Proyecto de Ley N° 3595/2022-CR

PERÚ
CONGRESO de la REPÚBLICA

LADY MERCEDES CAMONES SORIANO

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
21 NOV. 2022
RECIBIDO
Firma ..... Hora 9:20am

LEY QUE MODIFICA LA LEY 31557, LEY QUE REGULA LA EXPLOTACIÓN DE LOS JUEGOS A DISTANCIA Y APUESTAS DEPORTIVAS A DISTANCIA, PARA ASEGURAR LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA

El Grupo Parlamentario **ALIANZA PARA EL PROGRESO** a iniciativa de la congresista **LADY MERCEDES CAMONES SORIANO**, en uso de las facultades conferidas por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú República y en el inciso c) del Artículo 22°, 67°, 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de Ley:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA LA LEY 31557, LEY QUE REGULA LA EXPLOTACIÓN DE LOS JUEGOS A DISTANCIA Y APUESTAS DEPORTIVAS A DISTANCIA, PARA ASEGURAR LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA

Artículo 1°. - Objeto

La Ley tiene por objeto modificar y derogar ciertos artículos de la Ley 31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, así como incorporar ciertos artículos a dicha norma; para garantizar la libertad de trabajo, el derecho fundamental al trabajo, la libertad de empresa, el derecho a la remuneración de las personas y trabajadores dedicadas a la actividad, así como garantizar la igualdad de competencia, la eficacia en la regulación de la actividad y la igualdad ante la ley.

Artículo 2°. - Fines

Son fines de la Ley:

2.1 Garantizar la igualdad ante la ley, eliminando situaciones de discriminación y desigualdad.

2.2 Garantizar la libertad de trabajo y proteger el derecho fundamental del trabajo de miles de personas que se dedican y viven de esta actividad.

Dirección: Edificio José Faustino Sánchez Carrión Oficina 801 - Jr. Azángaro N°468 Cercado de Lima
Teléfono: 311-7777 – lcamones@congreso.gob.pe

2.3 Proteger de forma efectiva a las personas o usuarios de la actividad, preservando el principio de proporcionalidad entre las protecciones establecidas y el funcionamiento de la actividad.

2.4.- Proteger y garantizar la libertad de empresa y los principios de pluralismo económico y prohibición de la competencia desleal.
2.5.- Garantizar el principio de seguridad jurídica respecto de los valores de certeza y confiabilidad en la durabilidad de las normas que regulan una actividad y la planificación de actividades como expresión de las libertades de empresa, comercio e industria.

Artículo 3°. - Modificación de los artículos 3°, 6°, 7°, 8°, 9°, 11°,12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 22°, 24°, 26°, 27°, 29°, 31°, 38°, 40°, 41° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N°31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia.
Modifíquese los artículos **3°** – numerales 3.2, 3.6, 3.7, 3.10, 3.16, 3.18 y 3.21 –, **6°** – literal e) –, **7°** – numeral 7.6 –, **8°** – numerales 8.1, 8.2 y 8.4 –, **9°** – numerales 9.1 y 9.4 –, **11°**,**12°** – numerales 12.1.1, 12.3.1 y 12.3.2 –, **13°** – numeral 13.1 –, **14°** – numerales 14.1 y 14.2 –, **15°** – numerales 15.1, 15.4 y 15.5 –, **16°** – numeral 16.1 –, **22°** – numeral 22.2 –, **24°** – numeral 24.4 –, **26°** – numerales 26.16, 26.17 y 26.18 –, **27°** – numerales 27.6 y 27.8 –, **29°** - numeral 29.1, **31°**, **38°** – literal o) –, **40°**, **41°** – numerales 41.1 y 41.2 – y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N°31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, en los siguientes términos:

"Artículo 3°. - Definiciones y abreviaturas
Para efectos de la Ley, se entiende por:
[...]
3.2 Apuesta deportiva a distancia: Juego a distancia que se desarrolla en plataformas tecnológicas en el que se apuesta sobre el resultado de un evento deportivo o sobre cualquier otro hecho o circunstancia que puede producirse en dicho evento deportivo.
[...]
3.6 Evento deportivo: Suceso programado en el que se desarrolla un juego deportivo entendido como aquel conjunto de prácticas y/o actividades de destreza, habilidad y/o fuerza física que realizan las personas siguiendo reglas establecidas dentro de un área determinada, incluyendo los deportes electrónicos (e-sports) y actividades afines que puedan desarrollarse, a fin de competir entre ellas en procura de un resultado incierto.
[...]

3.7 Juegos a distancia: Juegos a distancia que implican la realización de apuestas distintas a las que se alude en el numeral 3.2 y que se desarrollan en plataformas tecnológicas mediante el uso de medios electrónicos, telemáticos, informáticos o interactivos y se transmiten a través de redes de comunicación abiertas o restringidas como la televisión, internet, telefonía fija o móvil.

[...]

3.10 Jugador(a): Persona natural mayor de edad, de nacionalidad peruana o extranjera.

[...]

3.16 Plataforma Tecnológica: Conjunto de bases de datos, proveedores, aplicaciones y medios de comunicación informáticos, recursos y/o componentes de hardware y software exclusivos de la industria, a través de los cuales se realiza la explotación de los juegos a distancia y/o apuestas deportivas a distancia.

[...]

3.18 Procedimiento de Autorización y Registro: Procedimiento administrativo de homologación en virtud del cual se autoriza y registra la plataforma tecnológica de juegos y/o apuestas deportivas a distancia, así como los programas de juegos, sistemas progresivos, entre otros componentes y/o servicios informáticos exclusivos de la industria que forman parte integrante de la plataforma tecnológica, de acuerdo con lo establecido en la Ley, su Reglamento y Directivas de obligatorio cumplimiento.

[...]

3.21 Salas de juego de apuestas deportivas a distancia: Establecimientos en los que, de manera exclusiva o como una actividad adicional a la venta de otros productos o servicios, se explota la plataforma tecnológica de apuestas deportivas a distancia y juegos a distancia autorizados para su explotación por el MINCETUR, debidamente acondicionados y ubicados de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y en el Reglamento.

[...]

Artículo 6°. - Funciones del MINCETUR

El MINCETUR en su calidad de autoridad administrativa competente a nivel nacional se encuentra facultado a ejercer las siguientes funciones:

[...]

e) Autorizar a los proveedores de los juegos que formen parte de la plataforma tecnológica a que se refiere la ley.

Artículo 7°. - Autorizaciones de explotación de plataformas tecnológicas

[...]

7.6 La explotación de la plataforma tecnológica de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, según corresponda, debe realizarse mediante el uso del dominio con la extensión ".bet.pe", ".bet", ".com", ".pe" o ".com.pe" obtenida de una entidad pública o privada u organización responsable de otorgar los dominios con la extensión antes referida, siempre que las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia cuenten con las autorizaciones correspondientes concedidas por el MINCETUR.

[...]

Artículo 8°. - Autorización y registro (homologación)

8.1 Las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, programas de juego, sistemas progresivos y principales componentes y/o servicios que son exclusivos de la industria, son objeto de autorización y registro (homologación), de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en el Reglamento.

8.2 Las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, programas de juego, sistemas progresivos y principales componentes y/o servicios que son exclusivos de la industria, deben contar con un Certificado de Cumplimiento expedido por cualquiera de los laboratorios de certificación autorizados, en el que se deje constancia sobre la observancia de los estándares técnicos establecidos en la Ley, Reglamento y en las Directivas de obligatorio cumplimiento.

[...]

8.4 Las autorizaciones y registros de los programas de juego, sistemas progresivos y principales componentes y/o servicios que son exclusivos de la industria que formen parte integrante de las plataformas tecnológicas autorizadas y registradas ante el MINCETUR, tienen un plazo indeterminado de vigencia.

[...]

Artículo 9°. - Autorizaciones de explotación de juegos y apuestas deportivas a distancia

9.1 Está permitida la explotación de salas de juegos de apuestas deportivas a distancia a personas jurídicas constituidas de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sociedades, que tengan contratos con entidades licenciadas conforme a lo dispuesto en los numerales 7.1 y 7.2 de la presente Ley.

[...]

9.4 Las autorizaciones de explotación y sus respectivas renovaciones se conceden respecto de una (01) plataforma tecnológica. Dichas autorizaciones y sus respectivas renovaciones serán los títulos habilitantes para operar múltiples salas de juego de apuestas deportivas a distancia. Los titulares de la autorización

deberán informar con periodicidad mensual al MINCETUR de la apertura y cierre de salas de juego de apuestas deportivas a distancia con la finalidad que dicha entidad lleve un registro actualizado.
[...]

Artículo 11°. - Verificación de la condición de jugador
La identidad y edad de los jugadores/as, es verificada por el titular de la autorización para la explotación de una plataforma tecnológica de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, si la apuesta se realiza a través de los medios de juego señalados en el numeral 14.1 del artículo 14 de la Ley.

Artículo 12°. - De la apuesta
12.1 Aceptación
12.1.1 La aceptación de una apuesta en las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia supone la existencia de un acuerdo entre el jugador y el titular de la autorización para la explotación de dicha plataforma tecnológica en los términos y condiciones previamente establecidos, y deberá ajustarse a lo descrito en el Reglamento de la presente ley.
[...]

12.3 Condiciones
12.3.1 Tratándose de las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia, únicamente pueden ser objeto de apuesta aquellos programas de juegos certificados por un laboratorio autorizado por el MINCETUR conforme al artículo 10 de la presente ley.
12.3.2 En las plataformas tecnológicas de las apuestas deportivas a distancia, únicamente pueden ser objeto de apuesta aquellos eventos deportivos que formen parte de una asociación, federación o liga deportiva nacional o internacional o entre miembros de alguna asociación, federación o liga local o internacional.

Artículo 13°. - Sistemas Progresivos
13.1 Se encuentra permitido el uso de sistemas progresivos en las plataformas tecnológicas de juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, siempre que tales sistemas se encuentren registrados ante MINCETUR.
[...]

Artículo 14°. - Medios de juego
14.1 Los medios de juego permitidos en la explotación de las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, son las computadoras, teléfonos móviles, así como cualquier otro dispositivo electrónico a

través del cual se pueda interactuar con la plataforma tecnológica del titular de la autorización de explotación de la plataforma tecnológica, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la Ley.

14.2 Los terminales de apuestas pueden encontrarse instalados en las salas de juego de apuestas deportivas a distancia, requiriéndose para su explotación de la autorización del MINCETUR, previa evaluación por parte de los laboratorios de certificación autorizados, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la Ley.

[...]

Artículo 15°. - Medios de pago de apuesta o premios

15.1 El pago de las apuestas se realiza con dinero circulante, tarjetas de crédito, débito, en cuentas de titularidad del Jugador en la plataforma tecnológica o, mediante cualquier otro medio de pago aceptado por el titular de la autorización de explotación de una plataforma tecnológica, con excepción de las criptomonedas.

[...]

15.4 El pago del premio debe entregarse únicamente al jugador que realizó la apuesta y verificó la jugada ganadora.

15.5 Los premios obtenidos podrán ser cobrados en el medio de pago en el que el jugador elija, o en su defecto, en una cuenta a su nombre abierta en una empresa del sistema financiero bajo la supervisión de la SBS.

[...]

Artículo 16°. - De las bonificaciones

16.1 Los titulares de una autorización para la explotación de plataformas tecnológicas de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, de forma adicional al premio correspondiente, pueden entregar a los jugadores bonificaciones como consecuencia de la verificación de una jugada ganadora.

[...]

Artículo 22°. - Garantía del titular de la autorización de explotación

[...]

22.2 La garantía resulta exigible por la autorización para la explotación de la plataforma tecnológica de juegos a distancia y/o apuestas deportivas a distancia.

Artículo 24°. - Características, monto y renovación de la garantía

[...]

24.4 El monto de la garantía que se otorga por la autorización para la explotación de los juegos o apuestas deportivas a distancia, es equivalente al 3% del ingreso neto anual o seiscientas (600) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), vigentes a

la fecha de su otorgamiento o el que resulte mayor. Para efectos del monto de la garantía, se considerará la diferencia entre el ingreso bruto anual percibido en el ejercicio fiscal anterior y el monto total de las devoluciones y premios entregados en el ejercicio fiscal anterior.
[...]

