

P R A E C E P T U M

Nº 2



INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

PRAECEPTUM

N° 2

Abril, 2015.

FIGUEROA, Edwin. GRANADOS, Milagros. GÓMEZ, Hugo. HERNANDO, Eduardo. TIRADO, José Antonio.

PRAECEPTUM

Año 2 Número 2, INDECOPI, Lima, 2015.

Área: Ciencias Sociales

Formato: 13 x 20 cm.

Páginas: 144

PRAECEPTUM

Año 2 Número 2, abril 2015

Copyright © 2015 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Calle de la Prosa N° 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Sitio web: www.indecopi.gob.pe

Ortografía, sintaxis y edición: Sara Chávez Urbina.

Supervisión y revisión de la edición: Giovana Hurtado Magán.

1era. edición. Editado en marzo 2015.

Diseño, diagramación e impresión:

Tarea Asociación Gráfica Educativa. Pasaje María Auxiliadora N° 156-164 Breña, Lima.

Impreso en Lima, Perú. Abril 2015.

Tiraje: 300 ejemplares.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-05511
ISSN 2313-3511

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente, informando previa y expresamente al Indecopi y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.



Consejo Directivo

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga
Presidente

María Elena Juscamaita Arangüena
Consejera

Laura Berta Calderón Regio
Consejera

Malka Maya Albarracín
Consejera

Consejo Consultivo

Elena Conterno Martinelli
Richard Webb Duarte
Catalina Chepa Guzmán Melgar
José Ricardo Stok Capella

Gerente General

Juan Joel De la Cruz Toledo

Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán

ÍNDICE

Líneas de la Directora de la Escuela Nacional. **7**

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.
LÍMITES AL TRATO DIFERENCIADO.
Edwin Figueroa Gutarra **9**

TEORÍA GENERAL EN LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU
APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.
Hugo Gómez Apac y Milagros Granados Mandujano **31**

EL PRECEDENTE EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.
Eduardo Hernando Nieto **85**

EL DESESTIMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.
José Antonio Tirado Barrera **103**

Apreciado lector:

La Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, se complace en poner a su alcance el N° 2 de la Serie Praeceptum, contribuyendo al estudio, debate y reflexión sobre la práctica del ejercicio de las potestades, competencias y funciones de la Administración, con el fin de mejorar el accionar institucional.

Edwin Figueroa Gutarra, en el artículo “El principio de igualdad constitucional. Límites al trato diferenciado”, comenta sobre el principio de igualdad, desde la perspectiva de la defensa de los derechos del consumidor, y la necesidad de que no exista un trato discriminatorio negativo en el acceso a los servicios que el mercado ofrece; analizando un caso que operativamente describe el modo procedimental de aplicación del test de igualdad.

Por su lado, Hugo Gomez Apac y Milagros Granados Mandujano nos ofrecen en “Teoría general de las medidas cautelares y su aplicación en el derecho administrativo”, un desarrollo concienzudo del tema mostrando los aspectos claves de su ejercicio en el procedimiento administrativo.

7

Eduardo Hernando Nieto en “El precedente en sede administrativa y la argumentación jurídica”, nos ilustra sobre los nexos que existen entre los precedentes y la argumentación jurídica, con interesantes y reflexivas conclusiones.

Y, José Antonio Tirado Barrera en “El desistimiento en el procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor”, nos conduce hacia las consecuencias legales del desistimiento, determinando la función que debe cumplir el denunciante en el procedimiento administrativo sancionador.

Hasta el próximo número.

*Giovana Hurtado Magán
Directora de la Escuela Nacional*

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.
LÍMITES AL TRATO DIFERENCIADO**

Edwin Figueroa Gutarra

Doctor en Derecho. Juez Superior Titular. Profesor Asociado en la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Catedrático Área Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional 2011, 2010 y 2009. Becario en la Washington College of Law de la American University, 2009.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.

LÍMITES AL TRATO DIFERENCIADO

Edwin Figueroa Gutarra

RESUMEN

El presente estudio aborda el principio de igualdad, desde la perspectiva de la defensa de los derechos del consumidor, en la exigencia y necesidad de que no exista un trato discriminatorio negativo en su acceso a los servicios que el mercado ofrece. Bajo esa pauta, incidimos en los basamentos materiales del principio de igualdad así como en la necesidad de que la justicia administrativa, al evaluar una norma o regla eventualmente discriminatoria en perjuicio del consumidor, pueda desarrollar procedimentalmente el test de igualdad, valiosa herramienta interpretativa constitucional que determina si efectivamente una norma, regla o práctica puede afectar el principio de igualdad.

El análisis de esta herramienta procedimental es de mayor interés si observamos que la facultad de aplicación del control difuso ha sido objeto de exclusión, por parte de la jurisprudencia constitucional, respecto a los órganos colegiados de la Administración Pública, aspecto que conlleva a un escenario distinto: la justicia administrativa puede apelar a herramientas interpretativas constitucionales que fijan un férreo entorno de defensa de los derechos fundamentales.

En ese entorno, consideramos que la labor que le compete a la Administración en defensa de la Constitución, en aplicación del mandato que enuncia el artículo 38° de la Carta Magna, se ve fortalecida por la interpretación constitucional y para ello sumamos el análisis de un caso que operativamente describe el modo procedimental de aplicación del test de igualdad respecto a la defensa de los derechos del consumidor.

SUMILLA

I. Introducción. II. Una definición previa del principio de igualdad III. Justicia administrativa y principio de igualdad. IV. La proyección del test de igualdad. V. Una visión operativa del test de igualdad. VI. Conclusiones.

11

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo en materia de defensa de los derechos del consumidor asume un diseño normativo a cargo del legislador y de la propia Administración, y genera un conjunto de relaciones jurídicas entre particulares y Estado. En ese propósito, la figura del diseño de temas de protección al consumidor, fundamentalmente involucra un escenario de reglas que constituyen los criterios orientativos para definir, primariamente, si se presenta una afectación a los facultades de los ciudadanos en su requerimiento por un trato que no afecte sus derechos de consumidores como tales.

El perfil primigenio de las relaciones que caracterizan la función administrativa reguladora propia de muchos organismos del Estado, entre ellos el Indecopi, asume que la defensa de los derechos del consumidor, también conlleva a un trato no discriminatorio a los usuarios respecto de un determinado servicio. He aquí que podemos evaluar la constitucionalidad de una norma o regla determinada, desde el punto de vista de si afecta o no el derecho a la igualdad en el trato al consumidor, vedándose pues una regulación contraria al derecho fundamental a la igualdad.

En ese marco de interés, podemos asumir como **ámbito del derecho a la igualdad**, el trato que les corresponde a los usuarios a no ser discriminados negativamente en el uso de un servicio determinado.

De la misma forma, no puede ser soslayada la interrogante siguiente:



¿Pueden las relaciones normativas siempre definir las controversias propias que afecten el tratamiento de igualdad que demanden los ciudadanos en sus relaciones con entes y personas que dispensen un servicio?

Necesariamente la respuesta asume el perfil filosófico de que la norma no puede abarcarlo todo, y de allí se desprende la necesidad de que las decisiones de los estamentos administrativos y de los órganos jurisdiccionales, se vean fortalecidos, bajo un halo de necesidad, del reforzamiento de sus decisiones y fallos a través de cuanto la doctrina informa con énfasis en el tema del derecho

a la igualdad, así como por los basamentos reguladores de la interpretación constitucional a través de la jurisprudencia de los jueces de la Constitución.

La fuerza vinculante de esta influencia, tanto de la configuración dogmática del derecho a la igualdad así como su lectura a través de los fallos constitucionales, demanda pues esfuerzos considerables, más aún si las decisiones de los entes administrativos se ven influenciados, bajo ese efecto de impregnación de que gozan los derechos fundamentales, por los ámbitos materiales configuradores que acabamos de describir

Ésa es, a grandes rasgos, la preocupación de este estudio puntual acerca del principio de igualdad desde una perspectiva constitucional, así como por un conjunto de pautas a propósito de los límites al trato diferenciado, precisiones que presentaremos bajo el criterio de cuánto puede implementarse la justicia de los tribunales administrativos, más aún si se cumple una función de relevancia, como sucede en el caso de Indecopi, a propósito de la tarea que desarrolla en los temas de defensa de los derechos del consumidor.

13

II. UNA DEFINICIÓN PREVIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En su acepción más simple, el principio de igualdad considera tratar de igual modo a quienes son iguales, y justifica un trato desigual, razonablemente autorizado, para quienes son desiguales.

