donde, además de evaluar el perfil curricular del postulante, se evalúan sus conocimientos técnicos a través de un examen”.

Asimismo, en la misma línea con la STC citada, el artículo 4 de la “Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 61-2010-SERVIR/PE de la Autoridad del Servicio Civil – Servir”, modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 330-2017-SERVIR/PE dispone que

“todo proceso de selección que realicen las entidades públicas debe considerar como mínimo las siguientes evaluaciones:

- Evaluación curricular
- Evaluación de conocimientos o habilidades técnicas
- Entrevista

Las entidades públicas pueden aplicar las referidas evaluaciones en el orden que se considere más adecuado a las necesidades de cada puesto a convocar.

Únicamente para los procesos de selección en el marco de la contratación administrativa de servicios sólo son obligatorias la evaluación curricular y la entrevista, siendo opcional aplicar otros mecanismos de evaluación.”¹⁶⁴ (Subrayado agregado)

En este sentido, se aprecia que las normas Ley n.º 26979, Ley n.º 27204 y el artículo 37 de la LOM establecen un régimen específico para quienes ocupan los cargos de Ejecutor y Auxiliar Coactivo por lo que les corresponderá que ellos sean nombrados encontrándose inmersos en la carrera administrativa bajo el DL n.º 276, en ese sentido, dichas normas se orientan a que el Ejecutor coactivo se vincule al Estado de manera indefinida, pero a su vez que la persona que se incorpore al cargo acceda con un alto estándar en la evaluación en observancia del principio de meritocracia debido a la importancia del puesto de ejecutor coactivo, lo que redundará en un mayores garantías para los contribuyentes.

¹⁶⁴ La modificatoria a la Resolución de Presidencia Ejecutiva n.º 61-2010-SERVIR/PE puede revisarse en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/formalizan-modificacion-de-la-res-n-61-2010-servir-pe-en-resolucion-no-330-2017-servir-pe-1609854-4/>

HIPÓTESIS GENERAL:

LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DEL EJECUTOR COACTIVO, LA OBSERVANCIA DE LA AUTONOMÍA FUNCIONAL Y DE LA MERITOCRACIA PARA EL ACCESO AL CARGO REFUERZAN LA PREFERENCIA EN EL MODELO ADMINISTRATIVO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA EN LA LPEC POR DEUDAS DE TRIBUTOS MUNICIPALES.

En la tesis “El abuso del derecho en el procedimiento de cobranza coactiva” del año 1998 presentada por el profesor Max López Cava, el profesor afirma, entre sus conclusiones y propuestas, que no es conveniente que la propia Administración Tributaria determine (y resuelva respecto de) la medida cautelar como el embargo, debido a que —agrega el autor— la Administración no puede ser juez ni parte posibilitándose que sus decisiones carezcan de objetividad y transparencia.

Con ello el autor lo que cuestiona es que la propia Administración tributaria que ya emitió la deuda realice las medidas de ejecución forzosa o de cobranza coactiva como el embargo, esto es, cuestiona la autotutela ejecutiva de la Administración Tributaria.

Sobre ello, hemos indicado que existen tres modelos de ejecución coactiva.

- El modelo judicial
- El modelo administrativo
- El modelo mixto

En el marco teórico hemos expuesto argumentos de cara a la preferencia del modelo administrativo ante el modelo judicial y datos sobre la eficacia y el respeto de las normas por parte de los ejecutores coactivos a la hora de tramitar los expedientes coactivos.

Esto lo advertimos de los datos recogidos:

Municipalidades	% de expedientes anulados o suspendidos definitivamente por Resolución del TF o del PJ.
Ate	1 %
Breña	10%
Independencia	2%
Jesús María	0.1%
La Molina	3%

Lince	1%
Magdalena del Mar	15%
Miraflores	15%
Pueblo Libre	0.1%
Rímac	35%
San Isidro	5%
San Juan de Lurigancho	
San Martín de Porres	10%
San Miguel	12%
Santa Anita	2%
Surquillo	0.1%

A su vez hemos entrevistado a diversos ejecutores de 16 municipalidades distritales de Lima.

Cuál es su opinión como ejecutor coactivo: ¿Cree Ud. que debe subsistir en nuestro sistema la ejecución coactiva a manos de la Administración Pública, en nuestro caso la Municipalidad o esta ejecución debe ser llevada a cabo íntegramente por el Poder Judicial o debe ser un sistema mixto?