Artículo 26°. - Obligaciones de los titulares de una autorización de explotación
[...]
26.16 Garantizar que, en las salas de juegos de apuestas deportivas a distancia, las apuestas realizadas se registren en línea en las plataformas tecnológicas de las apuestas deportivas a distancia y se registre a los ganadores de los premios superiores a dos (2) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
26.17 Explotar las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia a través de un dominio con la extensión: ".bet.pe", ".bet", ".com", ".pe" o ".com.pe".
26.18 Verificar la identidad y edad de los jugadores/as, con ocasión del pago del premio.
[...]

Artículo 27°. - Prohibiciones de los titulares de una autorización de explotación
[...]
27.6 Establecer condiciones para la realización de las apuestas en los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancias que obliguen a que el dinero obtenido como premio o bonificación se utilice para realizar nuevas apuestas que no formen parte de la base imponible del Impuesto a los Juegos, según corresponda.27.6
[...]
27.8 Transferir bajo cualquier modalidad, salvo lo establecido en el Reglamento, en todo o en parte, la autorización de explotación de plataformas tecnológicas de juegos o apuestas deportivas a distancia concedida por el MINCETUR.
[...]

Artículo 29.- Distancia mínima exigible a las salas de juegos de apuestas deportivas a distancia
29.1 Las salas de juego de apuestas deportivas a distancia no deben encontrarse a menos de ciento cincuenta (150) metros, siguiendo el mínimo recorrido peatonal, de centros de educación en donde se imparta educación básica regular.
[...]

Artículo 31°. – Patrocinio
Únicamente las entidades licenciadas a las que hace referencia los numerales 7.1 y 7.2, pueden patrocinar la actividad de apuestas deportivas en el Perú, debiendo a tal efecto quienes reciban tal publicidad verificar la condición de autorizado del anunciante.
[...]

Artículo 38°. - Infracciones sancionables
[...]
o) Permitir la realización de apuestas de personas impedidas de realizar apuestas en las plataformas tecnológicas de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, por negligencia.
[...]

Artículo 40°. – Contribuyentes
Los contribuyentes del Impuesto son las entidades a las que se refiere los numerales 7.1 y 7.2, es decir, personas jurídicas constituidas en el Perú, las sucursales establecidas en el Perú de personas jurídicas constituidas en el exterior y las personas jurídicas constituidas en el exterior que explotan en el Perú los juegos a distancia y/o apuestas deportivas a distancia desarrollados en plataformas tecnológicas.

Artículo 41°. - Base imponible
41.1 Para efecto de la determinación de la base imponible, se tiene en cuenta lo siguiente:

a) El ingreso bruto mensual está compuesto por el importe de las apuestas percibidas en el mes, entendiéndose como tal al dinero aplicado al juego a distancia o apuesta deportiva a distancia.

[...]

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
Primera. – Vigencia
La presente Ley entra en vigencia a los ciento ochenta (180) días de la fecha de publicación en el Diario Oficial "El Peruano" del Decreto Supremo que aprueba su Reglamento."

Artículo 2°. - Incorporación del literales en el artículo 6 y de la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N°31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia

Se incorporan los literales l), m) y n) en el artículo 6°, el literal (z) en el artículo 38° y la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N°31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, con la siguiente redacción:

"Artículo 6.- Funciones del MINCETUR
El MINCETUR en su calidad de autoridad administrativa competente a nivel nacional se encuentra facultado a ejercer las siguientes funciones:
[...]
l) Clausurar aquellas salas cuyos operadores no cuenten con autorización expresa, pudiendo requerir el apoyo de la autoridad policial.
m) Garantizar la protección a los derechos de consumidor de los jugadores/as.
n) Proceder al decomiso de aquellos terminales de juego que no reúnan las características técnicas señaladas pudiendo requerir el apoyo de la autoridad policial.
[...]

Artículo 38°. - Infracciones sancionables
[...]
(z) Aceptar publicidad de entidades no licenciadas en contravención del artículo 31 de la presente Ley."
[...]

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS
[...]
"Segunda. Incorporación al Capítulo IV del Título IX del Libro Segundo del Código Penal
Incorpórese al Capítulo IV del Título IX del Libro Segundo, Parte Especial del Libro Segundo del Código Penal, aprobado mediante el Decreto Legislativo Nº635, el artículo siguiente:

Artículo 243 – D.- Funcionamiento ilegal de juegos de azar y apuestas deportivas a distancia
El que organiza, conduce o explota juegos o apuestas deportivas a distancia, sin haber cumplido con los requisitos que exigen las leyes y sus reglamentos para su organización, conducción o explotación, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, con trecientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación para ejercer dicha actividad."

Artículo 3°. - Derogación de numerales y literales en los artículos 3°, 13°, 15°, 26°, 27°, 38°, ° y la Octava Disposición Complementaria Final y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria, de la Ley N°31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia

Deróguese el numeral 3.8 en el artículo 3°, el numeral 13.2 en el artículo 13°, el numeral 15.2 en el artículo 15°, el numeral 26.13 en el artículo 26°, el numeral 27.9 en el artículo 27°, el literal k) en el artículo 38°, la Octava Disposición Complementaria Final y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N°31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia.

Lima, noviembre de 2022

Firmado digitalmente por: SOTO REYES Alejandro FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 14:24:48-0500

Firmado digitalmente por: CAMONES SORIANO Lady Mercedes FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 13:04:29-0500

Firmado digitalmente por: SALHUANA CAVIDES Eduardo FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 14:07:58-0500

Firmado digitalmente por: SOTO REYES Alejandro FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 14:24:14-0500

Firmado digitalmente por: RUIZ RODRIGUEZ Magaly Rosmery FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 14:29:57-0500

Firmado digitalmente por: TORRES SALINAS Rosio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 15:08:38-0500

Firmado digitalmente por: CHIABRA LEON Roberto Enrique FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 16:24:55-0500

Firmado digitalmente por: JULON IRIGOIN Elva Edhit FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 18/11/2022 17:16:35-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **23** de **noviembre** de **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 3595-2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA**
2. **COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO**

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

ÍNDICE

I. MARCO NORMATIVO

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

3.1. La relevancia jurídica y social sobre los juegos y apuestas deportivas a distancia
3.2. Los límites de la Ley a las libertades económicas; y el test de ponderación de derechos
a) Subprincipio de Idoneidad
b) Subprincipio de Necesidad
c) Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto
3.3. La igualdad ante y en la Ley
3.4. Seguridad jurídica, irretroactividad y aplicación inmediata de las normas

IV. ANÁLISIS DE LOS CONTENIDOS CONCRETOS Y PROPUESTAS NORMATIVAS

4.1. Sobre el ámbito subjetivo de aplicación como parámetro para la igualdad ante la Ley
4.2. Sobre el ámbito subjetivo de la Ley y sus definiciones
4.3. Sobre la prohibición en el establecimiento de salas de juego cercanos a templos
4.4. Sobre la verificación de la condición de jugador al Registro del jugador
4.5. Sobre las garantías

V. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

VI. ANALISIS COSTO – BENEFICIO

VII. RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

VIII. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. MARCO NORMATIVO

a) Constitución Política del Perú.

b) Código Civil Peruano.

c) Código Penal Peruano.

d) Ley N°31557, Ley que regula a la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia.

e) Ley N°26887, Ley General de Sociedades.

f) Decreto Supremo N°004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N°27444.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El 13 de agosto de 2022 se publicó la Ley N° 31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, en adelante: la Ley en la cual se estableció un cuerpo normativo que regula la actividad de juegos y apuestas deportivas, ambas a distancia y que contiene un objeto socialmente relevante pero, sin embargo, existen algunos artículos específicos que confrontan de forma abierta con el derecho a la igualdad ante la ley y las libertades económicas garantizadas en la Constitución Política del Perú, estableciendo prohibiciones o restricciones no justificadas; generando sobrecostos no razonables en la actividad. Se ha establecido un marco normativo discriminatorio para los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, en relación con otros juegos y apuestas excluidos de la referida ley (empresas no domiciliadas), lo que origina que, desde la propia ley, se produzca una situación de competencia desleal que pone en riesgo el empleo digno y formal de miles de familias que dependen de esta actividad a nivel nacional.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

3.1. La relevancia jurídica y social sobre los juegos y apuestas deportivas a distancia

Desde la Constitución Política de 1993 se estableció, en su título III, como parte del listado de los derechos fundamentales, a las libertades económicas, que forman parte del régimen económico constitucional.

El modelo constitucional reconoce que las libertades económicas; como la libertad de empresa, de trabajo, de comercio, de industria, el derecho de

propiedad, entre otros, son parte del pacto constitucional y, por tanto, contienen derechos subjetivos de primer orden que no pueden ser lesionados; y, por el contrario, deben ser fomentados.

En efecto, el artículo 59° de la Constitución Política establece que "(...) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren de cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

Como se expone, en la actividad económica vinculada con los juegos y apuestas; aquellas que se realizan a distancia, mediante plataformas electrónicas, han y vienen generando un dinamismo económico de micro y pequeñas empresas articuladas en toda la actividad produciéndose ingresos para miles de familias que administran bodegas, minimarkets, boticas, entre otros, a nivel nacional, las que, además, han generado miles de puestos de trabajo. El artículo 59 de la Constitución Política contiene una directriz de fomento de las micro y pequeñas empresas porque este sector es intensivo en empleo, por ello, tal directriz ordena no solo a respetarlas o preservarlas, sino incluso a establecer mejores condiciones para el acceso a créditos; tener trámites administrativos simplificados, entre otras; incluso diferenciar sanciones administrativas para este sector, como sucede con las multas de la inspección del trabajo y municipales; entre otras. Todo ello se justifica en la vulnerabilidad de este sector, debido a sus bajos márgenes; a su uso intenso de mano de obra, y a la posibilidad de redistribución de la riqueza; considerado este último como uno de los pilares de la economía del país.

Lo descrito anota que la relevancia jurídica del modelo económico de la Constitución Política se basa en un conjunto de libertades interdependientes, separadas de la interferencia del Estado. Así, la generación de riqueza, inversión y trabajo, se origina en el ejercicio de la libertad y autonomía de las personas para decidir qué actividad económica desarrollarán y cómo la organizarán. Ante ello, el Estado no debe interferir, pero además debe garantizar un punto de partida común: la igualdad ante la ley en todos sus contenidos, lo cual prohíbe que se regulen privilegios o exenciones de obligaciones para ciertos grupos; o que, se establezcan cargas impositivas, administrativas o prohibiciones a la libertad de empresa solo para otros grupos de la misma actividad. Una sola medida discriminatoria para un sector de la economía puede originar el fin de todas las empresas afectadas; y en sentido contrario, el beneficio indebido de las empresas excluidas de las prohibiciones y obligaciones. El mandato constitucional prohíbe esto; la competencia económica debe basarse en el esfuerzo propio, en el trabajo, la creatividad, la inventiva, la articulación de las empresas y los trabajadores; esto es lo que

produce la innovación y la riqueza; y no el monopolio legal, o la competencia desleal originada por leyes que discriminan.

Estas son las claves esenciales del pacto jurídico - constitucional que, ha tenido como consecuencia económica que el Perú sea una de las economías más dinámicas de la región. Este respeto a las libertades económicas ha potenciado y ha beneficiado a nuestra economía; la variedad de actividades económicas y la diversidad de bienes y servicios producidos dentro de ellas nos han permitido ingresar en diversos mercados pasando de ser una economía mono productora de metales a tener otros sectores (secundarios y terciarios) que consolidan el desarrollo.

La relevancia jurídica de las libertades económicas y su contenido ha sido ya establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, generando un contenido material que forma parte de nuestro sistema jurídico.

En efecto, por ejemplo, en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC nuestro Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

> "17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución Política y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.
>
> Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es *"que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización"* (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999)".

Luego, sobre el valor central del pluralismo económico y las libertades económicas, la sentencia recaída sobre el Exp. N° 01405-2010-AA/TC establece lo siguiente:

"La Constitución en su artículo 60º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC)."