John Rawls nos plantea una definición filosófica del principio de igualdad y señala que:

“representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada¹ y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos.”

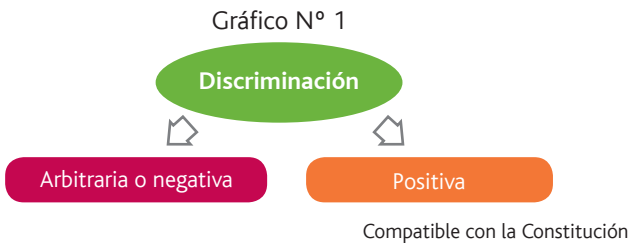
En esa definición advertimos ya una premisa relevante y es el concepto de Estado constitucional que la misma representa. Por

¹ Rawls, John. (1995). p. 80.

oposición al viejo Estado legislativo del siglo XIX, el Estado desde la Constitución presenta una percepción en la cual existe un efecto vinculante de la Carta Fundamental. No es ya una norma más, bajo un efecto estático de simple vigencia, sino existe un efecto de impregnación de la misma de la cual los estamentos administrativos y jurisdiccionales no se pueden sustraer.

Nuestra Constitución aborda una importante aproximación del principio- derecho a la igualdad² en la idea de excluir cualquier tipo de discriminación en sentido *prima facie* genérico. Hemos aquí de distinguir, luego, a cuál tipo de discriminación nos referimos, pues la arbitraria es propiamente la discriminación negativa,³ en tanto, la de orden positivo implica un efecto de diferenciación que es necesario anticipar, y no es incompatible con la Constitución.

14



Elaboración: ECP del Indecopi.

² Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho a:

2. *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.*

³ El examen del principio de igualdad nos conduce, necesariamente, a delimitar escenarios frente a normas o situaciones para determinar si estamos frente a una discriminación positiva o negativa. La primera validará los efectos de la conducta normativa o fáctica sometida a control, en tanto que la segunda significará una desaprobación. La discriminación propiamente dicha no resulta en propiedad un término peyorativo, en tanto podemos argüir efectivamente dos tipos de discriminación: una positiva y otra negativa. Esta última sí representa, como acotamos supra, una vinculación estrecha al concepto de arbitrariedad, dado que en esencia la discriminación negativa significa diferenciar irrazonablemente entre iguales, a pesar de que reúnen las mismas características respecto a una condición jurídica que es determinantemente similar entre dos personas. Existe arbitrariedad en una distinción cuando de iguales se trata, sin aportar mayor fundamento al respecto.

III. JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

Ciertamente la impartición de justicia administrativa se ha visto restringida a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04293-.2013-PA/TC,⁴ caso Consorcio Requena, a raíz de una decisión que varía el escenario de potencialidad de las decisiones de

⁴ El Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto a través de la STC 04293-2012-PA/TC la aplicación de la figura del control difuso por parte de los órganos colegiados de la Administración Pública con alcance nacional. Si bien es cierto que un estudio de "La Ley" ([vid http://laley.pe/not/1276/los_tribunales_administrativos_no_ejercieron_activamente_el_control_difuso/](http://laley.pe/not/1276/los_tribunales_administrativos_no_ejercieron_activamente_el_control_difuso/)) señala la escasa aplicación del control difuso administrativo en los últimos años desde el precedente vinculante STC 03741-2004-AA/TC, caso Salazar Yarlenque, a juicio nuestro, se desperdicia una oportunidad extraordinaria para afianzar el ejercicio de esta potestad histórica que la Corte Suprema de EE.UU. consagró en el caso Marbury vs Madison (1803), para efectos de la inaplicación de una norma contraria a la Constitución. Refiere la resolución en comentario:33. (...) c. (...) *permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138° y 201° de la Constitución, respectivamente. En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.* Bajo estos argumentos, prevé el decisorio de esta sentencia:

4. DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente por la forma o por el fondo.

Es importante acotar que el voto del magistrado Urviola Hani, Presidente del Tribunal, recoge una posición distinta, la cual compartimos precisamente porque coincidimos con la idea de que se deja de lado un concurso que pudo ser valioso e importante- el de los Órganos Colegiados de la Administración Pública con alcance nacional (los cuales no son en realidad numerosos)- en la calificación de situaciones que pudieran contravenir nuestra Carta Fundamental.

Señala el voto singular del magistrado Urviola:

17. (...)Estimo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

los Tribunales de la Administración Pública, al quitarles la potestad de aplicación del control difuso, como elemento regulador de la prevalencia del principio de supremacía constitucional frente a normas vulneratorias de los derechos fundamentales.

Sin embargo, observemos aquí un aspecto de suma importancia: si bien es cierto que es restada una valiosa herramienta de impartición de justicia a los administrados al quitar la sentencia comentada *supra* una facultad que siempre implicó un potencial elemento de control de reglas desde la Constitución, no es menos cierto que esa tarea de defensa de los derechos fundamentales haya quedado severamente restringida si contextualizamos otro medio de defensa, ya sin sujeción al control de consulta⁵ de los tribunales⁶:

Nos referimos a la aplicación del **principio de proporcionalidad**, o en su expresión más tangible de defensa del principio de igualdad, al propiamente dicho test de igualdad, el cual representa una herramienta de control constitucional que los tribunales administrativos están facultados a aplicar, en una dimensión horizontal de defensa de los valores, principios y directrices que enuncia la Carta Fundamental.

16

La tarea a la que aludimos no es de menor importancia, los tribunales administrativos están facultados a manejar formalmente las herramientas que el ordenamiento jurídico positivo les provee.

⁵ Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. (...)

⁶ En principio, jurisdiccionales y por extensión, así pudo haber sido, a los administrativos, de haber prevalecido el voto en minoría del Magistrado Urviola Hani en la STC 04293-2012-PA/TC, arriba citada.

Nos referimos en este estudio, en adición a lo expresado y desde una perspectiva más material, a la necesidad de que la defensa de una de las expresiones de protección de los derechos del consumidor, cual es el tratamiento a los consumidores en condiciones de igualdad, observe, de igual modo y en la visión de la propia justicia administrativa, una defensa rigurosa de la Carta Fundamental desde los ámbitos del principio de proporcionalidad, calificado para efecto de este análisis, en su vertiente del **test de igualdad**, en referencia a este deber que enuncia el artículo 38⁷ de nuestra Carta Fundamental de 1993, respecto a que todos estamos obligados a respetar y hacer respetar la Constitución.

Por lo tanto, si un tribunal administrativo debe evaluar el ámbito de una norma que afecta las bases mismas del derecho de los consumidores a la igualdad en el trato, en tanto un consumidor es tratado de modo discriminatorio, pues es propio que dicho tribunal considere la aplicación del denominado test de igualdad, el cual no representa una metodología enteramente abstracta o subsumida en un plano solamente ideal, sino que se convierte en:

Una herramienta procedimental de la mayor relevancia para determinar si el tratamiento asignado por una norma, al determinar un tratamiento distinto, afecta o no el contenido constitucionalmente protegido del principio-derecho a la igualdad.

17

La aseveración que antecede, es aún de mayor interés si identificamos las potencialidades de un control que ya se perdió -el control difuso- por parte de los tribunales administrativos, y discernimos ello ante otro control potencialmente importante -la aplicación del test de igualdad- el cual presenta incluso ventajas de suyo comparativamente más importantes.⁸

⁷ Constitución Política de 1993. Artículo 38

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

⁸ Advertimos que el control difuso exige para los jueces del Estado la necesaria suspensión del proceso judicial respectivo para elevar el proceso en consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual podía aprobar o desaprobar

He aquí entonces la utilidad procedimental de este estudio, al referirnos a que en el ámbito de defensa del derecho del consumidor, los tribunales administrativos están habilitados, también, para la preservación de los derechos fundamentales a través del acotado de igualdad, herramienta que no es solo de índole jurisdiccional sino pluridimensional; en cuanto la premisa haberleana⁹ de una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución es muy cierta. Todos los ciudadanos estamos facultados a interpretar la Constitución y a esa tarea, de un modo calificado, se deben sumar los tribunales administrativos en la defensa de los derechos del administrado.

IV. LA PROYECCIÓN DEL TEST DE IGUALDAD

Delimitados los conceptos anteriores, conviene formulemos dos interrogantes de relevancia a propósito de la defensa de los derechos del consumidor, en su vertiente de un exigible trato igualitario a los consumidores:

18



¿En qué modo determinamos, con suficiencia, cuándo estamos frente a circunstancias contrarias al principio de igualdad? O en otros términos, ¿cuándo existe trasgresión constitucional ostensible respecto al derecho a la igualdad?