A) Sí. La municipalidad debe preservar la facultad de ejecución de oficio para el cobro de sus adeudos por tributos municipales

B) No. La ejecución coactiva debe ser llevada a cabo por el poder judicial

C) Mixto. Los embargos deben ser ordenados por el ejecutor coactivo municipal pero la ejecución forzosa debe ser llevada a cabo por el juez.

RESPUESTAS	A	B	C
EJECUTORES ENTREVISTADOS	100%	0%	0%

Como argumentos principales a su respuesta, los ejecutores y ejecutoras coactivos alegan la excesiva carga procesal con que cuenta el PJ, y que la demora en la recaudación causaría un grave perjuicio en los servicios que la municipalidad brinda a los contribuyentes.

Ahora bien, cabe agregar que esta prerrogativa derivada de la autotutela debe ser compensada con garantías y mayor seguridad para el administrado, en este sentido ya el TC ha sostenido que i) “los poderes públicos tienen el deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona” STC (5637-2006-PA/TC), esto último implica que el Estado Social y Democrático de Derecho —como lo es el Estado peruano— se asienta en un modelo de economía social de mercado y que este Estado tiene el deber de remover todos los obstáculos que impidan o restrinjan el goce de los derechos de las personas, así mediante el cobro de tributos el “Estado se procura la obtención de ingresos económicos a fin de proveer a sus ciudadanos las condiciones materiales mínimas para su desarrollo integral y a los que constitucionalmente está obligado”¹⁶⁵; y que ii) “la Administración Pública tiene la capacidad para proteger directamente sus intereses, pudiendo incluso exigir por sí misma el cumplimiento de sus actos, esta facultad de autotutela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones —sustentada en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas—”, “implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que pueden verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva” (STC 0015-2005-PI/TC, fundamento 46).

Además tenemos el siguiente cuadro sobre el nivel de recaudación de las municipalidades materia del presente trabajo¹⁶⁶:

Municipal Distrital de	Clasificación ¹⁶⁷	Recaudación de Impuesto Predial 2019	Recaudación de Impuesto Predial 2020
Ate	C y D	60,907,574.88	52,569,735.61
Breña	C	11,307,640.55	9,326,993.68
Independencia	D y E	17,889,341.65	17,369,365.02
Jesús María	B	22,698,049.60	20,870,759.36
La Molina	A	51,514,937.24	49,302,726.75
Lince	B	13,937,483.10	13,889,831.23
Magdalena del Mar	B	16,877,929.53	17,656,386.62
Miraflores	A	87,868,919.79	83,887,074.59
Pueblo Libre	B	13,306,728.33	12,820,316.40
Rímac	C, D y E	6,562,167.63	5,675,309.87

¹⁶⁵ LANDA AROYO, César. (2005). “Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional”. En: Libro Homenaje Armando Zolezzi Moller, Palestra Editores, Lima. p. 210.

¹⁶⁶ Cuadro de elaboración propia a partir de los datos de recaudación 2019 y 2020 del impuesto predial MEF, recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publico/migl/metas/GUIA_META_2_recaudacion2019_2020.pdf

¹⁶⁷ La clasificación es según la estructura socioeconómica de la población AB, C, D y E, según el cuadro n.º 11 de http://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_poblacional_peru_201905.pdf

San Isidro	A	99,059,239.69	95,998,382.44
San Juan de Lurigancho	C y D	33,954,180.42	22,975,294.62
San Martín de Porres	C y D	35,045,084.01	27,687,795.86
San Miguel	B	22,217,851.93	21,069,905.17
Santa Anita	C y D	19,157,906.37	15,869,518.56
Surquillo	C	18,494,975.85	18,189,290.08

Vemos que las municipalidades con mayor población de los sectores C, D y E logran menor recaudación en comparación con las municipalidades con mayor población caracterizada como A y B. Por ello no sería conveniente que las municipalidades que logran una menor recaudación ejecuten una cobranza vía judicial, con lo plazos, formalidades y contradictorios que ello implica, lo que retrasaría el gasto público para el cumplimiento de los fines públicos del gobierno local y la satisfacción de las necesidades de los vecinos que se encuentran en situación de desventaja, lo que conllevaría a incumplir con el —antes indicado— deber —en tanto que los gobiernos locales forman parte del Estado Social y Democrático de Gobierno— de protección de los derechos fundamentales de dichas personas.