El Tribunal Constitucional reconoce que existe un conjunto de libertades económicas que forman una suerte de *núcleo de libertades*: la libertad contractual, la libertad de empresa, la libertad de comercio, la libre iniciativa privada y la libre competencia, y que son base del desarrollo económico y social del país; y que además deben comprenderse dentro del pluralismo económico que forma parte de los valores básicos de nuestra Constitución. Pero tales libertades no solo deben evaluarse por las probadas consecuencias económicas que han tenido en nuestro desarrollo, sino también porque todo nuestro sistema jurídico se basa en el respeto a la persona, a su dignidad, libertad e igualdad.

La idea del pluralismo económico se antepone o niega las ideas del monismo económico, de la planificación centralizada de la economía, pero también de la categorización o jerarquización de las actividades económicas sobre la base de alguna noción de grupo, idea religiosa, moral subjetiva, o sobre algún criterio no universal. De esta manera, todas las personas, en condiciones de igualdad, tienen el derecho de plantear su propio plan de vida, sin la interferencia o lesión del Estado, y ello implica que toda persona puede decidir libremente qué actividad económica ha de realizar, que tal actividad no sea limitada de forma directa o indirecta, y establecer cómo ha de organizarse para desempeñar tal actividad; siendo el único límite, el no afectar la dignidad y libertad de los otros.

En este contexto, la libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución.

Pero una libertad de empresa, como derecho fundamental, basada en el pluralismo económico, supone un **deber para el Estado: la no lesión o intervención de estas libertades; sea desde su función legislativa o administrativa**. En efecto, la libertad de empresa es un tipo de derecho civil que, por tal, le da "la posibilidad al titular del derecho de realizar o no realizar una clase de acciones; i) a la exclusión de acciones de terceros puedan significar un detrimento para el titular del derecho (sea porque impliquen "quitarle" o porque comprendan "hacerle" algo malo) o a la realización de acciones de terceros que involucren un beneficio para el titular del derecho (sea porque impliquen darle algo o hacerle algo bueno) o a la realización de

tercero; ii) al goce de algún bien o de una situación beneficiosa o a la evitación de algún mal o situación perniciosa.[1]

Complementariamente, el ejercicio de las libertades económicas requiere de dos garantías centrales: la seguridad jurídica y la seguridad económica (macroeconomía) que son directamente relevantes para el ejercicio de tales libertades. Estos valores de seguridad tienen dos particularidades, son agregativos y tienen una dimensión subjetiva, de tal forma que, la afectación de los principios de certeza y confianza, por ejemplo, por el cambio abrupto de las reglas o las restricciones irrazonables de una actividad, pueden ser entendidas como una amenaza general a las libertades económicas, aumentando el riesgo para las inversiones a futuro. La seguridad jurídica es una garantía institucional de todos los derechos fundamentales, incluidas las libertades económicas.

3.2. Los límites de la Ley a las libertades económicas; y el test de ponderación de derechos

Hemos referido que todas las libertades y derechos fundamentales forman parte de una unidad de valor constitucional, éstas son expresiones jurídicas concretas de la dignidad, la autonomía y la igualdad; y deben ser igualmente respetadas y garantizadas para que cada persona, de forma auténtica y libre, desarrolle su plan de vida.

Esta idea de la unidad de valor supone que todas las libertades tienen igual valor frente a la Ley; y que, por el pluralismo económica, todas las actividades económicas deben ser tratadas de forma igualitaria, porque valen igual, admitiéndose normas especiales si y solo si se presentan elementos objetivos que justifiquen dicha regla.

En la medida de que las libertades son la expresión de una moral objetiva establecida o positivizada en la Constitución Política; éstas son valores morales, es decir, son el ideal que perfila y constituye el tipo de sociedad y de Estado que conformamos.

En este orden de ideas, las libertades constitucionales son intangibles, tienen igual valor, y sólo pueden ser limitadas cuando se trate de una colisión con otras libertades o derechos, y las medidas de limitación deben ser proporcionales, considerando los derechos que se buscan proteger y las consecuencias sociales y económicas de las libertades que son limitadas.

La justificación de las limitaciones no se basa en la arbitrariedad del legislador, sino que deben aplicarse técnicas jurídicas de justificación; siendo una de ellas el denominado test de ponderación; el que ha sido incorporado por el Tribunal

1 Carlos Santiago Nino. Ética y derechos humanos, pag. 33. Segunda edición. 2012.

Constitucional para decidir en acciones de inconstitucionalidad. En efecto, mediante Sentencia recaída en el Exp N.º 0045-2004-AI/TC se fija como jurisprudencia el uso del test de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de las leyes que limitan o restringen derechos; y, por tanto, se utiliza también para emitir leyes o evaluar su contenido para efectos de concluir si el límite de una libertad para proteger a otro es jurídicamente válido.

Al respecto, el test de proporcionalidad es un método que establece tres etapas de evaluación, denominados como (tres) subprincipios para el método de la ponderación. Si la Ley no satisface alguno de los subprincipios de la medida entonces la limitación o restricción de la libertad no será jurídicamente válida ni será moralmente correcta.

Veamos el contenido de cada subprincipio aplicado por el Tribunal Constitucional para analizar la constitucionalidad de una Ley:

a) Subprincipio de Idoneidad

El primer subprincipio es el de la idoneidad: este subprincipio excluye "la utilización de medios o herramientas que limiten la realización de al menos un principio sin beneficiar la realización de uno de los principios u objetivos para los que son utilizados"[2].

De otro lado, el Tribunal Constitucional Peruano ha aplicado en más de una oportunidad el juicio de idoneidad para determinar la proporcionalidad de una medida. Así, por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad que presentó el colegio de Notarios de Junín contra el artículo 7° de la ley 27755 recaído en el Expediente N°0016-2002-AI/TC se conoció sobre si la disposición legal por la que se permitía que aquellos inmuebles que tuviesen un valor no mayor de 20 UIT pudiesen ser inscritas sin escritura pública, sino simplemente mediante un formulario registral legalizado por notario, era una medida idónea para lograr la formalización, debido a que, por otro lado, afectaba la seguridad jurídica.

El TC sometió a un test de proporcionalidad la medida legislativa impugnada, y como primer paso aplicó el subprincipio de idoneidad antes expuesto. Al respecto, el Tribunal Constitucional analizó lo siguiente: "es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo".

2 Ibid. Pág. 239

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional determino la finalidad, bien o derecho que buscaba proteger el legislador: "es reconocible la intención del legislador, quien, a través de la utilización del formulario registral, procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro del mismo". Luego el Tribunal Constitucional aplicó el subprincipio de idoneidad: "se puede concluir razonablemente que la reducción de los costos de transacción en la búsqueda de inscribir el derecho de propiedad generará que un mayor número de personas puedan acceder a dicha inscripción, razón por la cual se entiende que la medida adoptada es idónea para alcanzar el objetivo que se busca"[3]

Igualmente, en el en Exp. N°0050–2004– AI/TC el Tribunal Constitucional aplicó el principio de idoneidad de la siguiente manera: "Se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales". (...) "el principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo".

Como se ha referido, la idoneidad supone una relación de causalidad entre la medida y el principio o libertad que se refiere proteger; para sobre la base de ello, afectar o limitar otra libertad. Esta relación de causalidad implica que debe ser fácticamente posible en el contexto concreto, las medidas no deben basarse en situaciones improbables o sobre las que no hay certeza respecto de los efectos de tales medidas.

En la Ley se encuentran diversas reglas inidóneas como la prohibición de establecer la actividad en determinadas zonas cercanas a templos o colegios, o el establecimiento de garantías para los terminales de venta; en la medida de que no hay una relación de causalidad entre la medida y sobre los derechos que se refiere proteger. Estos se desarrollan de forma concreta en puntos posteriores.

b) Subprincipio de Necesidad

Luego, si la medida resulta idónea, entonces, debe satisfacer el subprincipio de necesidad. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el Exp N°2235–2004–AA/TC concluye que "el principio de necesidad impone al

3 Luis Castillo Córdova. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, págs. 41-42. Revista Peruana de Derecho Público

legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental (..) como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro de la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder Legislativo, este Tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisfacerá este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado".

c) Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto

Los dos subprincipios anteriores, dice Alexy, verifican posibilidades fácticas menos gravosas en la afectación alguna libertad para proteger otra; lo que presupone, como hemos referido, justificar primero que se requiere efectivamente tal protección.

Asumido el conflicto entre principios, se trata de cumplir con el óptimo de Pareto: adoptar la medida menos costosa posible pero igualmente satisfactoria del derecho. Como hemos explicado, el test de ponderación se debe aplicar, sin perjuicio de que el legislador debe respetar el principio de independencia ética (no debe asignar su moral objetivo a las distintas libertades, sino que todas valen, en principio, igual), del principio de autenticidad (cada personal tiene su propio y característico plan de vida), el principio autonomía - responsabilidad (por ejemplo, la diligencia como todo consumidor adulto de leer las indicaciones de un producto) y el principio de tolerancia sobre las libertades "molestas" de los otros.

En esta línea, "la ponderación es materia del tercer subprincipio del principio de la proporcionalidad en sentido estricto. Este principio define qué significa optimización en relación con las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar "ley de la ponderación" (...). Esta ley dice: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[4]. En otros términos, la limitación de la libertad bajo el anuncio de que se justifica para proteger otro, no puede justificarse el especulaciones o bajas probabilidades o datos errados, sino que debe fundamentarse en datos ciertos y conclusiones de causa-efecto probados.

4 Ibid. Pág. 240.

Desde la noción de la proporcionalidad en sentido estricto, hay que establecer el peso que tiene una determinada libertad en el caso concreto. Así, parece que el peso del consumidor sobre, por ejemplo, comprar un producto saludable (la salud del consumidor) tiene más peso que la libertad económica del productor de jamones curados de venderlos. Mientras más diferencia de peso haya entre las dos libertades entonces habrá un mayor margen para imponer o establecer medidas más intensas sobre la libertad económica; pero luego, debe establecerse la "seguridad de los supuestos empíricos de la medida", es decir, la eficacia de la prohibición u obligación impuesta a la libertad con menor peso concreto no puede basarse en simples especulaciones del legislador sino que el efecto de la medida debe tener un grado importante de eficacia determinado ex ante; no como una especulación sino bajo la certeza de que tal sacrificio o limitación de una libertad merece la pena realizarse en tanto la medida de intensidad X será eficaz con una intensidad proporcional al peso relacional entre las libertades analizadas, para lograr el objetivo valioso en relación con la libertad que tiene más peso.

Veamos un caso puesto por Alexy. "uno mucho más difícil se presentó debido a la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la vigilancia de información electrónica. Un estudiante de ciudadanía marroquí y de religión islámica presentó un recurso de amparo contra una orden impartida por el Tribunal del distrito de Dusseldorf – ratificada por los tribunales superiores – en virtud de la cual se solicitaba a las oficinas de registro de residentes, al registro central de extranjeros y a las universidades enviar información sobre personas de sexo masculino entre los 18 y 40 años de edad, relativa, entre otras cosas, a la religión que predican, su país de origen, su ciudadanía y carrera que estaban cursando. Esta información se transmitió a un procesador automático de datos con el fin de identificar potenciales terroristas. La medida se encontró justificada a la luz del peligro general de intentos de actos terroristas después del 11 de setiembre. La mayoría de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal clasificó la medida como una interferencia de "peso considerable" respecto al derecho del demandante a la autodeterminación de la información, el cual – conforme al Tribunal – es un caso especial del derecho general a la personalidad. El Tribunal consideró justificada esa interferencia en casos de peligro inminente y también en caso de peligro real, pero no en casos de peligro abstracto o general, caracterizado por una "situación generalmente amenazante" () es que, en casos de peligro abstracto, o podríamos decir, meramente abstracto, las razones para la interferencia tienen sólo un peso moderado o de cualquier forma un peso menos considerable respecto de la interferencia con el derecho del demandante".[5]

5 Ibid. Pág. 256.

En este punto se aprecia que el establecimiento de Registros Personales se contrapone con el derecho a la personalidad y su autonomía. El establecimiento de Registros Personales debe estar justificado mediante, por ejemplo, el método de ponderación; estableciéndose qué otro derecho o libertad está vinculado; y luego, qué límites a la disponibilidad del registro están establecidos.