La interpretación del Tribunal Constitucional ha fijado el marco material del denominado test de igualdad.¹⁰

La utilidad de esta herramienta consiste en la identificación de un análisis de orden procedimental cuya tarea fundamental es determinar si ha habido o no afectación del principio de igualdad.

la consulta. Si bien esto no se preveía para los tribunales administrativos, apreciamos que la figura del principio de proporcionalidad conlleva una aplicación inmediata de la decisión. Entonces, los efectos son distintos en términos de temporalidad. Con este raciocinio, se pierde mucho menos en la justicia administrativa por la declarada inviabilidad de aplicación del control difuso. En términos de rigurosidad, la pérdida acotada por la STC 4293-2013-PA/TC, es mucho menor.

⁹ Haberle, Peter. (1999).

¹⁰ STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA. F.J. 33-41

Los pasos que comprende el test de igualdad son:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente;
- b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad;
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin);
- d) Examen de idoneidad;
- e) Examen de necesidad; y
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.



Prieto Sanchís¹¹ le confiere una nota valorativa al examen de igualdad y señala: *“los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades y desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”*.

Tratamiento legislativo diferente

Si una regla determinada introduce un trato diferenciado entre determinados destinatarios, debe justificarse un fin de prohibición de discriminación, es decir, la norma no puede asumir un criterio discriminatorio. La regla en examen debe gozar de una justificación congruente si procede a diferenciar con razonabilidad. Ausente esa congruencia, el tratamiento diferenciado no es compatible con la Constitución.

19

La intensidad de la intervención en la igualdad

Debemos aseverar que la intervención puede asumir 3 intensidades: grave, media o leve. La intensidad de la intervención constituye una variable¹² a ser utilizada en el sub examen de necesidad, más su inclusión como paso previo reside en la

¹¹ Prieto Sanchis, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. / 22 (setiembre- diciembre 1995) /p. 24.

¹² STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA. F.J. 6

El fin del tratamiento diferenciado

necesidad de analizar si la discriminación se sustenta en algunos de los motivos proscritos por el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, o bien si resulta fuera de ellos, y además, si se produce el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental, de un derecho meramente legal o de un interés legítimo.

Es en relación a la conjunción o separación de estos factores que ha de determinarse el grado de intervención y por supuesto, a mayor intensidad de la intervención, mayor necesidad de esclarecer si existe un fin legítimo de justificación. Ausente tal fin, hay afectación ostensible de un derecho fundamental.

Debe comprender un objetivo y un fin. Reseña el Tribunal que la finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.¹³ ¿Qué quiere ello decir? En la jurisprudencia constitucional, el caso PROFA nos sirve para delimitar mejor estos conceptos, y brinda una respuesta que nos ayuda a graficar¹⁴ este supuesto abstracto: el objetivo específico del legislador era la existencia de una judicatura con buena formación y de

¹³ STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA.

7. (...) *El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo.*

¹⁴ STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA.

23. (...) *tendríamos que el objetivo sería la conformación de un estado de cosas: la instauración de una judicatura con formación adecuada y especializada; la finalidad estaría constituida por la idoneidad judicial en cuanto fin constitucional a cuya prosecución se justifica el estado de cosas pretendido en el objetivo del trato diferenciado.*

ahí la exigibilidad del curso PROFA, en tanto que el fin era la idoneidad de los jueces. Carentes de razones constitucionales, los fines de la norma bajo los supuestos de una pretendida diferenciación por condiciones, la demanda finalmente es declarada fundada, permitiéndose en adelante a los abogados postular sin el curso PROFA, requisito que antes era demandado para cualquier postulación a la judicatura y exigencia onerosa frente a la cual, los abogados optan por demandar en proceso de Inconstitucionalidad.

Los sub exámenes de *idoneidad*¹⁵ y *necesidad*¹⁶ comprenden relaciones medio-fin y medio-medio, respectivamente, y se caracterizan por cuanto implican los pasos previos al escenario de comparación final entre dos derechos fundamentales, uno de los cuales involucra el derecho a la igualdad.



En el caso del sub examen de idoneidad es exigible que haya un fin de relevancia o un fin constitucional en la intervención. Si se justifica la idoneidad, la norma o situación sometida a control, no *cae*; *contrariu sensu*, no acreditándose una norma o conducta que también

21

¹⁵ STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA.

8. (...) *La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. (...) Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.*

¹⁶ STC 045-2004-AI/TC. Caso PROFA.

9. (...) *bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis (...) de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.*

Examen de necesidad

podamos denominar adecuada, la norma sometida a control será inconstitucional o la conducta o situación a evaluar será incompatible con el derecho fundamental a la igualdad.

En otro ámbito, respecto al examen de necesidad, se desprende la exigibilidad de que una medida o situación menos gravosa, logre el mismo resultado que la norma sometida a control. Diríamos que implica una exigencia a la imaginación del intérprete en tanto si acreditamos un medio menos gravoso que llegue a satisfacer, de forma menos onerosa, la solución de la norma o conducta discriminatoria, pues la norma o situación sometida a control ha de *caer* en su formulación y por lo tanto, será declarada fundada la pretensión. En síntesis, el examen de necesidad demanda la exigencia de una solución no tan onerosa como la implementada por la norma o situación respectiva.

La proporcionalidad

La *proporcionalidad* -señala el Tribunal- proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. En este sub examen es determinante la ponderación entre dos derechos fundamentales concernidos, a propósito del examen del principio de igualdad.

Es pertinente esbozar que este último examen es el de mayor relevancia pues alude a un verdadero escenario de contrastación entre dos derechos fundamentales y bajo los supuestos de la escala triádica de Robert Alexy,¹⁷ ha de involucrar un mayor nivel de satisfacción del derecho fundamental que prevalece y un menor nivel de afectación del derecho que a su vez es desplazado.

En nuestra jurisprudencia constitucional, el test de igualdad ha tenido una formulación procedimental, a partir del referido caso PROFA, en los seis pasos descritos.

Podemos considerar, con suficiencia, que si el juez constitucional o quien haga interpretación del principio de igualdad se sujeta a estos estándares secuencialmente, pues cumple con la realización de un examen completo del test de igualdad.

Sin perjuicio de ello, siendo flexible la interpretación constitucional, es decir, siendo viable la adecuación de la dogmática constitucional a los fines de los procesos constitucionales, sean ellos relativos a los procesos constitucionales de la libertad¹⁸ o de control normativo,¹⁹ es necesario considerar, en ese razonamiento, que el Tribunal Constitucional, también ha desarrollado la aplicación del test de igualdad como un test de razonabilidad.²⁰

23

La experiencia a este respecto ha sido admitida en el Derecho Comparado bajo la misma forma de test. La Corte Constitucional

¹⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 395 y sgtes. Trad. de E. Garzón. CEC Madrid. 1993. p. 435 y ss. En Prieto Sanchis, Luis. p. 26.

¹⁸ Habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento.

¹⁹ Inconstitucionalidad y competencial.

²⁰ STC 2835-2010-PA/TC. Caso Empresa Pesquera San Fermín S.A.

42. (...) *a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos al que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.*

- a) *De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación: (...)*
- b) *De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido (...)*
- c) *De la necesidad del medio empleado (...)*

de Colombia, en su fallo C-022 de 1996, considera el test de razonabilidad en tres pasos:



1. El análisis del fin buscado por la medida;
2. El análisis del medio empleado y
3. El análisis de la relación entre el medio y el fin.²¹

En propiedad, el test de razonabilidad ha comprendido menos pasos -tres en total- más la esencia es la misma: se trata de establecer un patrón de comparación entre normas o situaciones que a su vez sean sometidas a control constitucional bajo ciertos estándares que representan la concretización de la observancia del contenido constitucionalmente protegido del principio de igualdad.

En nuestra opinión, la opción por la aplicación del examen integral de los seis pasos que comprenden el test de igualdad, a partir de la nomenclatura fijada por la STC 045-2004-AI/TC caso PROFA, resulta una contribución mucho más completa. Los lineamientos centrales de esta decisión en materia del principio de igualdad, se han constituido en punto de partida para la delimitación de esa acción positiva del Estado, de sus jueces constitucionales y de sus otros intérpretes, para calificar positivamente los ámbitos materiales del derecho a la igualdad y que ellos se traduzcan, de la misma forma, en el enriquecimiento de estándares relativos al respeto al núcleo duro del derecho fundamental a la igualdad.