Al respecto se realizó una encuesta a los contribuyentes:

¿Considera Ud. que la ejecución coactiva (embargos y remates) debe ser llevado a cabo por la Municipalidad o por el juez?

B) Por la propia Municipalidad.

C) Por medio de un proceso judicial dirigido por un juez.

RESPUESTAS	A	B
CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	37.5%	62.5%

Sin embargo, cuando se explicó a los contribuyentes que si la cobranza coactiva fuera judicial, la recaudación se demoraría por los plazos judiciales y con ello se demorarían los servicios que presta la municipalidad; además que sería más onerosa tanto para los contribuyentes como para la municipalidad en el sentido que los contribuyentes tendrían que participar de un proceso judicial, con lo que ello implica como la designación de un abogado, estar pendiente de las notificaciones, someterse al esquema procesal y atenerse a los plazos, etc.; muchos contribuyentes cambiaron su respuesta prefiriendo que la cobranza sea llevada a cabo por la propia municipalidad.

RESPUESTAS	A	B
CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	83.75%	16.25%

Por ello, la ejecución coactiva en manos de las propias municipalidades es importante porque busca cumplir o hacer cumplir el Deber de Contribuir a los gastos públicos.

También hemos desarrollado como la potestad discrecional está presente en nuestro ordenamiento jurídico administrativo y tributario, asimismo, cuan importante es esta atribución para el agente encargado del cobro de tributos: el ejecutor coactivo, debido a que la discrecionalidad permitirá una mejor planificación y coadyuvará a las estrategias de la cobranza coactiva lo que permitirá exigir eficientemente el cumplimiento del deber constitucional de contribuir a los gastos públicos.

Ahora bien, esta potestad discrecional del ejecutor está sometida a límites como: los conceptos jurídicos indeterminados, el control de los elementos reglados, en especial el control de fin y la desviación del poder, la previsibilidad y la concreción de las potestades discrecionales, la determinación de los hechos y la aplicación de los principios generales del derecho.

De la encuesta realizada en los distritos materia de tesis y las entrevistas a sendos ejecutores coactivos de tributos, hemos confirmado nuestra hipótesis desprendiendo que el CAS es una modalidad de contratación que afecta la autonomía funcional, no observa en mayor medida el principio de meritocracia lo que se traduce en ejecuciones arbitrarias o menos garantías para el contribuyente.

Aunado a ello, que acceda al cargo un agente o funcionario especial e identificable como titular del procedimiento coactivo: el ejecutor coactivo en la LPEC, abona en la preferencia hacia el modelo administrativo, toda vez que dicho funcionario asumirá las responsabilidades por el trámite del expediente coactivo. Al respecto se realizó la siguiente encuesta a los ciudadanos:

En caso de quedar la facultad de ejecución coactiva en la municipalidad, usted preferiría que dicha facultad se le otorgue a	
A)	Un funcionario especial e identificable como titular del procedimiento ejecutivo, que a su vez tenga conocimientos técnicos sobre dicho procedimiento.
B)	Un gerente o subgerente ya sea municipal o de rentas. <i>[Tome en cuenta que estos cargos corresponden a los de designación política a personas de confianza].</i>

C) Al alcalde.

RESPUESTAS	A	B	C
CONTRIBUYENTES ENCUESTADOS	60.9%	30.44%	8.60%

Siendo necesario el modelo administrativo de ejecución coactiva para las municipalidades, los límites señalados para la discrecionalidad y la observancia de la meritocracia para el cargo que significa autonomía funcional e idoneidad del agente impedirán que la doctrina y los legisladores propongan una alternativa judicial alegando una mayor seguridad jurídica y que tal discrecionalidad implica arbitrariedad por parte del ejecutor.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