Pero un elemento central, que hemos referido, toda limitación debe justificar en la certeza o verdad de los argumentos que se utilizan para justificar una restricción o límite a una libertad.

De todo lo expuesto, tenemos que la limitación de libertades no es un simple juego democrático discrecional del legislador; ello vaciaría de contenido a la Constitución y a las libertades reconocidas; por el contrario, la ausencia o inaplicación de los principios y métodos argumentativos explicados permitiría, como se ha explicado, que las mayorías avasallen a los derechos de la minorías; permitiría que se imponga la moral subjetiva de unos grupos o de las mayorías al proyecto constitucional de todos fundado en los principios de autenticidad, autonomía- responsabilidad, libertad, igualdad y dignidad, todo ello, sobre la base del principio de tolerancia. Toda actividad económica es igualmente valiosa; salvo las que constituyan delitos.

De otro lado, el ejercicio de la función legislativa debe respetar el principio de no interferencia. Está prohibido el perfeccionismo ético; la protección de terceros debe justificarse en el test de ponderación, y sobre la base de datos ciertos y justificados. En otros términos, toda restricción o prohibición debe estar justificada (idónea, necesaria y proporcional).

3.3. La igualdad ante y en la Ley

La igualdad ante la ley es un principio del Estado Constitucional y un derecho para todas las personas: todos somos (jurídicamente) igualmente libres; igualmente autónomos; igualmente responsables e igualmente dignos. Estos son los principios fundantes de la República.

En la medida de que todos deben ser tratados como iguales ante iguales circunstancias. Este principio tiene diversas expresiones: a) Con la norma jurídica, se relaciona con los atributos de generalidad y abstracción normativa. b) Por la generalidad de las normas; su ámbito subjetivo debe comprender a todas las personas que pertenecen a aquel; si ello no es así, entonces tenemos normas con nombre propio, y normas que discriminan; porque establecen una prohibición u obligación para algunos, pero no para todos; y de otro lado, c) no puede regularse un caso concreto, sino que se debe regular la prohibición, obligación o derecho de forma abstracta.

El factor objetivo para legislar, como hemos referido, radica en identificar un factor objetivo de protección o paternalismo (normas de protección), o las libertades en conflicto; de tal forma que, todos los titulares de la libertad con menos peso tengan iguales prohibiciones u obligaciones, mientras que todos los titulares de la libertad con más peso tengan iguales derechos o beneficios.

Cuando el ámbito de una norma jurídica quiebra la generalidad; excluyendo a todos los que deberían estar limitados (o beneficiados) o incluyendo en las limitaciones (o beneficios) solamente a algunos sujetos de todo el ámbito hipotético – general entonces estamos ante una norma discriminadora. Sólo pueden ser excluidos del ámbito general de la norma aquellos que están fuera de la razón subyacente que justifica la intervención, limitación o beneficio. De esta manera, la idea de la "razón subyacente" es decir, la libertad o derecho que debe ser protegido es un elemento central para determinar quiénes deben ser los destinatarios de la limitación (prohibición u obligación) o beneficio (derecho); lo que es lo mismo que, cómo es que se debe configurar el ámbito subjetivo de la norma, de tal manera que comprenda (generalidad) a todos los vinculados con tal razón subyacente.

En el Exp. N° 01513-2017-PA/TC el Tribunal Constitucional reconoce el principio de igualdad de la siguiente manera: "La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2° de nuestra Constitución: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38)". (el subrayado es nuestro)

Para el caso que estamos legislando, tenemos que los juegos y apuestas son, en rigor, la actividad económica que debería tener, en principio las mismas reglas. Luego, conviene agregar que, en esta actividad, el uso del internet se ha establecido como un medio para su desarrollo y expansión intensa, de tal forma que, hay un mercado de juegos y apuestas global que no puede ser (posibilidades fácticas) limitado por la ley peruana. Ese único mercado implica que: todos los administradores de plataformas electrónicas peruanas o extranjeras de juegos y apuestas, domiciliados o no en el Perú, son parte de la misma oferta de opciones de apuesta que compiten dentro del mercado peruano; en otros términos, todos son parte de la oferta del mismo mercado.

En este sentido, el cumplimiento del principio de igualdad en la actividad debe considerar dos elementos: todos los juegos y apuestas, sin o con distancia; y,

la existencia de un sólo mercado global. Comprendida esta característica o realidad del mercado, tenemos que el exceso de regulación o el aumento de los costos de la actividad en el Perú, reduce la competitividad de las empresas peruanas, en beneficios de las extranjeras; o el exceso de restricciones a las personas que apuestan en las empresas peruanas, produce un incentivo para que tales personas se trasladen a las empresas extranjeras a distancia; afectando a las empresas nacionales, a la inversión, el empleo, el ingresos de las familias y a la recaudación tributaria.

3.4. Seguridad jurídica, irretroactividad y aplicación inmediata de las normas

La dimensión institucional del derecho; y en particular, el ejercicio de la potestad jurídica debe realizarse en condiciones de seguridad jurídica. Al respecto, Díez – Picazo refiere que "la seguridad jurídica es una situación personal, pero es también una situación social. Denota, ante todo, un funcionamiento normal del ordenamiento jurídico, el propósito de los particulares de obedecer las disposiciones de las leyes y conseguir con todo ello un factor o un elemento de seguridad (...). Así consideradas las cosas, seguridad es, ante todo, certeza o certidumbre. Es la posibilidad en que cada individuo se puede encontrar de considerar que serán ciertas en el futuro determinadas circunstancias que debemos considerar como de indubitada producción. De este modo, la idea de certeza o certidumbre enlaza inmediatamente con la idea de confianza: puesto que se tiene certeza, se puede y se debe confiar en que en el futuro determinado respecto de los cuales los individuos pueden tener un especial interés, se producirán o no (...) En cualquier caso, puede aseverarse que la seguridad jurídica es, ante todo, seguridad de las normas aplicables a determinados supuestos de hecho, de manera que referida a las normas existe una "seguridad normativa", pero la seguridad comprende también la idea de que la materia regulada por las normas continuará recibiendo las mismas soluciones jurídicas. En este sentido, puede decirse - y se ha dicho a veces – que la seguridad jurídica es el poder de predecir o pronosticar con algún fundamento el resultado que tendrá un litigio futuro que se contempla sólo hipotéticamente en cuanto a que su producción o que se contempla como que ya ocurrió"[6]

Como se aprecia, la potestad normativa no solo tiene que ver con aquellas materias que son intangibles para la función legislativa del Estado y en un horizonte de igualdad ante la ley; sino también es un valor del sistema jurídico el cómo se legisla. Así, las fuentes del derecho, su jerarquía (principio de

6 Luis Díez –Picazo. La Seguridad Jurídica y otros ensayos, pág. 15. Civitas. Primera edición 2014.

legalidad), los procedimientos (el debido proceso), la prohibición de la retroactividad, la razonabilidad de contenido y el tiempo en que se cambian las reglas de juego; la consideración de las consecuencias económicas y sociales, hasta la prudencia, son todos contenidos de un valor central: la seguridad jurídica.

La potestad normativa supone que el Estado tiene un poder para innovar el sistema jurídico, es decir para alterar el contenido de las relaciones jurídicas, de las prohibiciones y obligaciones impuestas a las libertades. Como hemos visto hay límites sustantivos de orden constitucional jurídico-morales para tal función legislativa. Sin embargo, aun cuando existan justificaciones constitucionales tenemos que la innovación también debe considerar una noción de estabilidad del derecho. La innovación legislativa no se opone a la seguridad jurídica si las normas que se emiten no son discriminatorias, no son retroactivas, no modulan la intensidad del cambio; en suma, sino hay claridad, confianza y calculabilidad en el derecho; no hay seguridad jurídica; ni tampoco habrá inversión.

Al respecto, "Para que el Derecho pueda guiar la conducta humana a mediano y largo plazo, el ordenamiento jurídico debe ser mínimamente estable, duradero, continuo, confiable, calculable y permanente. Si se modifica con frecuencia, los ciudadanos tendrán dificultad para saber qué norma obedecer y se resistirán a actuar, por no saber si las normas que conocen seguirán valiendo. La modificación continua impide, de esta forma, la planificación. Por ello Raz afirma que la estabilidad del ordenamiento jurídico (como permanencia, durabilidad) es condición para que el Derecho pueda funcionar como guía de conducta a largo plazo. Si es así, es necesario que el Derecho nazca con vocación de vigencia duradera y no como solución contingente para cuestiones momentáneas".[7]

Para las libertades económicas, para las inversiones, en las que las personas deciden arriesgar su patrimonio, su propiedad; las reglas o normas que regulan la actividad son determinantes respecto del ejercicio y respeto de tales libertades. En principio todo negocio o actividad económica supone asumir los propios riesgos de la actividad o del mercado en el que se desenvuelven. Frente a esta inseguridad económica parece haber un requisito mínimo necesario para que tales libertades enfrenten los riesgos externos del mercado: la seguridad jurídica y la seguridad económica; por lo menos en los aspectos macroeconómicos; sobre la base de ellos, los costos que originan tales reglas en un determinado momento son asumidos por las personas para planificar su negocio en un horizonte de tiempo, en el que además se fija alguna idea de

7 Humberto Ávila. Teoría de la Seguridad Jurídica, pág. 295. Marcial Pons. 2012.

rentabilidad. Esto es lo que se denomina el atributo de confiabilidad del sistema jurídico.

La seguridad jurídica y de alguna forma la seguridad macroeconómica, que depende de la política económica general del Estado, son elementos centrales para el ejercicio de las libertades económicas. Tomarse en serio este deber estatal implica, como se ha explicado, que las innovaciones normativas deban estar justificadas de forma estricta, sin especulaciones o supuestos abstractos, hipotéticos o generales, sin perfeccionismos éticos del grupo mayoritario imperante en una coyuntura política del Congreso, ni intervenciones paternalistas injustificadas o ineficaces; y en un marco de seguridad jurídica sin convulsiones legislativa, evitando lo abrupto, lo excesivo, la competencia desleal, considerando las consecuencias sociales de los que se legisla y las posibilidades de aplicación y adaptación a las nuevas reglas.

En esta línea, la Constitución y la doctrina establecen reglas e instituciones de protección frente a los cambios abruptos en el sistema jurídico. Una primera aproximación desde la dogmática jurídica es la regla de irretroactividad de las normas, estas no pueden modificar situaciones o relaciones jurídicas agotadas antes de su entrada en vigencia.

El artículo 103° de la Constitución regula que "(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos (...)"

Esta protección frente a la innovación legislativa requiere de calificar las relaciones jurídicas ya agotadas cuyos efectos se han producido, y sobre lo que, por tanto, una norma posteriori no puede modificarlas.

Luego, el artículo 62° de la Constitución regula otra figura de protección frente a la innovación legislativa: la intangibilidad contractual. "la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)".

Mientras que la regla de la irretroactividad no permite modificar situaciones jurídicas agotadas, la regla de la intangibilidad, permite mantener la aplicación de reglas derogadas (ultraactividad) a casos concretos, en tanto sean más beneficiosas o menos lesivas.

Desde esta perspectiva, una modificación severa de las condiciones jurídicas y fácticas en las que se ejercen las actividades económicas no pueden realizarse de forma retroactiva, pero tampoco pueden aplicarse de forma inmediata a quienes ya ejercen la actividad, particularmente si ello supone un alto costo económico o el cierre de las actividades; o la disminución severa de sus ingresos.

Esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional para el caso de los derechos pensionarios; así, en la Sentencia 0050-2004-AI se fijó que el acceso a una pensión se rige por las normas vigentes en el momento en que adquirió los requisitos del derecho; y no por las normas posteriores. Esto implica dos cosas; que se debe fijar el momento en que se configura el derecho, que las normas de regulación de tal derecho continúan siendo eficaces, aun cuando hayan sido derogadas por otras normas posteriores (sucesión normativa); es decir, tales normas posteriores no rigen los derechos configurados con anterioridad, aun cuando no se haya otorgado la pensión.