24

²¹ Bernal Pulido, Carlos. *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. p. 58. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>.

V. UNA VISIÓN OPERATIVA DEL TEST DE IGUALDAD

Delimitados los criterios anteriores, necesarios para la fijación de una visión dogmática del test de igualdad y su relación con un ámbito de suyo importante como lo es la protección de los derechos del consumidor, conviene relacionemos los fundamentos materiales de este test con un caso que pueda calificar como susceptible de aplicación del test de igualdad, esto es, una práctica que pueda afectar el derecho del consumidor de un modo considerablemente grave.

Por ejemplo:

Veamos el caso de una institución privada, propiamente un club²², que hubiere implementado regulaciones propias respecto de los beneficios de sus socios en el ingreso a las instalaciones del club. Una regla implementada por la Administración del club bien podría haber señalado que los hijos de un socio puedan ingresar identificados como tales y sin mayor restricción que su identificación base. En cambio, respecto de los hijastros de los socios, o hijos políticos de los mismos, o en propiedad hijos del cónyuge habidos en un matrimonio anterior, bien podría establecer que no siendo aquellos hijos biológicos o naturales del socio, necesiten una autorización especial del club para el ingreso, debiendo identificar la cédula de ingreso esta condición.

25

Una regla configurada de la manera como la hemos presentado, tendría la apariencia de discriminatoria. Sin embargo, para que delimitación como tal pueda resultar en la inferencia de una práctica discriminatoria negativa, sería necesario aplicar el test de igualdad.

El club en su defensa bien podría invocar el argumento de la libertad de configuración de sus Estatutos y ello constituiría un aserto relevante a tener en cuenta. Efectivamente, las entidades representativas de los intereses de sus agremiados gozan, en general,

²² Este caso se basa en la STC 09332-2006-AA/TC, caso Reynaldo Scholz, a propósito de las restricciones fijadas por el Centro Naval del Perú para el ingreso de socios al club.

de la configuración de sus propios Estatutos y como tales, los lineamientos deben ser respetados *prima facie*.



Sin embargo, aquí corresponde una interrogante de valor: si esa norma regulativa interna deviene incompatible con la Constitución, entonces se impone un efecto de inaplicación y ello no es un tema de menor soslayo, sino de propia relevancia.

Veamos, de modo tentativo, cómo operaría en este caso el test de igualdad.

PASO 1

En cuanto concierne a determinar el *tratamiento legislativo diferente*, como primer aspecto del test de igualdad, consideramos que la norma sometida a examen, no justifica un fin de prohibición de discriminación si esta norma es contrastada con el artículo 2º inciso 2 de la Constitución, el cual señala el derecho a la igualdad ante la ley, el cual explaya que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

26

De un examen preliminar de la norma en cuestión, no fundamenta la regla una exposición de motivos o algo similar en vías de justificación de la posición que asume, y tampoco fluye de su propio articulado sistemático, que se aluda a una prohibición de discriminación, o por qué habría de excluirse un necesario tratamiento igualitario respecto de los hijastros. Observemos que si se produce un tratamiento diferente considerable, como en el caso en mención, entonces sí es necesario que el club argumente la razón del tratamiento diferente.

PASO 2

En cuanto al segundo paso, respecto a la *intensidad de la intervención* en la igualdad, consideramos que la intervención de la norma sometida a examen en el derecho a la igualdad es grave, por cuanto implica un tratamiento innecesariamente diferente a los hijastros frente a los hijos. Entonces, si la intensidad de la intervención es alta, debía secuencialmente justificarse una mayor necesidad de

esclarecer si existe un fin legítimo, en propiedad y rigurosamente, de justificación. Ausente tal fin, hay afectación sustantiva al derecho fundamental a la igualdad y por ende, a no ser tratados de modo discriminatorio negativo.

Reiteramos que la norma en examen no precisa mayor fundamento en relación a un fin legítimo de justificación y si bien operaría respecto a la misma una presunción de legalidad *prima facie*, al haber sido expedida por un órgano regular, no sucede lo mismo al ser sometida esta norma a control de constitucionalidad, pues en esta vertiente de examen, es categórica nuestra afirmación en relación a que no existe justificación de fin legítimo. Si un hijastro no es admitido en el club a excepción de un permiso especial, sería razonable por parte del club justificar que hay propiamente una categoría de legitimidad en el tratamiento distinto a quienes son hijastros, o que existe un fin que no contradice derechos fundamentales en relación a la norma en estudio, y observamos con rigurosidad que no hay ni lo uno ni lo otro.

PASO 3

En relación a la determinación de la *finalidad del tratamiento diferente* (objetivo y fin), consideramos que el objetivo específico del club sería la existencia de un club exigente en sus reglas de admisión, en tanto que un fin proyectado habría de ser un escenario de atención óptima a sus socios. Observamos, sin embargo, que precisamente la jurisprudencia constitucional en general apunta a un tratamiento igualitario y con la norma regulatoria impuesta en perjuicio de los hijastros, ni se logra ni el objetivo ni el fin acotado.

PASO 4

Sometida la norma al sub examen de *idoneidad*, en cuanto a la exigencia de que haya un fin de relevancia constitucional o un fin constitucional en la intervención, consideramos *prima facie* que sí se justifica la idoneidad de la norma sometida a control. La potestad reguladora de una entidad en su vida asociativa es un tema que incumbe a toda la comunidad jurídica y por ende, hay una potestad de configuración de regulaciones de que goza el club.

PASO 5

Pasando al sub examen de *necesidad*, la norma bajo control consideraría que para alcanzar el fin de relevancia constitucional determinado, un tratamiento diferenciado entre hijos e hijastros, simplemente es necesario. Las diferencias de consecuencias son considerables: el tratamiento restrictivo a los hijastros, es una consecuencia más gravosa, pues lesiona el principio de igualdad. A su vez, hay medios menos gravosos en el tratamiento diferenciado: un respeto irrestricto del principio de igualdad, el cual no conlleva a restricciones de ningún orden respecto de los consumidores. En este aspecto, los derechos fundamentales son mucho más enfáticos en tanto se prohíbe en nuestro ordenamiento constitucional la arbitrariedad en el trato, de tal modo que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un basamento valor del Estado constitucional.

PASO 6

28

Finalmente, en el sub examen de *proporcionalidad* en sentido estricto entre dos derechos fundamentales concernidos, a propósito del examen de este test de igualdad, advertimos dos principios en colisión: los hijastros reclaman el derecho a ser admitidos en condiciones de igualdad al club. De otro lado, el club invoca una potestad reguladora en defensa de sus atribuciones.

Nos encontramos aquí ante un escenario de contrastación entre dos derechos fundamentales y de conformidad con la escala triádica de Alexy y la ley de ponderación, asignamos un valor medio de afectación a la potestad reguladora del club en tanto existe un alto nivel de satisfacción del principio de igualdad. Fundamos esta aseveración en que no observamos una justificación ni racional ni razonable por parte del club respecto a un tratamiento diferente a los hijastros.

En consecuencia, la norma en examen deviene en no compatible con la Constitución y es pertinente declarar su inaplicación respecto al caso concreto, en tanto los resultados de este test de igualdad evidencian que la regla en examen resulta violatoria en grado ostensible del principio de igualdad.

VI. CONCLUSIONES

Es importante inferir, a partir de lo expresado, que:

La defensa del principio de igualdad constituye un imperativo no solo para los órganos jurisdiccionales, sino también para la justicia administrativa propiamente dicha.

Esa materialización de defensa tiene lugar, en modo adicional a las competencias normativas regulares de la justicia de la Administración, a través del denominado test de igualdad, el mismo que presenta un importante desarrollo en la jurisprudencia constitucional.

Es a partir del efecto *erga omnes* de los criterios *ratio decidendi* vertidos en un proceso de inconstitucionalidad, como ocurre del caso PROFA arriba descrito, que resulta exigible para la justicia administrativa adecuar su ejercicio en defensa de los administrados, cuando haya lugar a ello, bajo ese efecto de irradiación e impregnación de los derechos fundamentales, entre ellos, el de la defensa de los derechos del consumidor en su vertiente del principio de igualdad, expresión que en este estudio ha recibido la indistinta denominación de principio o derecho.

29

La conclusión más relevante, entonces, es la reafirmación de una valiosa herramienta procedimental al alcance de la propia Administración. No reviste esta herramienta sino un enfoque orientado a proveer de criterios procedimentales ordenados respecto del examen de una conducta acusada eventualmente de discriminatoria. Más aún, el imperativo del artículo 38° de la Constitución, configurado como un deber fundamental, exige de la Administración una conducta activa en la defensa férrea, idónea y razonable de los derechos fundamentales.