1. Para el recupero de lo adeudado por tributos municipales es preferible el modelo administrativo de ejecución forzosa, máxime si las ejecuciones son ‘verdaderamente eficaces y eficientes’ debido al bajo porcentaje que los expedientes anulados por el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial. El modelo administrativo es concorde con los principios constitucionales y la jurisprudencia debido a que procura exigir el cumplimiento de un deber constitucional “El deber de contribuir con los gastos públicos”, máxime si la misma CP de 1993 encomienda a la Administración Pública la obligación de “Administrar la Hacienda Pública”, núm. 17 del art. 118 de la CP.
2. Toda vía ejecutiva está encaminada a ejecutar o realizar de modo rápido la obligación. No debe existir actos que impidan esta ejecución rápida siendo que la intervención judicial debe ser al final de la ejecución forzosa o vía solicitud de tutela cautelar judicial, de hecho, la revisión judicial (art. 23 LPEC) es una medida que vuelve ineficaz el procedimiento de ejecución coactiva regulado por la LPEC.
3. Todo funcionario goza de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, el funcionario o servidor tendrá un amplio margen de decisión e incluso podrá aplicar la analogía en caso de defecto de disposición normativa, siempre, para la satisfacción del interés general y para asegurar y satisfacer el derecho de los administrados, nunca en situaciones de gravamen, por lo que, el ejecutor coactivo (por cualquier deuda) gozará de discrecionalidad pero más restringida. Para el funcionario en general no regirá la vinculación positiva. Por el contrario, de la norma IV del TP del CT, concluimos que cuando el ejecutor coactivo de una municipalidad persiga deudas tributarias, su relación con la legalidad sí será de ‘vinculación positiva’, esto es, necesitará de una norma previa que le habilite a ejercer discrecionalidad y la integración normativa (subsidiaridad y analogía), restringiéndosele a una discrecionalidad de tipo ‘atenuada o menor’.
4. Si bien existe dicha discrecionalidad para el ejecutor coactivo incluso para imponer medidas cautelares, tales medidas pueden devenir en desproporcionadas al hacer inútil la propiedad, la empresa o inversión de un administrado (en suma, un derecho patrimonial del administrado), por lo que son necesarios los límites reseñados en el marco teórico.
5. Todo procedimiento coactivo debe ser tramitado por un ejecutor coactivo nombrado por la municipalidad vía régimen laboral de la carrera administrativa, DL 276. Ello aseguraría que no se desvíe el poder que le fuera concedido, por presiones de los gobernantes de turno o por falta de idoneidad en el cargo.

4.2. RECOMENDACIONES

- Que toda propuesta legislativa en materia de cobranza coactiva se oriente a reforzar el modelo administrativo de cobranza y, por el contrario, que las propuestas no pretendan convertir la cobranza de la LPEC en una cobranza judicial.
- Se debe modificar la legislación para que las municipalidades que no puedan nombrar bajo el régimen de la carrera administrativa, DL 276, a sus propios ejecutores coactivos puedan remitir sus créditos al ejecutor coactivo de la municipalidad provincial o al ejecutor del Banco de la Nación para mantener la potestad de autotutela ejecutiva en la propia Administración, además, no sería conveniente que la deuda se cobre en la vía proceso judicial, esto es, que se modifique la LPAC para que el valor se convierta en título ejecutivo judicial y pueda cobrarse vía proceso de ejecución judicial.

BIBLIOGRAFÍA

CAMUS GRAHAM, Dante. (2013). "Casuística tributaria. El deber de contribuir y la cobranza coactiva. Un enfoque constitucional (Cobranza administrativa o judicial)." En: El procedimiento de cobranza coactiva. Doctrina y casuística, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima.

CASSAGNE, Juan Carlos. (2017). Derecho Administrativo. 2 tomos, Segunda edición, Palestra Editores, Lima.

CASTILLO CONTRERAS, FLORA MA. (2009). La Cobranza Coactiva en la Administración Tributaria. Facultad, Oportunidad y Eficiencia. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), México D.F. Disponible en:

https://www.ciat.org/Biblioteca/BecadeInvestigacion/2008_III_beca_cobranza_coactiva_castillo_mx.pdf

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. (2008). "Los principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo peruano". En Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo Valladolid y Salamanca. (pp. 533 - 548). VALLADOLID. junta de Castilla y León. [consulta:19.09.2021] Ponencia disponible en: <https://es.scribd.com/document/406733445/Los-Principios-Generales-del-Derecho-en-el-Derecho-Administrativo-peruano-Jorge-Danos-Ordenez>

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge y ZEGARRA VALDIVIA, Diego. (1999). El procedimiento de ejecución coactiva. Gaceta Jurídica, Lima.

ESTELA HUAMÁN, José Alberto. (2012). El procedimiento de ejecución coactiva. En: Revista de Derecho Administrativo N.º 11. PUCP. Lima. [consulta: 21 abril 2021]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13556>

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. (2011). Curso de Derecho Administrativo. 2 tomos, 12ma edición, Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1962). "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)". En Revista de Administración Pública N.º 38, España. [consulta:19.03.2021] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>

GARRIDO FALLA, Fernando con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLES, Herminio. (2005). Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I, Parte General, 14ta edición, Editorial Tecnos.