Mutatis mutandis sucede en la Ley con el mandato absoluta de que los terminales de venta ubicados antes de la Ley en las cercanías de templos y colegios deban cerrar. Lo que un día antes era válido, al día siguiente se convierte en inválido. Sin considerar el derecho al trabajo y los ingresos de los miles de personas que se dedican a esta actividad. Esto mina la confiabilidad del sistema jurídico, no hay seguridad jurídica. Las, principalmente, micro y pequeñas empresas que invirtieron para la actividad pierden sus ingresos, su capital por una decisión abrupta del legislador. Luego, se expondrá, además, que tales medidas tampoco superan el test de ponderación respecto de su contenido.

En esta línea de razonamiento, y por la noción de unidad de valor de todos los derechos fundamentales, tenemos que, para las libertades económicas la permanencia de las reglas de juego es sustancial. En los mercados abiertos, como lo son aquellos que se basan en el uso de la tecnología digital, la competencia es intensa, un pequeño factor es determinante para el éxito o el fracaso rotundo; por ello, la estabilidad en las reglas de juego es un factor importante sobre las que se organiza la inversión. Si no hay seguridad jurídica, y además tales normas solo afectan a una parte de la competencia, como sucede con la Ley, entonces no hay condiciones para ejercer las libertades económicas. La Sentencia 0050-2004-AI del Tribunal Constitucional contiene un desarrollo importante sobre la seguridad jurídica: mantener las normas sobre las que las personas establecieron su plan de vida (en este caso de actividad económica) indemnes de los cambios normativos severos o radicales posteriores.

IV. ANÁLISIS DE LOS CONTENIDOS CONCRETOS Y PROPUESTAS NORMATIVAS

4.1. Sobre el ámbito subjetivo de aplicación como parámetro para la igualdad ante la Ley

Una primera cuestión vinculada con el principio de igualdad ante la ley tiene relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y las apuestas deportivas a distancia, aprobada en el mes de julio último, ésta regula solamente aquellos juegos o apuestas deportivas a distancia ofrecidas por empresas domiciliadas; no ha previsto que las empresas no domiciliadas tributen o se tengan que ceñir al marco legal establecido para seguir operando; generando con ello una competencia desigual, incluso desleal entre empresas dedicadas a la misma actividad.

El artículo 1942° Código Civil define que "Por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes".

Luego, el Código Civil reconoce los juegos y apuestas masivos, diferenciado de aquellos que tienen un ámbito determinado o singularizado. En tal sentido, el artículo 1947° establece que "Los contratos de lotería, pronósticos sobre competencias deportivas, apuestas hípicas, peleas de gallos y otros espectáculos y concursos similares, se rigen por las normas legales o administrativas pertinentes (...)"

Como se aprecia, nuestra legislación reconoce como una expresión de la libertad económica que las personas se dediquen a "los juegos y apuestas". Luego, el Código Civil distingue entre aquellos que son masivos; y esta distinción parece ser relevante por la cantidad de personas comprometidas. La masificación del derecho, parafraseando un célebre libro de Díez-Picaso, presenta por la cantidad de personas una identificación y necesidad de regulación para garantizar ciertos aspectos de la libertad de contratar de quienes apuestan.

Con la masificación, como sucede en general con las relaciones de consumo, se requiere de situaciones de información, transparencia e imparcialidad para que los operadores del sistema masificado, que, en el ejercicio de su libertad económica se dedican a una determinada actividad, tenga su rol claramente establecido y determinado, de tal forma que, la aleatoriedad inherente a la apuesta se mantenga como un elemento central de la actividad. Esto está definido en el propio artículo 1942° del Código Civil *"como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes" y se hace extensivo, claro está, para el propio operador o empresario que organiza el juego o apuesta.*

Lo establecido por el propio Código Civil es importante para identificar que lo jurídicamente relevante en la actividad de juegos y apuestas es la aleatoriedad;

es decir, que la relevancia jurídica central para la protección de quienes apuestan está o radica en proteger o garantizar que tal aleatoriedad sea verdadera o no se tergiverse.

Otro elemento de relevancia jurídica es el pago de la apuesta; es decir, garantizar el pago a quien es el ganador de la apuesta.

El tercer tema jurídicamente relevante está vinculado con los juegos y apuestas masificados, lo que presupone la "lejanía del contratante respecto del evento objeto de la apuesta y de su organización". La existencia de un sistema, de una organización de la apuesta o juego de mayor complejidad, establece una situación de asimetría de poder e información de quien apuesta (libertad de contratar) por lo que la Ley debe garantizar información, imparcialidad y transparencia.

En el caso de los juegos y apuestas a distancia el problema central radica en los servicios prestados por empresas no localizadas en el Perú; y, en segundo lugar, en aquellas que no están domiciliadas en el país. No obstante, ello, la Ley intensifica la regulación en las empresas domiciliadas en el Perú, mientras que las otras están, o fuera de su regulación o tienen reglas impositivas menores. Esto será explicado en cada propuesta concreta.

Anotados estos elementos relevantes, que pueden originar ciertas normas especiales en línea con garantizar la libertad de contratar de quienes apuestan; todos los juegos y apuestas parecen no tener más elementos objetivamente diferenciadores; de tal forma de que, por el principio de igualdad todas las normas deberían comprender a todos los agentes de la actividad y regular el mismo contenido.

4.2. Sobre el ámbito subjetivo de la Ley y sus definiciones

La Ley 31557 en su artículo 3°, contiene en sus numerales 3.2 y 3.6 las definiciones de "apuesta deportiva a distancia" y "evento deportivo" acotadas o limitadas a aquellas que se basan en el azar, en vez de comprender a todos los juegos o eventos deportivos cuyo resultado es aleatorio; y en las actividades físico-atléticas, respectivamente.

Veamos el siguiente cuadro:

LEY	PROYECTO DE LEY
ARTÍCULO 3. DEFINICIONES Y ABREVIATURAS **3.2 Apuesta deportiva a distancia:** Juego de azar a	**ARTÍCULO 3. DEFINICIONES Y ABREVIATURAS** **3.2 Apuesta deportiva a distancia:** Juego a distancia que se

distancia que se desarrolla en plataformas tecnológicas en el que se apuesta sobre el resultado de un evento deportivo o sobre cualquier otro hecho o circunstancia que puede producirse en dicho evento deportivo.	desarrolla en plataformas tecnológicas en el que se apuesta sobre el resultado de un evento deportivo o sobre cualquier otro hecho o circunstancia que puede producirse en dicho evento deportivo.".
3.6 Evento deportivo: Suceso **público** programado en el que se desarrolla un juego deportivo entendido como aquel conjunto de prácticas y/o actividades **físico-atléticas** que realizan las personas siguiendo reglas establecidas dentro de un área determinada, a fin de competir entre ellas en procura de un resultado incierto.	**3.6 Evento deportivo:** Suceso programado en el que se desarrolla un juego deportivo entendido como aquel conjunto de prácticas y/o actividades de destreza, habilidad y/o fuerza física que realizan las personas siguiendo reglas establecidas dentro de un área determinada, incluyendo los deportes electrónicos (e-sports) y actividades afines que puedan desarrollarse, a fin de competir entre ellas en procura de un resultado incierto.

Como se aprecia, el sentido de la propuesta es eliminar la restricción de las apuestas que se basan en el azar, para comprender a todas las que se fundamentan en la aleatoriedad, y permitir apuestas a todo juego de habilidad con resultado aleatorio y no, solamente, a los que se realizan sobre la base de la destreza físico o atlética.

Un primer argumento para la modificación se basa en la propia libertad de empresa. El contenido de ésta supone que toda persona es libre de decidir qué actividad realizará y cómo organizarla; esto implica, prima facie que, las empresas que se dedican a los juegos y apuestas a distancia tienen la *libertad de hacerlo de forma amplia, siempre que se trata de eventos con resultado aleatorio.* Para limitar una libertad, como ya se indicó antes, el Tribunal Constitucional impone el test de ponderación; es decir, debería identificarse, como punto de inicio, qué otra libertad se está protegiendo con tal restricción. Del riguroso análisis realizado, no se encontró ninguna; es decir, no solo la medida no supera el test de ponderación, sino que hay una situación ex – ante: que exista una colisión de libertades; lo que no se presenta.

Un segundo argumento, refiere a lo regulado en el propio Código Civil. Según el artículo 1942° las obligaciones surgen "(...) como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido para las partes". La aleatoriedad comprende a los juegos o eventos vinculados con el azar, pero

no solo a éstos, sino también aquellos eventos que, siendo igualmente aleatorios, dependen de las habilidades de quienes son parte del evento que es objeto de la apuesta. Es decir, desde el concepto jurídico contenido en el Código Civil, el azar o no azar, la destreza física o atlética no son elementos relevantes para establecer sobre qué se puede libremente apostar, sino que, conforme al Código Civil, lo relevante consiste en que se apueste sobre cualquier evento cuyo resultado sea aleatorio.

Un tercer argumento es el principio de igualdad ante la Ley. Desde la Ley, los juegos y apuestas a distancia que se realizan en el Perú sólo pueden ofrecer opciones de juegos al azar y sobre eventos deportivos relativos a la destreza física o atlética; mientras que el resto de los juegos y apuesta que no son a distancia no tienen esta restricción. No hay ninguna relación objetiva entre el azar y los eventos deportivos de destreza física o atlética con que las apuestas se realizan con o sin distancia, entonces, por qué la limitación acota las apuestas a distancia a tales eventos, mientras que el resto de las apuestas no tienen ese límite. Como no hay un elemento objetivo, estamos ante reglas discriminatorias.

Cuarto argumento. De la discriminación a la competencia desleal. Con la restricción de eventos se generan dos situaciones: las plataformas de apuestas no reguladas por la Ley, localizadas en cualquier parte del mundo, pueden captar las apuestas que estarán prohibidas para las empresas peruanas; y aquellos juegos o apuestas que no son a distancia también podrán realizar sus actividades una vez excluidas las empresas a distancia. Esta exclusión de parte del mercado, que establece una situación de competencia desleal se origina por la sola emisión de la Ley y sin que existan otros derechos protegidos.

Quinto argumento. De la competencia desleal a la pérdida de usuarios incluso en las propias actividades permitidas por la Ley. En efecto, toda plataforma electrónica genera un entorno digital sobre el que se familiarizan los usuarios; sucede lo mismo, por ejemplo, cuando se utiliza un tipo o marca de celular, o se utiliza la banca por internet de un banco concreto, etc. Las personas se convierten en usuarios de la plataforma digital y se fidelizan a ésta. Un potencial efecto de la Ley es que se reduzca el atractivo para los apostadores en el uso de las plataformas digitales sujeta a la Ley, debido a que no encontrarán todas las opciones de apuesta habituales, o que, comparativamente, puedan encontrarlas en otras plataformas deslocalizadas. Entonces las empresas peruanas (domiciliadas) que sí están obligadas a tributar perderán mercado en beneficios de las empresas deslocalizadas (extranjeras). Ello afectará las inversiones realizadas, y el Estado dejará de

percibir los montos recaudatorios esperados. En buena cuenta el dinero de las apuestas irá en mayor proporción a las empresas extranjeras que venden su actividad solamente por internet (y no tributan).

Sexto argumento: De la pérdida de actividades y usuarios a la afectación de la inversión y el empleo. A diferencia de otros juegos y apuestas, las empresas con plataformas electrónicas a distancia generan una red nacional de micro y pequeñas empresas que agregan a su actividad o lo hacen de forma exclusiva puestos de venta; tanto, en pequeñas bodegas como en otro tipo de negocios de dimensiones similares, siendo esta actividad un complemento importante de sus ingresos y de la generación de miles de puestos de trabajo.

Estas restricciones, a las que se suman otras limitaciones que proponemos modificar o derogar en puntos siguientes, han de afectar a miles de familias.