El test de igualdad se convierte, en consecuencia, en una herramienta de campo que no constituye un plano de abstracción de defensa de los derechos fundamentales, sino un elemento coadyuvante tangible para el reconocimiento de las funciones de defensa de la Constitución que incumben a la Administración.

De igual forma, existen límites materiales tangibles en el trato diferenciado en la medida que existen límites franqueados por la propia Constitución, constituyendo ello un deber del cual la Administración no se puede sustraer.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Pulido, Carlos. *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>
- Haberle, Peter. (1999). *Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional*. Conferencia pronunciada por Peter Häberle en la Universidad de Granada, España.
- Prieto Sanchis, Luis. (1995). *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 22 (setiembre-diciembre 1995).
- Rawls, John. (1995). *Teoría de la Justicia* (Traducción de MD. Gonzáles).

TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Hugo Gómez Apac

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Universidad ESAN, y de Organización del Estado y Derecho Público Administrativo en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico. Es Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), y Segundo Magistrado Suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Milagros Granados Mandujano

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Coordinadora General (e) de Proyectos Normativos e Investigación Jurídica en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Hugo Gómez Apac
Milagros Granados Mandujano*

RESUMEN

El presente artículo analiza los alcances de la institución de la medida cautelar en sede administrativa. En este sentido, explica su finalidad, características y presupuestos; menciona el procedimiento que debe emplearse para su emisión; y desarrolla las garantías previstas para los administrados en el marco de dicho procedimiento.

SUMILLA

I. Introducción II. Las medidas cautelares y su finalidad III. Características IV. Presupuestos V. Tipicidad de las medidas cautelares VI. Procedimiento VII. Garantías para los administrados VIII. Particularidades de las medidas cautelares dictadas en los diversos tipos de procedimiento administrativo IX. Conclusiones.

33

I. INTRODUCCIÓN

Según el Tribunal Constitucional, no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, si una vez resuelto un caso por la autoridad competente, la decisión adoptada por esta resultara de imposible cumplimiento. De ahí la trascendencia que tiene la tutela cautelar, instrumento procesal que permite asegurar de forma provisional los efectos de la resolución final y neutralizar los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso correspondiente.²³

* Los autores agradecen a Andrea Lostaunau Barbieri y Hernán Arana Ñique, por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente documento.

²³ Cf. Tribunal Constitucional peruano, Sentencia del 27 de octubre del 2006, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 49.

Mediante la tutela cautelar se busca asegurar la eficacia de la decisión final emitida en un proceso. El Tribunal Constitucional sostiene que esta garantía no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución Política del Perú. No obstante, constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el Numeral 3 del Artículo 139° de nuestra Carta Magna. Dicha garantía no solo se aplica en los procesos jurisdiccionales, sino que se extiende a los procedimientos administrativos.

Gráfico N° 2

Sede judicial

El otorgamiento de una medida cautelar se fundamenta en el derecho que tiene toda persona de obtener una tutela jurisdiccional efectiva, lo que implica la protección de intereses privados.

Sede administrativa

La medida cautelar tutela el interés público que debe ser salvaguardado por la autoridad administrativa. Es más, en algunos casos, además del interés público, en sede administrativa también se protegen intereses privados (*v. gr.* casos de protección al consumidor, represión de la competencia desleal, entre otros).

34

Elaboración: ECP del Indecopi.

En este contexto, el presente artículo se orienta a desarrollar los alcances de las medidas cautelares en sede administrativa, destacando sus peculiaridades y su trascendencia para lograr una protección oportuna de los intereses públicos y privados involucrados.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU FINALIDAD

Todo procedimiento administrativo, de evaluación previa, supone necesariamente el transcurso de un tiempo para resolver el asunto sometido a consideración de la autoridad administrativa. Tal duración puede determinar que, en realidad, los acontecimientos

diarios produzcan modificaciones que bien podrían convertir en ilusoria la eficacia de la resolución final cuando esta se emita.²⁴ Ello no solo puede perjudicar el interés público que se pretende proteger, sino también la tutela directa de los derechos o intereses del administrado interesado en la resolución final.²⁵ En este escenario surgen las medidas cautelares como mecanismos de protección y garantía del resultado del procedimiento. Estas medidas se dictan con la finalidad de evitar que el interés público no pueda ser protegido al expedirse la resolución final.²⁶ Como señala el Artículo 236° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), la medida cautelar es el acto administrativo destinado a asegurar la eficacia de la resolución final.

La doctrina sostiene que las medidas cautelares son instrumentos jurídicos que tienen por finalidad asegurar la ejecución o el cumplimiento de la resolución que se emita en un momento posterior como resultado de un procedimiento administrativo. En determinadas circunstancias, las medidas cautelares se emplean para evitar que se configure un daño irreparable como resultado de la demora en la tramitación del procedimiento administrativo.²⁷

35

En el procedimiento administrativo, la medida cautelar está dirigida a asegurar la eficacia de la acción administrativa en dos dimensiones:

- 1 La eficacia de la ejecución de la decisión final a emitirse (peligro abstracto por el transcurso del tiempo).

²⁴ Cf. Monroy Gálvez, Juan (2001). *La actuación de la sentencia impugnada*. Lima: Themis, número 43, p. 28.

²⁵ Según el Artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el procedimiento administrativo busca la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y se realiza con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

²⁶ Cf. Quiroga León, Aníbal (2011). La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código procesal Civil. En Córdova Schaefer, Jesús, *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, p. 196.

²⁷ Cf. Guzmán Napurí, Christian (2011). *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, p. 618.

- 2 La eficacia en el logro del interés público confiado a las entidades públicas, evitando el mantenimiento de los efectos de la conducta antijurídica.²⁸

Con el dictado de la medida cautelar se busca impedir que el transcurso del tiempo convierta en ilusoria la realización del mandato contenido en la resolución final.²⁹

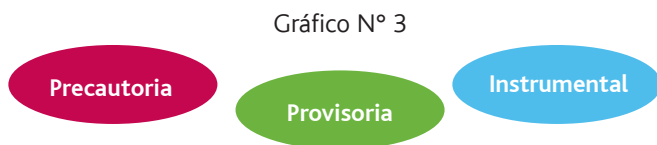
Así, la medida cautelar se presenta como el instrumento que asegura que el procedimiento concluya con una solución que pueda ser concretada no solo en el plano jurídico, sino también en el fáctico.³⁰ De esta manera, con dicha medida, se logra contrarrestar los riesgos que para la eficacia de la resolución supone el transcurso del tiempo.

Finalmente, la medida cautelar constituye una de las bases institucionales del Estado Constitucional de Derecho al estar vinculada estrechamente con el principio de efectividad del ordenamiento jurídico. Con esta medida se garantiza el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como el cumplimiento y realización de los valores garantizados por estas.³¹

36

III. CARACTERÍSTICAS

Atendiendo a su finalidad, toda medida cautelar en sede administrativa se caracteriza por ser:



Elaboración: ECP del Indecopi.

²⁸ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Décima edición, Lima: Gaceta Jurídica, p. 808.

²⁹ Cf. Priori Posada, Giovanni F. (2006). *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*, Lima: ARA Editores, p. 35.

³⁰ Cf. Monroy Palacios, Juan José (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima: Comunidad, p. 125.

³¹ Cf. Priori Posada, Giovanni (2005). "El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites". *Ius et veritas*, Lima, Año XV, número 30, p. 185.

A continuación se desarrolla cada una de estas características:

a) Precautoria

La medida cautelar se caracteriza por ser precautoria debido a que pretende mantener la situación de hecho existente o modificarla³² con el fin de evitar un daño. Con esta medida se procura, como se ha dicho, velar por la eficacia de la resolución administrativa a emitirse y la posibilidad de que sea ejecutada.³³

En virtud a esta característica, las medidas cautelares permiten asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o garantizar la seguridad de las personas o la satisfacción de sus necesidades urgentes. Esto como un anticipo de lo que puede establecerse en la resolución final del procedimiento.³⁴

En sede administrativa, la preservación del interés general exige, en determinadas ocasiones, el empleo de este tipo de medidas para evitar la generación de daños irreparables³⁵; claro está garantizando los derechos de los administrados afectados con el dictado de esta medida.

37

³² Para ilustrar el carácter precautorio de las medidas cautelares, puede tenerse en cuenta el Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 25 de junio del 2008, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 23.- *Medidas cautelares.* -

(...)