GONZÁLES GUERRERO, Roxana y NAVA TOLENTINO, José J. (2015). Proceso de cobranza de la deuda tributaria. Grupo editorial LEX & IURIS, Lima.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Pacífico Editores, Lima.

HARTMUT, Maurer. (2012). Derecho Administrativo Alemán. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2001). Procedimiento Coactivo. 7ma edición, IDEMSA, Lima.

LANDA AROYO, César. (2005). "Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional". En: Libro Homenaje Armando Zolezzi Moller, Palestra Editores, Lima.

MENDOZA UGARTE, Armando. (2018). El Impuesto Predial. Jurista Editores, Lima.

MENDOZA UGARTE, Armando. (2017). La Ejecución Coactiva. Segunda edición, Jurista Editores, Lima.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 2 tomos, Décima cuarta edición, Gaceta Jurídica, Lima.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General- Los principios de constitucionalidad y legalidad. Tomo III, BOE, Madrid.

RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2014). Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento. 2a. edición. GRIJLEY, Lima.

RUBIO CORREA, Marcial. (2011). El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP, Décima edición, Lima.

RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier. (2021). Derecho tributario peruano. Principios y Fundamentos. Volumen I, Palestra Editores, Lima.

SEVILLANO CHÁVEZ, Sandra. (2019). Lecciones de Derecho Tributario. Principios Generales y Código Tributario. Segunda edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (2008). Metodología de la Investigación Jurídico Social. Tercera edición. B y V distribuidores, Lima.

TORRES ALTEZ, Dante y RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. (2014). El proceso único de ejecución. Mecanismos de ejecución y de defensa. Gaceta Jurídica, Lima.

Webgrafías

CÓDIGO CIVIL COMENTADO POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS. LIMA. Gaceta Jurídica. Disponible en: https://www.academia.edu/37265204/CODIGO_CIVIL_COMENTADO_TOMO_V_PERUANO_Derechos_REALES.

Reflexiones sobre la tributación municipal en el Perú. Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/documentos-y-publicacion/libro-digital-defcon/libro-digital-2019>

Tesis consultadas

LÓPEZ CAVA, Máx. (1998). El abuso del derecho en el procedimiento de la cobranza coactiva. Tesis presentada para optar el grado académico de Magister en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SAAVEDRA VERGARA, Jorge Luis y AMAYA LEIVA, Miller. (2016). Ejecución de Cobranza coactiva por multa administrativa y su incidencia en la liquidez de la Empresa Inversiones Renzo E.I.R.L, en el distrito de Tarapoto, año 2016. Tesis para optar el título profesional de Contador Público en la Universidad Nacional de San Martín-Tarapoto, Facultad de Ciencias Económica, Escuela de Contabilidad.

CARBAJAL GIL, Viviana Vanessa. (2016). Afectación del procedimiento de cobranza coactiva en el Servicio de Administración Tributaria de Trujillo (SATT) con la revisión judicial como causal de suspensión del procedimiento y el levantamiento de las medidas cautelares. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho con mención en Derecho Tributario en la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego.

VELARDE GUEVARA, Manuel Alejandro. (2019). La ineficacia del procedimiento de ejecución coactiva para garantizar el crédito público causa desencadenante de la multiplicación de regímenes diferenciados para la ejecución de obligaciones no tributarias. Tesis para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

Resoluciones administrativas, Informes y Jurisprudencia consultadas

Informes

“Proceso de ejecución de garantías hipotecarias en el Perú”. Banco Central de Reserva del Perú. [consulta: 24.09.2021] Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Estabilidad-Financiera/2017/Noviembre/ref-noviembre-2017-recuadro-3.pdf>

Informe Técnico n.º 109-2017-SERVIR/GPGSC

Manual sobre recaudación y cobranza de tributos. (2016), manual elaborado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), la Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Disponible en: https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2016_manual_recaudacion_cobranza.pdf

Informe Técnico n.º 052-2015-SERVIR/GPGSC

“La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas”. Documento preliminar 2014-2015. Ed. Gaceta Jurídica. [consulta: 24.09.2021] Disponible en: <https://laley.pe/art/2982/conozca-los-cinco-grandes-problemas-de-la-justicia-en-el-peru>

“Guía práctica sobre la validez y eficacia de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano”, emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima, 2014, Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1466593-guia-practica-sobre-la-validez-y-eficacia-de-los-actos-administrativos-en-el-ordenamiento-juridico-peruano>

Informe Legal n.º 186-2012-SERVIR/GG-OAJ

Tribunal Constitucional

STC Expediente N.º 013-2021-PI/TC Sobre la incorporación de los trabajadores del régimen CAS

STC Expediente N.º 00005-2010-PA/TC

STC Expediente N.º 05637-2006-PA/TC- Sobre el deber de protección de los DD.FF.