Séptimo argumento: Mientras que las empresas peruanas tributan en el país, pero, además, contribuyen con la formalización de las micro y pequeñas empresas que se incorporan como puntos de venta; el traslado de la actividad de apuesta a plataformas internacionales es sólo extractiva y puede implicar incluso una fuga de capitales en las zonas de frontera.

4.3. Sobre la prohibición en el establecimiento de salas de juego cercanos a templos

La Ley regula e innova la siguiente prohibición a la libertad de empresa:

> "Artículo 29°. Distancia mínima exigible a las salas de juegos de apuestas deportivas a distancia
>
> 29.1 Las salas de juego de apuestas deportivas a distancia no deben encontrarse a menos de ciento cincuenta (150) metros, siguiendo el mínimo recorrido peatonal, de templos o centros de educación en donde se imparta educación básica regular".

Esta prohibición no existía antes de la Ley, es decir, se ha decidido limitar la libertad de empresa de manera desproporcionada; cambiando de forma radical y abrupta la situación jurídica de la libertad de realizar la actividad en todo el ámbito público, a estar prohibidos de realizar la actividad a menos de ciento cincuenta (150) metros.

Sobre el límite en las cercanías de algún templo

Desde el marco conceptual, no se advierte qué libertad se protege con esta medida. Veamos el primer supuesto: "A 150 metros de un templo".

Entendemos que la referencia a un templo no puede tener otra libertad vinculada que la libertad religiosa o la libertad de culto, por la que, toda persona tiene derecho a profesar el culto que considere sin que se pueda interferir en tal decisión y actividad.

Con este contenido de la libertad de culto, en qué se la afecta cuando opera una sala de juegos en las proximidades de un templo. Podríamos enriquecer esta pregunta de la siguiente manera: si todas las actividades económicas lícitas tienen igual valor entonces ¿Por qué no debería haber ninguna actividad económica en las cercanías de un templo? Creemos que esta situación debe corregirse en la legislación vigente.

Sobre esta regla que se propone modificar a fin de que no exista restricción de distancia respecto de templos, la justificación tiene los siguientes argumentos:

Primer argumento. Conceptualmente no hay una situación de conflicto entre la libertad de culto y la libertad de empresa acotada a la venta de opciones de juegos y apuestas deportivas. Como no hay conflicto; no tendría sentido aplicar el test de ponderación, porque la sola aplicación del principio de idoneidad evidenciaría que no hay relación de causalidad entre la medida (prohibir la actividad en las cercanías) y la libertad de culto (optar por una religión y practicarla). Las salas de juego no afectan el ejercicio de la libertad de culto en tanto que, no interfieren en la decisión de las personas a profesar libremente una religión y realizar sus prácticas dentro de un templo, e incluso que puedan mostrar en público la religión que practican.

Segundo argumento. La igualdad y la discriminación por realizar un tipo de actividad económica. Si no es posible establecer si quiera una situación de afectación leve a la libertad de culto; entonces, bajo qué fundamento la medida es radicalmente intensa: prohibir la actividad en las cercanías.

En democracia hay dos valores centrales que deben prevalecer. El pluralismo, en el sentido de que todas las libertades tienen igual valor, y por tanto, no pueden ser limitadas sin justificación objetiva y antes bien, deben ser respetadas para que cada persona elabore su propio proyecto de vida; y segundo, que todas las personas deben cumplir el *principio de tolerancia*, lo que supone distinguir entre una situación de afectación de un derecho sobre otro, de la molestia o incomodidad porque el otro tiene un proyecto de vida muy distinto o que difiere de mi propia moral subjetiva. El principio de tolerancia rige el segundo supuesto. Seguramente al practicante de alguna religión no le agrada que otras personas realicen ciertas actividades económicas (además lícitas y legales) lejanas a su práctica religiosa pero su deber es tolerarlas; como sucede respecto de los no creyentes sobre los creyentes; o incluso, a aquellos que profesan una religión mayoritaria sobre otras minoritarias. El

legislador, cuando respeta el principio de independencia ética, repliega toda interferencia para que todas las personas de forma autónoma, responsable y tolerante vivan en armonía, de forma educada y respetuosa del proyecto de vida del prójimo.

Finalmente, conviene acotar que "En cuanto al concepto de tolerancia, esta declaración, la define como el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. Es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. Es la responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo (comprendido el pluralismo cultural), la democracia y el Estado de derecho"[8]

Tercer argumento. De la discriminación a las consecuencias negativas sociales y económicas. Antes de la Ley, todos los agentes vinculados con los juegos y apuestas deportivas a distancia establecieron sus salas sin límites geográficos, en ejercicio pleno de su libertad de empresa, y conforme a las normas vigentes. Luego, la Ley, sin justificación, al prohibir la actividad en el radio de 150 metros de un templo, convierte, dado el efecto ipso iure, a todas estas actividades como inválidas; sometiendo, particularmente a muchas micro y pequeñas empresas, al cierre y pérdida de sus inversiones; y a sus trabajadores a la vulneración de su derecho fundamental al trabajo.

Conforme a los principios establecidos en la Sentencia 0050-2004-AI, respecto del límite aplicativo de las normas que modifican requisitos de derechos pensionarios; se presenta igual razón; no pueden modificarse de forma abrupta y radical normas que están vinculadas con planes de vida de mediano y largo plazo; la afectación radical de la libertad de empresa de miles de micro empresas y del derecho del trabajo de sus trabajadores; cuando además no hay una libertad o derecho religioso a proteger, justifican eliminar la restricción de distancia mínima respecto de templos; y en su defecto, el límite en los efectos jurídicos de la Ley, la que no podría aplicarse a quienes ya han establecidos sus Salas, cuentan con autorizaciones administrativas, trabajadores, inversiones, e ingresos que forman parte de su economía familiar.

Cuarto argumento. Los límites físicos no aplican a las plataformas digitales, por ende, se genera de nuevo discriminación. Los operadores digitales podrán tener clientes incluso dentro de los templos en celulares o móviles, mientras que el operador físico, que genera mayor empleo y dinámica económica, ve su actividad reducida o limitada.

8 https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf; pág. 802

4.4. Sobre la verificación de la condición de jugador al Registro del jugador

El artículo 11° de la Ley establece un auténtico Registro de Jugador en la Plataforma Electrónica. Todo registro supone un límite al derecho a la personalidad, y al respecto, Nino refiere que "el principio general que está subyacente a estos derechos proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio. Ese principio se denomina *"el principio de inviolabilidad de la persona*"[9]

La propuesta de modificación se aprecia en el siguiente cuadro:

LEY	PROYECTO DE LEY
ARTÍCULO 11°. VERIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN DE JUGADOR La identidad, edad, nacionalidad o calidad migratoria de los jugadores/as, es verificada por el titular de la autorización para la explotación de una plataforma tecnológica de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, con ocasión del registro del jugador en la plataforma tecnológica, sin perjuicio de los controles de acceso aplicables y si la apuesta se realiza a través de los medios de juego señalados en el numeral 14.1 del artículo 14 de la Ley o en las salas de juego de apuestas deportivas a distancia autorizadas por el MINCETUR.	**ARTÍCULO 11°. VERIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN DE JUGADOR** La identidad y edad de los jugadores/as, es verificada por el titular de la autorización para la explotación de una plataforma tecnológica de los juegos a distancia o apuestas deportivas a distancia, si la apuesta se realiza a través de los medios de juego señalados en el numeral 14.1 del artículo 14 de la Ley.

¿Cuál es la razón del registro? Si se trata de alguna razón de seguridad, por ejemplo, el lavado de activos, una actividad de apuestas masivas y a distancia se presenta como improbable; y esto se debe a simples razones estadísticas (en temas deportivos) y también a la aleatoriedad, sobre la cual el apostador, ni

9 Carlos Nino. Ética y derecho humanos, pág. 237. Editorial Astrea, tercera reimpresión.

el dueño del local, ni las empresas del rubro tienen control o injerencia; por ello, esta medida no cumpliría el principio de idoneidad de la medida.

Entonces ¿se trata de razones paternalistas?, es decir, ¿se debe registrar a todos las personas que apuestan para protegerlos si incurren en supuestos de ludopatía?

Vayamos a las cuestiones de eficacia de esta medida (de idoneidad). En la hipótesis de que el fin o derecho a tutelar es la salud de algunas personas que participan de la actividad; tenemos que todos deben registrarse por la salud de unos pocos; es decir, todos al ser registrados son limitados en su derecho a la personalidad (derecho que implica que las personas realizan sus actividades sin el deber de exponerlas, contarlas, o registrarlas a terceros). En esta hipótesis, la justificación estaría en proteger el derecho a la salud de algunos; sin embargo, la Ley no establece en qué consistiría o que prestaciones realizarían tal derecho.

Con ello, se presentan los siguientes argumentos para modificar la norma en el sentido de retirar la obligatoriedad del Registro:

Primer argumento. Todo registro afecta el derecho a la personalidad; su imposición debe estar justificado en otro valor o principio concurrente y de mayor peso.

Segundo argumento. La seguridad no es un principio concurrente, particularmente si se persigue el lavado de activos o figuras afines debido a que, son precisamente los juegos y apuestas masivas y a distancia las que hacen improbable tal actividad delictiva (dada la aleatoriedad y nulo control del resultado).

Tercer argumento. La Ley establece un Registro cuyo ámbito comprende solo a los juegos o apuestas a distancia lo que afecta el principio de igualdad. Esto originará un fuerte incentivo para que muchas personas privilegien preservar su derecho a la personalidad, trasladándose a otros juegos o apuestos excluidas del Registro. La discriminación de la norma afecta directamente a las empresas que están en el ámbito de la Ley; y en sentido contrario, beneficiará a las empresas no comprendidas en la Ley por las personas que se trasladen para preservar su derecho a la personalidad. Esto a su vez afectará de manera directa uno de los objetivos de la Ley vigente, incrementar la recaudación, dado que los clientes migrarán de plataformas no reguladas.

Cuarto argumento. Una característica de las apuestas a distancia con puntos de venta es su masificación; de tal forma que, el tiempo de registro le impone un costo adicional a cada venta; este costo tiene una incidencia negativa mayor en las micros y pequeñas empresas, en las que, suele ser el propio

titular del negocio el que maximiza su tiempo atendiendo a todos sus clientes. El Registro aumenta los costos de los emprendedores, pero también aleja a los clientes. Muchos no están dispuestos a esperar para comprar una apuesta, en particular porque el enfoque del cliente es diversión sana con montos apostados reducidos. En los puntos de venta, el promedio de apuesta no supera los S/10.00, por lo que además el riesgo de lavado de activos se invalida al ser montos reducidos por cliente.

Quinto argumento. La seguridad de los datos. En nuestro país se puede concluir no se tiene la certeza que estos datos puedan ser seguros y podrían ser materia de comercialización ilegal como ocurre con las bases de datos de otras entidades. Por ello, este Registro podría constituir un riesgo para de vulneración de los derechos de las personas y además de no perseguir un objetivo o utilidad concreta.

4.5. Sobre las garantías

Una garantía tiene por objeto garantizar a un acreedor (o acreedores) el pago de una acreencia ante una posible omisión de pago del deudor. Entonces una garantía se estructura en una obligación subsidiaria a otra obligación que es la principal y sobre la que está subordinada.

La justificación de una garantía obligatoria de origen heterónomo, por la que se afecta la libertad de contratar y el patrimonio del obligado, debe encontrarse en el objeto - fin de la obligación principal. El numeral 22.1 del artículo 21 de la Ley 31557, regula que la garantía protege el cumplimiento de las obligaciones y sanciones que se deriven de la Ley.

Desde esta perspectiva, tenemos dos obligaciones principales y eventuales que la Ley obliga a garantizar: todas las obligaciones y todas las sanciones que se deriven de la Ley. Esta distinción no resulta suficiente para develar los derechos o bienes protegidos. Un primer conjunto de obligaciones son aquellas vinculadas con quienes son usuarios de la actividad (los usuarios como acreedores), como sería el pago de la apuesta; y las otras son las obligaciones administrativas (la administración pública como acreedora) cuyo, eventual incumplimiento, puede originar la obligación de pago de una multa. Consideramos que se estará desvirtuando el uso de la garantía. Las sanciones de multa en nuestra legislación se imponen luego de un procedimiento administrativo sancionador y no debería afectar al monto de la garantía, en primer orden, dado que su fin principal es la de asegurar el cobro de la acreencia ante la omisión de pago del deudor, no obstante, es la opción que se recogió en la ley vigente.