23.2. *La Comisión podrá adoptar la medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.*

(...)"

(Negrilla agregada)

³³ Cf. Guzmán Napurí, Christian (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*, Lima: Instituto Pacífico, p. 513.

³⁴ Cf. Podetti, Ramiro (1955). *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires: Ediar, p. 33.

³⁵ Cf. Monroy Palacios, Juan José, Op. cit., p. 135.

b) Instrumental

Debido a su carácter instrumental, la medida cautelar está orientada a asegurar la eficacia de lo decidido en la resolución final del procedimiento administrativo. Por ello, Calamandrei sostiene que son el instrumento del instrumento.³⁶

Una manifestación de la instrumentalidad de la medida cautelar es el nexo estructural que existe entre esta y el procedimiento de fondo.³⁷

Las medidas cautelares no se dictan de forma autónoma, sino en el marco de un procedimiento, pues están destinadas a garantizar la eficacia de la decisión que se adopte en él. Al respecto, los Artículos 146° y 226° de la LPAG disponen que procede el dictado de una medida cautelar una vez que se inicie el procedimiento administrativo.

38 Mediante ley especial se puede establecer que las medidas cautelares se dicten incluso antes del inicio del procedimiento administrativo, pero bajo la condición de que este se inicie en un periodo de tiempo determinado.³⁸ La posibilidad de dictar una medida cautelar antes del inicio de un procedimiento administrativo no niega su carácter instrumental, pues sigue estando al servicio del procedimiento que

³⁶ Cf. Tribunal Constitucional peruano, Sentencia del 27 de octubre del 2006, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 38.

³⁷ Cf. Caponi, Remo (2006). "La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares", *Ius et veritas*, Lima, Año XVI, número 32, p. 229.

³⁸ A modo de ejemplo, puede verse el Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 23.- Medidas cautelares.-

23.1. **Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.**

(...)"

(Negrilla agregada)

deberá iniciarse dentro de un plazo perentorio, transcurrido el cual quedará sin efecto.³⁹ En consecuencia, debido a la instrumentalidad de las medidas cautelares, estas son dictadas únicamente para satisfacer la necesidad de asegurar la eficacia de la decisión final que se adopte dentro del procedimiento administrativo.

c) Provisoria

La cualidad de provisorio de las medidas cautelares significa que sus efectos jurídicos no solo tienen duración temporal, sino que, además, están sujetas a la duración del procedimiento de fondo. Las medidas no pueden extenderse más allá del procedimiento porque son el instrumento del instrumento.⁴⁰

La provisionalidad es consecuencia del carácter instrumental de la medida cautelar.⁴¹ Además, la naturaleza provisorio implica que la medida cautelar puede levantarse o modificarse en cualquier momento, durante la tramitación del procedimiento, incluso sin que medie la voluntad del administrado beneficiado o afectado con la medida.⁴²

39

IV. PRESUPUESTOS

Las medidas cautelares se dictan si se verifica que existe una apariencia de fundamento de la pretensión, peligro en la demora por la tramitación del procedimiento y si estas resultan adecuadas para contrarrestar dicho peligro.

³⁹ Cf. Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy (2010). "Medidas cautelares en el procedimiento administrativo peruano: Una mirada crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debiera hacerse al respecto", *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, Año 5, número 9, p. 180.

⁴⁰ Cf. Calamandrei, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, pp. 36 y 45.

⁴¹ Cf. Priori Posada, Giovanni F. (2006). Op. cit., p. 106.

⁴² Cf. Guzmán Napurí, Christian (2013). Op. cit., p. 513.

Gráfico N° 4



Elaboración: ECP del Indecopi.

A continuación, se explica cada uno de estos presupuestos.

a) Apariencia de fundamento de la pretensión (verosimilitud)

En sede administrativa, el requisito de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) es sustituido por la apariencia de fundamento de la pretensión (la petición administrativa). Dicha apariencia hace referencia a la valoración realizada por la autoridad administrativa de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la solicitud de la medida cautelar, dotándola de una apariencia probable de legitimidad.⁴³

En este sentido, el Artículo 146° de la LPAG señala que:

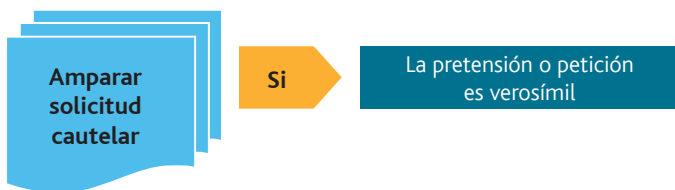
*"iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con **elementos de juicio suficientes** puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares"* que considere necesarias.

Para la configuración de este presupuesto, solo se exige que la autoridad competente realice un juicio de verosimilitud, pero no de certeza, pues este último recién será exigible al momento de emitir la resolución final. Debe tenerse en cuenta que por tratarse de una medida solicitada durante el transcurso del procedimiento resulta imposible que la autoridad competente pueda tener certeza del sentido de la resolución final. La propia estructura de la medida cautelar —que busca con urgencia acabar con la situación

⁴³ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos, Op. cit., p. 481.

de peligro— impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión analizada en el procedimiento.⁴⁴

En caso de que la medida cautelar sea solicitada por una de las partes, ella deberá demostrar que la pretensión analizada en el procedimiento tiene una posibilidad razonable de ser estimada por la autoridad decisora.⁴⁵ Esto se logrará presentando elementos suficientes que persuadan sobre la (apariencia de) veracidad de la pretensión discutida en el procedimiento.⁴⁶ Algo es verosímil cuando es altamente probable que sea cierto. Por tanto, para amparar una solicitud cautelar, la autoridad administrativa debe apreciar si existe una probabilidad bastante alta de que la petición del administrado será amparada en la resolución final; esto es, que es verosímil su pretensión (o petición).



41

En este sentido, el Artículo 179° de la Ley sobre el Derecho de Autor, aprobada por Decreto Legislativo N° 822, señala que quien solicita una medida cautelar debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considere suficientes para determinar, entre otros:

- 1 Que el derecho del solicitante está siendo infringido, o que la infracción es inminente.
- 2 Que la demora en la expedición de esas medidas podría causar un daño irreparable, o un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas.

⁴⁴ Cf. Monroy Palacios, Juan José, Op. cit., p. 170.

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Cf. Peláez Bardales, Mariano (2010). *El proceso cautelar*. Tercera edición, Lima: Grijley, p. 14.

El Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante⁴⁷ que, en materia de protección de derechos de autor, la autoridad administrativa tiene que dictar las medidas cautelares observando una serie de parámetros mínimos que constituyen una garantía para las personas afectadas. Las medidas que se conceden a pedido de parte deben estar sustentadas con un mínimo de elementos probatorios en la forma en que expresamente lo indica el Artículo 179° de la Ley sobre el Derecho de Autor. La exigibilidad de dichas pruebas elementales no es un asunto opcional o facultativo, sino plenamente obligatorio.

De lo expuesto se concluye que:

la "aparición sobre el fundamento de la pretensión"

Se obtiene cuando se cuenta con elementos de juicio suficientes que generen verosimilitud en la autoridad competente sobre la probabilidad de que la pretensión (petición administrativa) sea amparada. Y como se ha mencionado, la verosimilitud significa que es bastante probable que se ampare la petición administrativa. Este requisito es indispensable para pasar a analizar el peligro en la demora, pues sin pretensión aparentemente fundada, no existe peligro de que la decisión final sea inejecutable.

42

b) Peligro en la demora

El tiempo que toma el procedimiento se convierte en la mayor amenaza a su eficacia. La noción de peligro en la demora (*periculum in mora*) parte de esa constatación, y constituye no solo un presupuesto cuya presencia es necesaria para dictar una medida cautelar, sino también la justificación de su propia existencia.⁴⁸

El peligro en la demora se refiere al daño que se produciría o agravaría como consecuencia del transcurso del tiempo si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de eficacia a la resolución

⁴⁷ Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 29 de agosto del 2006, recaída en el Expediente N° 3075-2006-PA/TC, fundamento jurídico 5 (precedente vinculante).

⁴⁸ Cf. Priori Posada, Giovanni F. (2006). Op. cit., pp. 36-37.

final que se emita en el procedimiento.⁴⁹ En esta línea, el Artículo 146° de la LPAG establece que procede el dictado de una medida cautelar, “*si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir*”.

Como señala Calamandrei, para que se configure el peligro en la demora se precisan tres presupuestos:

PREVENCIÓN

Primero, debe existir un estado de peligro que da contexto a la solicitud cautelar con la finalidad de **prevenir** la configuración de un daño.