STC Expediente N.º 0015-2005-PI/TC

STC Expediente N.º 002-2004-PI/TC- Sentencia Miraflores

STC Expediente N.º 0090-2004-AA/TC

STC Expediente 004-2004-AI/TC- Sobre la inconstitucionalidad del ITF

Resoluciones del Tribunal Fiscal (RTF)

RTFs sobre el Impuesto Predial

RTF N.º 452-5-2009

RTF N.º 6880-7-2009

RTF N.º 2653-7-2009

RTF N.º 04305-2-2004

RTFs referidas a que la RD y RM deben encontrarse emitidas conforme a ley.

RTF N.º 1111-2-2009

RTF N.º 00895-2-2009

RTF N.º 13095-2-2010

RTF N.° 05232-2-2011

RTF N.° 13096-2-2010

RTFs referidas a que la OP debe encontrarse emitida conforme a ley.

RTF N.° 17244-5-2010

RTF N.° 11370-2-2010

RTF N.° 05002-8-2011

RTF N.° 4392-11-2011

RTF referidas a que la OP es exigible coactivamente desde su debida notificación.

RTF N.° 13846-11-2011

RTFs referentes a que la deuda es exigible si una resolución es notificada y no es apelada

RTF N.° 16464-11-2011

RTF N.° 08007-9-2011

RTFs sobre la obligación de verificar la exigibilidad coactiva de la deuda

RTF N.° 0026-Q-2019

RTF N.° 00460-Q-2019

RTF sobre ejecución de medidas cautelares (embargos) y devolución de montos imputados