Entonces, en rigor, las obligaciones eventuales a garantizar son las siguientes: Las obligaciones ante los usuarios del servicio; y las obligaciones de pago de,

eventuales, multas ante la administración pública competente para fiscalizar y sancionar tales obligaciones.

Aclarado este punto. Sobre la obligaciones ante los usuarios del servicio; la actividad de los juegos y apuestas a distancia se organiza sobre la base de la idea de la unidad del negocio; es decir, la plataforma electrónica es administrada por quien detenta la autorización de explotación de la o las plataformas tecnológicas de juegos; las denominadas salas de juego, que en estricto suelen ser, como se ha referido, bodegas, minimarkets, boticas, panaderías, y un sinfín de micro y pequeñas empresas que atienden al público, y deciden integrar a su actividad la venta de apuestas solo realizan un acto concreto: la venta de la apuesta, todas las obligaciones frente a los usuarios, y específicamente, el pago de las apuestas son de cargo de la empresa autorizada para la explotación de la actividad; y de otro lado, desde un punto de vista comercial, los usuarios o consumidores que participan en una apuesta conocen que el juego no es organizado ni pagado por la micro empresa, sino por la empresa que administra el juego masivo, que publicita su actividad y que la consolida en el tiempo produciendo confianza; principios sobre los que se establece el negocio y su imagen.

Entonces, la empresa que explota la plataforma tecnológica administra de forma unitaria el negocio; la propia plataforma encuadra esta actividad unitaria, y de otro lado, la descentralización de los puntos de venta en microempresas que integran la actividad a su propio objeto tiene una capacitación, control y verificación por parte de la propia empresa para consolidar la buena fama del negocio.

Es muy importante comprender que, a diferencia de otros juegos o apuestas presenciales, lo que la Ley define como "sala de juego" es en rigor, solo un punto de venta para jugar o apostar sobre la plataforma electrónica. No hay, desde estas micro y pequeñas empresas, pero en general, desde cualquier punto de venta, un valor agregado intrínseco al juego o la apuesta a distancia. Claro está que la única situación diferenciadora es el costo de oportunidad del usuario; es decir que, "con ocasión de realizar otras compras, agrega a la compra, una apuesta".

Si esta línea de venta se altera porque se imponen tiempos de registro en la apuesta, o, porque el punto de venta debe invertir en garantías cuando solamente realiza el acto de venta; o, se limitan las posibilidades de apuesta; o, se deben establecer obligaciones administrativas complejas, más allá de las que ya deben asumir estas unidades de negocios, en las complejas obligaciones municipales, laborales, tributarias, de seguridad social, sanitarias, etc.; como se ha referido todas estas oportunidades e ingresos reales deberán de cerrar, trasladándose la actividad solamente a la dimensión digital.

Entonces podemos apreciar los siguientes argumentos:

Primer argumento. Los juegos y apuestas a distancia, se basan en plataformas electrónicas administradas exclusivamente por quien tiene la autorización administrativa de explotación de la plataforma; produciendo un juego o apuesta organizado sobre la noción de unidad de negocio que está vinculada con la propia plataforma que es autorizada, y cuyas condiciones de uso y garantía son analizadas por la propia autoridad. En esta unidad de negocio, cuando la venta se realiza presencialmente, la única actividad que se tiene es la venta de la apuesta; no hay más valor agregado que éste, por lo que la garantía por cada sala de juego no genera ningún beneficio adicional y, por el contrario, afecta la operación de las micro y pequeñas empresas.

Segundo argumento. En la relación empresa administradora – plataforma electrónica, se produce la unidad del negocio dirigido por la primera. Desde la plataforma electrónica la venta se realiza mediante internet, o mediante terminales físicos en los puntos de venta a los que se vinculan decenas de miles de micro y pequeñas empresas, o cualquier empresa que decida integrar en su composición de bienes que vende la actividad de apuesta, que siempre está determinada y controlada desde la plataforma electrónica administrada por la empresa autorizada para explotarla. Entonces, conviene precisar que el concepto Sala de Juego en las actividades con plataforma electrónica es en estricto un punto terminal del sistema en donde se realiza la venta; mientras que la otra opción de comprar es realizarla mediante internet.

Tercer argumento. Desde la unidad de negocio que la propia Ley regula, las obligaciones vinculadas con el negocio son y deben ser de cargo de forma exclusiva y excluyente de la empresa que explota la plataforma electrónica; por lo que se propone eliminar la obligación de fianza que se les imputa a las denominadas "salas de juego".

Cuarto argumento. El promedio de venta mensual de una pequeña bodega en el país es de S/ 9,000 mensuales[10]; esto considerando la recuperación producida luego de casi dos años de pandemia. La estrategia de recuperación de muchas bodegas ha estado en la diversificación de los productos, y particularmente en la incorporación de la actividad

En una entrevista en RPP, Andrés Choy, presidente de la Asociación de Bodegueros señaló que durante el primer trimestre de 2022 terminaron

10 https://revistaganamas.com.pe/el-83-de-las-bodegas-esta-aun-en-un-nivel-principiante-en-su-transformacion-digital/#:~:text=En%20Per%C3%BA%2C%20existen%20alrededor%20de,en%2050%25%20durante%20la%20pandemia.

quebrando más de 9 mil tiendas, por lo cual "la mayoría de las bodegas a nivel nacional han tenido que buscar nuevas alternativas de venta para tener un margen de ganancia"[11]

En esta línea, las 5 UITS que se obligan a garantizar de forma abrupta a tales microempresas equivale a S/ 23,000.00 soles con vigencia anual, es decir, se debe garantizar un valor equivalente a dos meses y medio de venta bruta; más los registros, y prohibiendo a las bodegas (o los domicilios) cercanos a templos y centros educativos a pertenecer a la red de ventas de la plataforma electrónica, todo ello es claramente irrazonable.

Quinto argumento. Este argumento es horizontal a todas las medidas que se propone aplicar a las denominadas Salas de Juego que, como se ha explicado, pero además es notorio, son solo puntos de venta, que muchos microempresarios utilizan como una oportunidad para salir de los problemas económicos de la pandemia y que, además viene siendo efectiva.

Este argumento horizontal tiene que ver con el fomento de la micro y pequeña empresa como mandato constitucional. El artículo 59° de la Constitución Política ordena que *"El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades"*

Pero también, desde el derecho fundamental del trabajo, las políticas encuentran en las micro y pequeñas empresas, y particularmente las que están en el sector terciario de la económica, una alta densidad de empleo; de tal forma que, las políticas activas de empleo deben buscar crear más puestos de trabajo.

Séptimo argumento. Las plataformas digitales pueden facturar más que las plataformas con puntos de venta. La garantía adicional afecta de manera desproporcional a las empresas que a su vez mayor dinámica económica generan. En el extremo, los puntos que no puedan cubrir la garantía cerrarán y se favorecerá, una vez más, a las plataformas digitales que podrán no tener que pagar ningún impuesto para operar en el país, tal como actualmente está diseñado el marco jurídico vigente.

En este orden de ideas se propone la siguiente redacción para corregir esta problemática:

11 https://rpp.pe/peru/actualidad/bodegas-apuestan-por-la-diversificacion-de-productos-en-venta-para-aumentar-su-margen-de-ganancia-noticia-1424842

LEY	PROYECTO DE LEY
ARTÍCULO 22. GARANTÍA DEL TITULAR DE LA AUTORIZACIÓN DE EXPLOTACIÓN 22.2 La garantía resulta exigible por cada autorización de explotación de plataformas tecnológicas de juegos o apuestas deportivas a distancia **y por cada sala de juego de apuestas deportivas a distancia objeto de autorización**.	**ARTÍCULO 22. GARANTÍA DEL TITULAR DE LA AUTORIZACIÓN DE EXPLOTACIÓN** 22.2 La garantía resulta exigible por la autorización para la explotación de la plataforma tecnológica de juegos a distancia y/o apuestas deportivas a distancia.
ARTÍCULO 24. CARACTERÍSTICAS, MONTO Y RENOVACIÓN DE LA GARANTÍA 24.4 El monto de la garantía que se otorga **por** la explotación de las **plataformas tecnológicas** de los juegos o apuestas deportivas a distancia, es equivalente **a doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), vigentes a la fecha de su otorgamiento y de cinco (05) UIT adicionales por cada sala de juegos de apuestas deportivas a distancia objeto de autorización.**	**ARTÍCULO 24. CARACTERÍSTICAS, MONTO Y RENOVACIÓN DE LA GARANTÍA** 24.4 El monto de la garantía que se otorga por la autorización para la explotación de los juegos o apuestas deportivas a distancia, es equivalente al 3% del ingreso neto anual o seiscientas (600) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), vigentes a la fecha de su otorgamiento o el que resulte mayor. Para efectos del monto de la garantía, se considerará la diferencia entre el ingreso bruto anual percibido en el ejercicio fiscal anterior y el monto total de las devoluciones y premios entregados en el ejercicio fiscal anterior.

4.6. Sobre la regulación tributaria

Un sistema de impuestos en su conjunto se basa sobre una idea de la justicia distributiva, por la cual, se produce una transferencia de recursos de los que más tienen hacia los que más necesitan, mediante la entrega de bienes y servicios públicos.

Sin embargo, este valor de justicia distributiva vinculada con el sistema tributario debe ser respetuoso con las preferencias y decisiones de las personas; es decir, toda norma impositiva no puede afectar de forma irrazonable e injustificada el ejercicio de las libertades y de la autonomía de las personas; y de otro lado, debe realizarse en condiciones de igualdad (como se ha explicado) respecto de todas las actividades análogas para no afectar, entre otros, al principio de igualdad de competencia. Y nos referimos a este principio, porque mencionamos que el ámbito de la Ley que se pretende modificar, el mercado está globalizado, y las empresas peruanas compiten con empresas extranjeras que, estando domiciliadas fuera del país, venden mediante sus plataformas electrónicas su actividad.

De lo expuesto, tenemos dos valores nucleares que permiten interpretar y concluir sobre la razonabilidad de determinadas medidas impositivas. El impuesto fijado no debe afectar las decisiones personales, y como hemos visto, tampoco debería filtrar ciertas nociones de perfeccionismo ético que quebrantan el principio de independencia ética; ni de otro lado, debería tratarse de una noma que, desde su aplicación, origine una situación de desigualdad con la competencia.

Con estos principios de base, tenemos el siguiente cuadro comparativos sobre las propuestas de modificación:

LEY	PROYECTO DE LEY
ARTÍCULO 40. CONTRIBUYENTE Los contribuyentes del Impuesto son las personas jurídicas constituidas en el Perú y las Sucursales de personas jurídicas constituidas en el exterior que explotan los juegos a distancia y/o apuestas deportivas a distancia desarrollados en plataformas tecnológicas.	**ARTÍCULO 40. CONTRIBUYENTES** Los contribuyentes del Impuesto son las entidades a las que se refiere los numerales 7.1 y 7.2, es decir, personas jurídicas constituidas en el Perú, las Sucursales establecidas en el Perú de personas jurídicas constituidas en el exterior y las personas jurídicas constituidas en el exterior que explotan en el Perú los juegos a distancia y/o apuestas deportivas a distancia desarrollados en plataformas tecnológicas.
ARTÍCULO 41. BASE IMPONIBLE 41.1 Para efecto de la determinación	**ARTÍCULO 41. BASE IMPONIBLE** 41.1 Para efecto de la determinación

de la base imponible, se tiene en cuenta lo siguiente: a) El ingreso bruto mensual está compuesto por el importe de las apuestas percibidas en el mes, entendiéndose como tal al dinero **o bonificación valorizada en dinero aplicados al juego a distancia o apuesta deportiva a distancia**, y demás conceptos pagados por los jugadores a favor del contribuyente, incluyendo aquellos con cargo al sistema progresivo, según corresponda.	de la base imponible, se tiene en cuenta lo siguiente: a) El ingreso bruto mensual está compuesto por el importe de las apuestas percibidas en el mes, entendiéndose como tal al dinero aplicado al juego a distancia o apuesta deportiva a distancia.
41.2 La base imponible se determina **de manera independiente por cada plataforma tecnológica de juegos a distancia, o de apuestas deportivas a distancia, de acuerdo con la información contable** registrada en la base de datos de los servidores de las plataformas tecnológicas.	41.2 La base imponible se determina de acuerdo con la información contable registrada en la base de datos de los servidores de las plataformas tecnológicas.