URGENCIA

El riesgo de daño debe ser inminente⁵⁰, lo que justifica que la medida solicitada tenga el carácter de **urgente**, en tanto que si no se concede, dicho daño se haría efectivo, o se agravaría. Así, nos encontramos frente a una “providencia de urgencia” que se debe conceder “sin retardo” para que alcance su objetivo.⁵¹

LENTITUD DEL PROCEDIMIENTO

Es necesario que a estos dos elementos (prevención y urgencia) se añada un tercero: la **lentitud del procedimiento**, el cual caracteriza al peligro en la demora. Este presupuesto sostiene que el procedimiento es demasiado lento para contrarrestar oportunamente el peligro del daño, de manera tal que, en espera de la resolución final, se debe proveer con carácter de urgencia medidas cautelares que eviten que el daño temido se produzca o se agrave.⁵²

43

⁴⁹ Cf. Tribunal Constitucional, Sentencia del 27 de octubre del 2006, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 52.b).

⁵⁰ La inminencia supone que la situación que se describe como peligro en la demora este próximo a suceder. Este presupuesto no debe ser valorado de manera abstracta, teniendo como único referente la notoria e inevitable duración del procedimiento; sino, además, debe apreciarse las específicas circunstancias del caso concreto. Cf. Priori Posada, Giovanni F. (2006). Op. cit., pp. 41 - 42.

⁵¹ Cf. Calamandrei, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, pp.40 - 43.

⁵² Ídem, p. 43.

El fundamento de la medida cautelar nace de la relación que se establece entre estos dos términos: la necesidad de que la resolución final se dicte sin retardo para que sea eficaz y la falta de aptitud del procedimiento para emitir sin retardo dicha resolución. Este es uno de aquellos casos en que la necesidad de hacer las cosas pronto colisiona con la necesidad de hacerlas bien. En efecto, para asegurar que la resolución final se emita con las mayores garantías de justicia, se debe realizar toda una serie de actividades en un período determinado, el cual frecuentemente no es breve. Este lapso de tiempo, indispensable para garantizar el debido procedimiento, genera el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la resolución final, la cual parece destinada por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde.

Las medidas cautelares representan así una suerte de conciliación entre estas dos exigencias: celeridad y ponderación. Se orientan a hacer las cosas pronto, dejando que la decisión sobre el fondo se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación que para tal efecto se requiere.⁵³

44

c) Adecuación

Como toda medida restrictiva de derechos, la medida cautelar debe adecuarse al principio de proporcionalidad⁵⁴, esto es, debe concederse en función directa a la importancia y grado de afectación de los intereses que se pretenden cautelar.⁵⁵ De esta forma, el presupuesto de adecuación supone un límite a la discrecionalidad de la Administración Pública.

En esta línea, el Numeral 236.2 del Artículo 236° de la LPAG señala que las medidas cautelares "*que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto*".

⁵³ Ídem, p. 45.

⁵⁴ Cf. Lozano Cutanda, Blanca (2010). *Derecho ambiental administrativo*, Madrid: La Ley, p. 757.

⁵⁵ Cf. Peláez Bardales, Mariano, Op. cit., p. 29.

La doctrina jurídica manifiesta que este presupuesto implica la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de protección.

Congruencia

Supone que exista una correlación lógica entre la medida cautelar concedida y el objeto de la tutela. Es decir, que la medida dictada debe estar en posibilidad de garantizar la eficacia de la pretensión, en caso esta sea amparada en la resolución final.

Proporcionalidad

Implica que el sacrificio que supone la concesión de una medida cautelar sea el (mínimo) necesario para lograr garantizar la eficacia de la pretensión. Por ende, debe evitarse causar perjuicios innecesarios al administrado.⁵⁶

De esta manera, la autoridad administrativa competente debe adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que afecte en menor intensidad los bienes o derechos del administrado.⁵⁷ Así las cosas, la medida cautelar debe dictarse únicamente si es necesaria, y si no existe una medida alternativa que resulte menos gravosa para los derechos del afectado y que logre alcanzar la finalidad prevista.⁵⁸

45

Los tres presupuestos antes mencionados se encuentran expresamente reconocidos en diversas leyes especiales:



Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

El Artículo 24° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Legislativo N° 1034, establece que para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia deberá verificar, entre

⁵⁶ Cf. Monroy Palacios, Juan José, Op. cit., p. 187.

⁵⁷ Cf. Tribunal Constitucional peruano, Sentencia del 27 de octubre del 2006, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 52.c).

⁵⁸ Cf. Hernández-Mendible, Víctor Rafael (2011). "La ejecución de los actos administrativos". *Revista Derecho PUCP*, número 67, p. 380.



Ley de
Represión de la
Competencia
Desleal

otros, el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:

- (i) la verosimilitud de la denuncia;
- (ii) el peligro en la demora del pronunciamiento final; y
- (iii) la posibilidad de lo pedido.

Asimismo, el Artículo 23° de la mencionada ley señala que las medidas cautelares *“deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar”*.

El Artículo 34° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, señala que para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal deberá verificar la existencia concurrente de los siguientes requisitos:

- (i) verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal; y
- (ii) peligro en la demora del pronunciamiento final.

Por su parte, el Artículo 33° de dicha norma precisa que las medidas cautelares *“deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar”*.

V. TIPICIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El Numeral 146.1 del Artículo 146° de la LPAG establece que las medidas cautelares que puede dictar la autoridad administrativa competente son aquellas "*establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables*".

En la doctrina se ha planteado que dicho enunciado permite dos interpretaciones:

- 1 La primera que esta norma exige que se prevea la potestad de la autoridad competente para el dictado de las medidas cautelares.
- 2 La segunda que, además de lo anterior, debe establecerse previamente las medidas concretas a adoptarse. Según esta segunda postura, lo que busca dicha norma es que la autoridad administrativa no tenga la facultad de crear o innovar medidas cautelares *ad hoc* o para cada caso concreto, sino que ellas deban encontrarse previstas en alguna norma antes de su adopción.⁵⁹

47

En cuanto a la potestad para dictar medidas cautelares, debe indicarse que el Tribunal Constitucional ha sostenido que si para proteger un bien jurídico, la ley ha concedido a una entidad pública la potestad de imponer multas, ello implica que cuente, además, con la facultad de dictar medidas complementarias como las cautelares, pues solo a través de estas se podría cumplir con dicha finalidad. Una interpretación a contrario significaría que el ordenamiento jurídico permita a los infractores continuar con sus conductas contrarias a la ley siempre que cumplan con pagar el costo económico de su infracción⁶⁰.

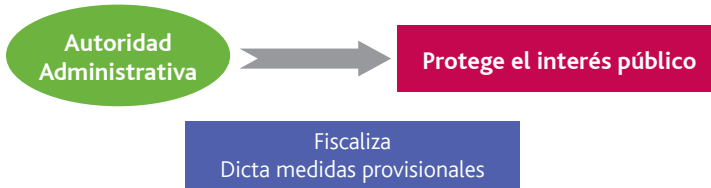
Por ende, la facultad para dictar medidas cautelares es una competencia razonablemente implícita de toda entidad pública que cuenta con potestad sancionadora.

⁵⁹ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos, Op. cit., p. 808.

⁶⁰ Sentencia del 5 de diciembre del 2006, recaída en el Expediente N° 1963-2006-AA/TC, fundamento jurídico 26.

Es evidente que, si una autoridad administrativa está facultada para imponer sanciones con el objeto de proteger un determinado bien jurídico, de proteger el interés público, implícitamente está facultada para fiscalizar y, de ser el caso, dictar medidas provisionales (cautelares) que tengan por objeto proteger dicho bien jurídico.

Gráfico N° 5



Elaboración: ECP del Indecopi.

48

Por otro lado, el planteamiento relativo a la predeterminación exhaustiva de las medidas cautelares resulta ser una exigencia irrealizable. En ejercicio de la potestad normativa, no se puede prever todos los mandatos específicos con los que se podría neutralizar aquellos actos que afecten la eficacia de la resolución final. Las medidas cautelares pueden ser tan variadas como los casos en los que se pretende asegurar la eficacia del fallo. Por lo tanto, una interpretación coherente con la finalidad de la medida cautelar permite concluir que la tipicidad de las medidas cautelares no debe ser exhaustiva.

La interpretación esbozada en el párrafo anterior guarda correspondencia con lo dispuesto en las normas especiales que regulan el dictado de medidas cautelares.

Por ejemplo:

El Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podrá adoptar *“la medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación*

de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere”.