RTF N.° 10499-3-2008

RTF N.° 00460-Q-2019

RTF N.° referida a la competencia para atribuir Responsabilidad Solidaria

RTF N.° 489-3-2000

RTF sobre acreditación del ejecutor coactivo

RTF N.° 0150-1-2005

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Dimensiones	Indicadores	Población y Muestra	Método y Diseño
<p>Problema General</p> <p>¿Cómo inciden los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo, la autonomía en el ejercicio de sus funciones y la exigencia de meritocracia para el acceso al cargo, en la preferencia del modelo administrativo de la ejecución forzosa de la LPEC?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar mediante la doctrina, diversos datos recabados a través de encuestas y entrevistas la preferencia del modelo administrativo de ejecución coactiva llevada a cabo por parte de la Municipalidades para el cobro de lo adeudado por impuesto predial y arbitrios municipales.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>Los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo, la observancia de la autonomía funcional y de la meritocracia para el acceso al cargo refuerzan la preferencia en el modelo administrativo de la ejecución forzosa en la LPEC por deudas de tributos municipales.</p>	<p>V1: Variable Independiente General</p> <p>Los límites de la discrecionalidad del ejecutor coactivo.</p>			<p>Población</p> <p>-Ciudadanos de los distritos donde se recabará datos para la presente tesis.</p> <p>-Los ejecutores coactivos de las municipalidades materia de tesis.</p> <p>-Varios expedientes coactivos</p>	<p><u>Método</u></p> <p>Tipo de investigación mixta</p>
			<p>V1: Variable Independiente General</p> <p>La modalidad de contratación que observe en mayor medida la autonomía funcional y la meritocracia.</p>		<p>-Contrato CAS</p> <p>-DL 276</p> <p>-Otros</p>		
			<p>V2 Variable Dependiente General:</p> <p>El modelo administrativo de ejecución coactiva.</p>		<p>-Un bajo porcentaje de expedientes son revocados, anulados, suspendidos o dejados sin efecto por el PJ y TF.</p>		
<p>Problema Específico 1</p> <p>¿Ejerce el ejecutor coactivo potestad discrecional? ¿El actuar discrecional del ejecutor coactivo significa arbitrariedad? ¿Hay particularidades en el ejercicio de la potestad discrecional desempeñada por el ejecutor coactivo que persigue deuda por tributos municipales?</p>	<p>Objetivo Específico 1</p> <p>Proponer un concepto de discrecionalidad administrativa y explicar su vinculación al ordenamiento jurídico, así como la relación del concepto de discrecionalidad con el de arbitrariedad. Determinar que los ejecutores coactivos, al perseguir deuda tributaria, tienen una vinculación con la legalidad diferente a otros agentes administrativos.</p>	<p>Hipótesis Específica 1</p> <p>El ejecutor coactivo sí ejerce una potestad discrecional. Particularmente la potestad discrecional del ejecutor coactivo que persigue deuda tributaria es diferente de la que aplica cualquier otra autoridad administrativa que no ejerce potestad tributaria.</p>				<p>Muestra</p> <p>-50 ciudadanos encuestados</p> <p>-16 ejecutores coactivos</p> <p>Técnica</p>	
<p>Problema Específico 2</p> <p>¿La modalidad del contrato CAS, luego de la vigencia de la Ley n.° 31131 y de la STC Exp. n.° 013-2021-PI/TC, garantiza la autonomía y la observancia de la meritocracia para el acceso al cargo del ejecutor coactivo?</p>	<p>Objetivo Específico 2</p> <p>Determinar si la modalidad bajo la cual es contratado el ejecutor coactivo (CAS o DL 276) incide en su autonomía funcional, habida cuenta de las presiones del grupo político, y si dicha modalidad de acceso al cargo observa en mayor medida el principio de meritocracia; asimismo, conocer la apreciación de diversos ejecutores coactivos sobre el tema mencionado.</p>	<p>Hipótesis Específica 2</p> <p>El acceso al cargo por parte del ejecutor coactivo mediante la modalidad CAS afecta su autonomía funcional y no observa en mayor medida el principio de meritocracia como sí lo hace el DL n.° 276.</p>	<p>V1: Ejecutor coactivo contratado bajo la modalidad CAS.</p> <p>V2: Es susceptible de afectarse la autonomía del ejecutor coactivo en el ejercicio de su cargo y de no observar el principio de meritocracia.</p>		<p>-Modalidad de contrato de los ejecutores entrevistados</p> <p>-Presiones y amenazas recibidas desde los órganos políticos para desviar su función e iniciar expedientes coactivos.</p> <p>-Procedimientos disciplinarios iniciados a los ejecutores</p>	<p>-Recolección de datos</p> <p>Instrumento</p> <p>-Cuestionario</p> <p>-entrevista</p>	

FORMATOS DE:

ENCUESTAS



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
EAP DE DERECHO

La presente entrevista tiene como finalidad conocer la opinión de los contribuyentes sobre la potestad de ejecución forzosa para el recupero de la deuda tributaria y la percepción del nivel de riesgo del procedimiento de cobranza coactiva

DATOS INFORMATIVOS

Sexo	<input type="checkbox"/> M	<input type="checkbox"/> F	Nivel de educación	<input type="text"/>
Edad	<input type="text"/>		actividad empresarial	<input type="checkbox"/> Sí
Ruc	<input type="checkbox"/> Sí			<input type="checkbox"/> NO

HIPÓTESIS GENERAL: REFERIDA A LA PREFERENCIA DEL MODELO ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN COACTIVA TRAMITADA POR LAS MUNICIPALIDADES

1. ¿Considera Ud. que la ejecución coactiva (embargos y remates) debe ser llevado a cabo por la Municipalidad o por el juez?

A) Por la propia Municipalidad.

B) Por medio de un proceso judicial dirigido por un juez.

2. En caso de quedar la facultad de ejecución coactiva en la municipalidad, usted preferiría que dicha facultad se le otorgue a

A) Un funcionario especial e identificable como titular del procedimiento ejecutivo, que a su vez tenga conocimientos técnicos sobre dicho procedimiento.

B) Un gerente o subgerente ya sea municipal o de rentas. [*Tome en cuenta que estos cargos corresponden a los de designación política a personas de confianza*].

C) Al alcalde.

3. ¿Usted cree que es más riesgoso para su dinero en el banco, su auto (su patrimonio en sí) que la propia Municipalidad embargue y se cobre ella misma, de las deudas por tributos de los vecinos, sin pedir autorización judicial?

A) Sí, es muy riesgoso para mi patrimonio que la Municipalidad embargue y cobre directamente si pedir autorización judicial.

B) No lo es.

4. ¿Cree usted que los trámites ante la Municipalidad son más complejos o menos complejos que litigar ante el Poder Judicial?