En primer término, la Ley 31557 crea un nuevo impuesto para los juegos y apuestas deportivas a distancia. La legitimidad de esta nueva carga impositiva puede entenderse como la contribución que los operadores de la actividad deben hacer al país. Sin embargo, este nuevo impuesto no puede originar dentro del mercado real y concreto de juegos y apuestas a distancia que unos estén gravados y otros no, pese a que, compiten en el mercado, y antes de la Ley lo venían haciendo, por lo menos desde la carga impositiva, de forma igualitaria.

Sin embargo, la citada Ley impone el impuesto con un efecto jurídico que termina excluyendo del pago a las empresas no domiciliadas (regularmente extranjeras y ubicadas en paraísos fiscales) que realizan operaciones en el Perú desde plataformas electrónicas a través del internet; mientras que, por el contrario, la Ley grava a las empresas domiciliadas con una alícuota del 12% sobre sus operaciones. La referencia a lo extranjero en diferencia a lo nacional no se expone para pretender un privilegio o un subsidio solo por ser peruanos, quebrantando el principio de igualdad ante la Ley; sino porque, por el contrario, están siendo discriminados por ser empresas peruanas o por estar

domiciliados en Perú. En ese sentido, el impuesto creado por la Ley 31557 podría ser hasta inconstitucional en la medida que vulnera el principio de igualdad tributaria y establece un trato discriminatorio al gravar a los sujetos en base a su lugar de constitución en lugar de su capacidad contributiva o actividad que desarrollan.

Nótese que estas empresas extranjeras, en su mayoría, solo utilizan plataformas electrónicas; es decir, son meramente extractivas; no tienen una descentralización de ventas presenciales vinculadas con el sector micro empresarial; es decir, no generan empleo, no generan ingresos para la micro y pequeña empresa, no deben pagar ninguna garantía, no están sujetas a fiscalizaciones ni sanciones administrativas, no están acotadas solo a juegos de azar ni a ciertos eventos deportivos vinculados con la destreza y habilidad física, no están sujetos al Registro Administrativo de Jugadores, entre otras medidas que no los afectan actualmente.

Son demasiadas medidas dirigidas solamente a las empresas domiciliadas en el país, o, mejor dicho, son muchas medidas que no son aplicables para las empresas no domiciliadas en el país pero que realizan ventas efectivamente compitiendo, por tanto, en el mismo mercado de manera desleal y en desigualdad de condiciones paradójicamente propiciadas por la propia Ley.

Las normas tributarias, a diferencia de los derechos fundamentales, deben tener en cuenta el principio de eficacia y una racionalidad consecuencialista de sus contenidos y reglas. Antes de la Ley, todos tenían relativamente iguales reglas; luego, se impone la Ley, pero no se incluye a las empresas no domiciliadas. Al respecto, se pueden argüir varios argumentos como que tales empresas tributan en el país de su domicilio, si acaso tributan, o que conforme a un tratado internacional el principio de punto de domicilio, que tiene el problema de la heterogeniedad impositiva debería resolverse con un convenio de doble tributación que no existe; pero todo ello no resuelve una situación concreta y del mercado: tales empresas compiten en el mercado, la demanda interna las comprende, y sobre tal situación, deben establecerse las reglas administrativas y tributarias iguales, de lo contrario, se constituye una discriminación evidente. No son las personas la que deben comprender los límites de la administración pública y asumir sus externalidades al punto de ver afectadas severamente sus libertades económicas; sino por el contrario, como hemos visto desde el test de ponderación, éstas deben aplicarse sobre condiciones fácticas reales, sobre posibilidades o imposibilidades concretas, y no pueden originar una situación de desigualdad o de irrazonabilidad en las medidas. En buena, lo objetivo, el parámetro de comparación para la igualdad no debe ser abstracto ni hipotético, sino concreto y real.

En efecto, la Ley vigente establece como base impositiva del impuesto nuevo que no sólo grava "el importe de las apuestas percibidas en el mes" sino que

grava también un dinero o monto inexistente como sería las bonificaciones o chances gratuitos que como parte de las estrategias de venta otorgas a los jugadores y que, estando valorizada en dinero (como toda chance) no supone un pago para el consumidor; es decir, no hay flujo de dinero, pago, ni el chance nuevo supone un aumento significativo en las probabilidades respecto de resultado del juego o apuesta. Por ello, consideramos que se debe comprender como contribuyente del impuesto a las empresas domiciliadas en el extranjero que realizan operaciones en el Perú para garantizar la igualdad.

De otro lado, sobre la base imponible ficta relacionadas con las bonificaciones o bonos gratuitos que se otorgan como estrategia de venta a los clientes. Las bases imponibles fictas pueden ser razonables para efectos de controlar el fraude o la evasión; en este sentido, puede ser compatible con el principio de no confiscatoriedad; pero cuando su fin es estrictamente recaudatorio tiene que tener alguna justificación distinta a la simple recaudación, particularmente cuando se realiza sobre una riqueza inexistente; porque el chance adicional de juego no es vendido, lo que es igual a que, quien juega no paga por él. Entonces no hay riqueza, no hay flujo económico, no hay pago, pero tampoco hay fraude o evasión ni podría haberla; esta regla solo acarreará la eliminación de tales estrategias de venta.

Según la información recogida, en el bono por estrategia de venta quien juega o apuesta suele tener un ánimo lúdico, es decir, no solo persigue ganar, sino que el juego mismo, la apuesta misma supone un tiempo de entretenimiento. El bono prolonga el tiempo de entretenimiento. La interacción del jugador con el juego lo vincula, lo fideliza a la empresa y este sería su interés.

Con la regla impositiva, pone otra vez en desventaja a las empresas domiciliadas en el Perú dado que deben pagar el impuesto nuevo por un monto que no perciben lo que llevaría a eliminar esta estrategia de fidelización de estas empresas y, por el contrario, como el impuesto no alcanza a las empresas no domiciliadas que venden por internet; entonces, estas sí mantendrán la estrategia de venta que originará una competencia inequitativa, desigual.

Por esta justificación se propone en la iniciativa la siguiente redacción:

41.1 Para efecto de la determinación de la base imponible, se tiene en cuenta lo siguiente:
a) El ingreso bruto mensual está compuesto por el importe de las apuestas percibidas en el mes, entendiéndose como tal al dinero aplicado al juego a distancia o apuesta deportiva a distancia.

V. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente Proyecto de Ley no contraviene ninguna norma de carácter constitucional, ni la legislación vigente. Por el contrario, pretende incorporar modificaciones a la Ley 31557, Ley que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, que permitan, entre otros aspectos, incorporar a un sector del rubro que no se había incluido, esto generará una mayor recaudación tributaria y corregir el trato no igualitario que la ley vigente plantea entre las empresas nacionales y las extrajeras no domiciliadas en el país.

VI. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El análisis costo beneficio que se vincula con el subprincipio de necesidad del test de proporcionalidad ha ido desarrollado a lo largo de la exposición de motivos sobre los siguientes ejes: Las reglas de la Ley 31557 imponen diversos costos a las empresas domiciliadas, que invierten y generan miles de puestos de empleo en el país; mientras que estas reglas de juego no son aplicables a las empresas no domiciliadas que venden por internet, incluido la obligación de tributar. Es decir, el efecto normativo sobre el ámbito del mercado de juegos y apuestas de la normativa vigente es que lo divide en dos: las empresas afectas a la ley, las que asumen los costos de aplicación y se afectan con prohibiciones; y de otro lado, las empresas que están fuera de la Ley, paras las que no hay ni costos ni prohibiciones ni tributos adicionales.

En efecto, las empresas domiciliadas tienen un canal de venta que han privilegiado en los últimos años: la venta presencial o de retail mediante la vinculación asociativa con, principalmente, el sector de la micro y pequeña empresa. Esto ha generado miles de puestos de trabajo e ingresos familiares, rescatando a los pequeños negocios de los efectos de la pandemia. De otro lado, las empresas no domiciliadas solo realizan su actividad mediante la venta online; por tanto, no generan el círculo virtuoso: inversión-relacionamiento empresarial-productividad-ingresos familiares – trabajo – tributación. Pese a ello, las empresas domiciliadas han sido reguladas por la Ley, mientras que las segundas se benefician de una Ley que no requiere tributos en ningún extremo.

Por esta situación discriminatoria, los beneficios producidos con el esfuerzo asociativo del sector empresarial domiciliado están a punto de colapsar, por una Ley que diferencia: a las empresas domiciliadas en favor de las no domiciliadas; a la venta retail o presencial a través de decenas de miles de

empresas a nivel nacional que generan inversión y empleo; incluso disponiendo el cierre inmediato de tales ventas por las cercanías a templos y colegios; en favor de la venta online.

Igualmente, las empresas deslocalizadas, que solo venden mediante internet, se constituyen en simples empresas extractivas, que no generan inversión, empleo y tributación. Pese a ello, la Ley no les impone ningún impuesto; mientras que a las empresas peruanas les impone todo su contenido regulatorio.

Sobre lo expuesto, en este proyecto de ley no se persigue subsidios o privilegios; tampoco pretende que la actividad no esté regulada; sino que no exista discriminación por una Ley que de manera directa beneficia a la empresa extranjera no domiciliada. De otro lado, persigue que se preserve el ingreso y el trabajo digno de miles de familias, por tanto, que se cumpla con la directriz constitucional de fomentar el empleo; y, particularmente aquel que está en las micro y pequeñas empresas. Es de interés que no se pierdan estos puestos de trabajo por el efecto de una norma que termina favoreciendo solamente a las empresas extranjeras que realizan su actividad online. Finalmente, tampoco se pide prohibir la venta online; sino que se garantice la igualdad de competencia y que no se cierren las unidades de negocio.

Desde esta perspectiva, el efecto de la norma será el de preservar la inversión, la seguridad jurídica, el ingreso y trabajo en una actividad regulada de forma ponderada y razonable; y todo ello, en un marco de igualdad para todos los que concurran al mercado, sin discriminación, y basándose en la productividad de sus empresas y sus trabajadores.

Finalmente, y no menos importante es relevante resaltar que la presente norma no irroga gasto al erario público. Más bien, esta norma al perfeccionar la anterior, permitirá generar mayor recaudación tributaria la cual redundará en el beneficio al Estado y familias peruanas.

VII. RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

El presente Proyecto de Ley se enmarca en las siguientes Políticas de Estado del Acuerdo Nacional:

III. Competitividad del País:
18. Búsqueda de la competitividad, productividad y formalización de la actividad económica:
(b) garantizará un marco legal que promueva la formalización y la competitividad de la actividad económica.

IV. Estado eficiente, Transparente y Descentralizado:
31. Sostenibilidad fiscal y reducción del peso de la deuda:
(a) asegurará la sostenibilidad fiscal
(b) producirá una reforma tributaria con un enfoque progresivo, teniendo como base el desarrollo económico y la formalización, que garantice el pleno respeto de los derechos constitucionales de los contribuyentes.

VIII. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA

La presente iniciativa legislativa se enmarca de manera directa dentro de la Agenda Legislativa del Periodo Anual de Sesiones 2022 – 2023, en particular con los temas siguientes de la política de Estado *18. Búsqueda de la competitividad, productividad y formalización de la actividad económica*:

67. Medidas para promover la formalización, potenciar la productividad y la competitividad de las mypes y la mediana empresa.
69. Medidas para promover la productividad, competitividad y el desarrollo económico.
72. Regulación de nuevas actividades económicas a través de plataformas tecnológicas.

Lima, noviembre de 2022