A) Los trámites ante la Municipalidad son más complejos.

B) Son menos complejos.

LAS ENTREVISTAS

Se realizaron entrevistas para apoyar algunas hipótesis.

ENTREVISTA:



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
EAP DE DERECHO

La presente entrevista tiene como finalidad conocer la opinión de los ejecutores coactivos sobre la ejecución de oficio de las municipalidades para el recupero de la deuda tributaria y sobre si el modelo del contrato CAS incide en la autonomía de la función de los ejecutores coactivos.

DATOS INFORMATIVOS

Municipalidad :

Nombre :

Cargo :

HIPÓTESIS GENERAL: REFERIDA A LA PREFERENCIA DEL MODELO ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN COACTIVA TRAMITADA POR LAS MUNICIPALIDADES

1.Cuál es su opinión como ejecutor coactivo: ¿Cree Ud. que debe subsistir en nuestro sistema la ejecución coactiva a manos de la Administración Pública, en nuestro caso la Municipalidad o esta ejecución debe ser llevada a cabo íntegramente por el Poder Judicial o debe ser un sistema mixto: iniciado por la Municipalidad hasta el embargo y luego la ejecución forzosa debe ser judicial?

A) Sí. La municipalidad debe preservar la facultad de ejecución de oficio para el cobro de sus adeudos por tributos municipales

- | |
|--|
| B) No. La ejecución coactiva debe ser llevada a cabo por el poder judicial |
| C) Mixto. Los embargos deben ser ordenados por el ejecutor coactivo municipal pero la ejecución forzosa debe ser llevada a cabo por el juez. |

HIPÓTESIS 2: REFERIDA A QUE EL TIPO DE CONTRATO CAS DEL EJECUTOR COACTIVO INCIDE EN LA AUTONOMÍA DEL EJECUTOR COACTIVO Y NO OSBSERVA EN MAYOR MEDIDA EL PRINCIPIO DE MERITOCRACIA

2. ¿Bajo qué régimen se encuentra contratado Ud.?

A) Régimen CAS

B) Regímenes de duración determinada o de confianza

C) Regímenes laborales de duración indeterminada o permanente

3. ¿Cree Ud. que el tipo de contrato CAS afecta en la independencia funcional del ejecutor coactivo, es decir, que en la realidad hay ocasiones en que el ejecutor se ve presionado por el alcalde o grupo político de turno de la Municipalidad para consumir actuaciones arbitrarias contra un ciudadano en particular?

A) Sí afecta en su independencia funcional

B) No afecta en su independencia funcional

4. ¿Puede Ud. afirmar que a lo largo de su trayectoria profesional como ejecutor coactivo ha sido presionado de modo directo o indirecto por el alcalde, algún regidor o gerente municipal para que afecte a un ciudadano

en particular, independientemente de que el ciudadano sea deudor ante la municipalidad o se haya llevado a cabo un procedimiento coactivo conforme a ley?

A) Sí en alguna ocasión fui presionado de ese modo

B) No he sido presionado

5. ¿Puede Ud. afirmar que a lo largo de su trayectoria profesional como ejecutor coactivo ha padecido procedimientos disciplinarios por no avenirse a las presiones mencionadas en la pregunta anterior?

C) Sí, me iniciaron procedimientos disciplinarios como reprimenda a no avenirme a las presiones de las autoridades políticas de la comuna.

D) No. Nunca se me han iniciado procedimientos disciplinarios como reprimenda.

DATOS SOBRE EL TRÁMITE COACTIVO

Con respecto al periodo comprendido entre los años 2018 y 2019

1. ¿Cuál es el tiempo promedio en tramitar un expediente coactivo, desde el inicio hasta la ejecución forzosa: el recojo del cheque o la adjudicación del bien en caso de remate?

- Cuando el deudor no ejerce su oposición en el procedimiento _____

- Cuando el deudor ejerce una defensa mediana (es decir, no fraudulenta o mal intencionada) _____

- Cuando el deudor realiza una defensa mal intencionada en el procedimiento
-

Con respecto a las sentencias de Revisión Judicial y las resoluciones del Tribunal Fiscal comunicadas a la ejecutoría coactiva de esta municipalidad en el periodo comprendido entre los años 2018 y 2019

- | |
|---|
| 2. ¿Cuánto es el porcentaje de los que anulan, suspenden definitivamente o dejaron sin efecto los expedientes coactivos por deuda tributaria? |
|---|