De igual manera, el Artículo 109° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley N° 29571, establece que la Comisión de Protección al Consumidor puede dictar las siguientes medidas cautelares:

Medidas cautelares

- (i) La cesación de los actos materia de denuncia;
- (ii) El comiso, depósito o inmovilización de los productos, etiquetas, envases y de cualquier otro bien que sea materia de denuncia;
- (iii) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia, (iv) el cierre temporal del establecimiento del denunciado, y
- (v) **Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio** derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad su cese.

49

Como se puede apreciar, las leyes especiales que regulan procedimientos administrativos establecen una lista enunciativa de las medidas cautelares que pueden adoptarse para asegurar la eficacia de la decisión final. Todas las normas antes citadas contemplan parámetros para dictar medidas cautelares distintas a las detalladas en la norma. En concreto, admiten la posibilidad de dictar otras medidas cautelares si estas son idóneas para evitar la configuración de daños o perjuicios durante el procedimiento.

Por lo tanto, la tipicidad de las medidas cautelares debe interpretarse como una exigencia de previsión general de las conductas u omisiones que la autoridad competente puede ordenar. Esto es, debe permitirse que se establezca un listado enunciativo de las medidas cautelares que se pueden disponer. Una interpretación más restrictiva no permitiría cumplir con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final emitida en el procedimiento administrativo.

VI. PROCEDIMIENTO

A continuación se detallará algunos aspectos claves del procedimiento administrativo.

- Solicitante
- Oportunidad
- Autoridad competente
- Restricción del principio del contradictorio
- Vigencia
- Variación de la medida cautelar
- Recursos impugnativos
- Ejecución de las medidas cautelares

50

Solicitante

En el procedimiento administrativo, las medidas cautelares proceden de oficio o a pedido de parte, cuando corresponda⁶¹. Dichas medidas se emiten de oficio en aplicación del principio de impulso de oficio previsto en el Numeral 1.3 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG⁶². Según este principio, las autoridades administrativas deben ordenar la realización de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias en el procedimiento.

Las medidas cautelares también proceden a pedido de parte, principalmente cuando se pretende evitar la generación de un

⁶¹ Artículo 226° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁶² Cf. Guzmán Napurí, Christian (2011). Op. cit., p. 682.

daño irreparable como resultado de la demora en la tramitación del procedimiento.⁶³ La posibilidad de que sea el propio interesado quien solicite la medida cautelar se enmarca dentro de la política participativa que considera al ciudadano como protagonista de la actuación administrativa.⁶⁴

Por ejemplo:

El Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas dispone que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una **denuncia de parte o de tercero con interés legítimo** que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.⁶⁵

De manera similar, el Artículo 33° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal podrá, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de **parte o de terceros con interés legítimo** que también se hayan apersonado al procedimiento, dictar una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.⁶⁶

51

⁶³ Ídem, p. 618.

⁶⁴ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 481.

⁶⁵ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Legislativo N° 1034.-

"Artículo 23.- Medidas cautelares.-

23.1. Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.

(...)"

(Negrilla agregada)

⁶⁶ Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 de junio del 2008.-

"Artículo 33.- Medidas cautelares

Igualmente, el Artículo 176° de la Ley sobre el Derecho de Autor establece que los **titulares** de los derechos reconocidos en dicha ley podrán solicitar a la Dirección de Derecho de Autor el dictado de medidas cautelares orientadas a conseguir el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor.⁶⁷

Como se puede apreciar, la Administración Pública no solo puede dictar una medida cautelar de oficio, sino también a pedido de parte. Este último supuesto, comprende al denunciante (en calidad de parte), al titular del derecho afectado, al tercero con legítimo interés, entre otros.

33.1. *En cualquier etapa del procedimiento, la Comisión podrá, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, dictar una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas y el cobro de las sanciones que se pudieran imponer. Tratándose de este último supuesto, una vez declarada la infracción mediante resolución firme, la medida cautelar relativa al cobro de la sanción se mantendrá bajo responsabilidad del ejecutor coactivo.*

(...)”

⁶⁷ Ley sobre el Derecho de Autor, aprobado por Decreto Legislativo N° 822, publicado el 24 de abril de 1996.-

“Artículo 176.- Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo N° 807, **los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta Ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos en este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces para:**

- a. *Evitar una infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente ley y, en particular, impedir la introducción en los circuitos comerciales de mercancías presuntamente infractoras, incluyendo medidas para evitar la entrada de mercancías importadas al menos inmediatamente después del despacho de aduanas.*
- b. *Conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción.”*

(Negrilla agregada)

Oportunidad

De conformidad con lo establecido en los Artículos 146°, 226° y 237° de la LPAG⁶⁸, las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier etapa del procedimiento administrativo. Esto es, hasta antes de que se emita la resolución final que agota la instancia administrativa correspondiente.⁶⁹ Esta medida, incluso puede ser solicitada en la segunda instancia del procedimiento.

La ley antes mencionada no prohíbe que la medida cautelar pueda ser emitida antes de iniciar un procedimiento administrativo. No obstante, en observancia del principio de legalidad, la Administración Pública solo podrá dictar una medida cautelar antes del procedimiento administrativo si la legislación especial le otorga dicha potestad, la cual debe ejercerse excepcionalmente en casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados⁷⁰. Son estas condiciones, y no la oportunidad, las que otorgan un carácter garantista al dictado de las medidas cautelares en sede administrativa.

53

⁶⁸ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 146.- Medidas cautelares

*146.1 **Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.***

(...)"

"Artículo 226.- Medidas cautelares

*226.1 **En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al Artículo 146***

(...)"

"Artículo 237.- Resolución

(...)

*237.2 **La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.***

(...)"

(Negrilla agregada)

⁶⁹ Cf. Monroy Palacios, Juan. Op. cit., pp. 223-224.

⁷⁰ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 481.

En esta línea, el Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷¹ señala que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia puede dictar una medida cautelar antes de iniciar un procedimiento sancionador. En este supuesto, la medida caducará si no se inicia dicho procedimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de su notificación.

Como se puede apreciar, la Administración Pública puede dictar medidas cautelares durante el procedimiento administrativo y, si la legislación especial lo habilita, también puede hacerlo antes de que este se inicie, siempre que cumpla con las garantías que tutelan no solo el interés público, sino también el del administrado afectado.

Autoridad competente

Según el Numeral 146.1 del Artículo 146° de la LPAG, las medidas cautelares son dictadas mediante decisión motivada por la autoridad competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo.

54 En los procedimientos sancionadores existen dos autoridades que participan en su tramitación. De acuerdo al Artículo 234° de la LPAG, en estos procedimientos debería diferenciarse a la autoridad instructora de la decisora cuando la organización de la entidad pública lo permita. Cuando se realice esta diferenciación, y en observancia de lo dispuesto en el Artículo 236° de la LPAG,

⁷¹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Legislativo N° 1034.-

"Artículo 23. - Medidas cautelares. -

23.1. Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.

(...)

23.4. Cuando la medida cautelar se otorgue antes de iniciarse un procedimiento sancionador, dicha medida caducará si no se inicia un procedimiento sancionador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de su notificación."

(...)

(Negrilla agregada)

la autoridad instructora será la competente para dictar la medida cautelar más idónea para garantizar la eficacia de la resolución final.

Restricción del principio del contradictorio

Por lo general, las medidas cautelares se otorgan *inaudita altera pars*, es decir, sin oír a la otra parte. Esto se fundamenta en la urgencia de proteger lo que se decidirá en la resolución final y en el riesgo de que esto se torne de imposible realización. Otra razón importante es la prevención frente a los actos de mala fe. Esto es, dicha medida se emplea para contrarrestar aquellos actos maliciosos y/o dilatorios que puede realizar el administrado afectado.⁷²

En estos supuestos, la realización de una audiencia previa dilataría la adopción de la medida, haciéndola ineficaz. Ello no significa que se vulnere el principio de contradicción, sino que únicamente se suspenda la audiencia a un trámite ulterior.⁷³ La preservación del interés general exige el empleo de este mecanismo para evitar que se generen daños irreparables.

En este sentido, la doctrina sostiene que en los casos de urgencia inaplazable, la propia razón de la urgencia y la provisionalidad de la medida permiten que esta sea adoptada *inaudita altera pars*.⁷⁴ En los demás casos, en aplicación del derecho al debido procedimiento, el órgano competente debería otorgar en lo posible una audiencia previa al interesado, siempre que la urgencia del perjuicio que se busca evitar lo tolere⁷⁵. La audiencia del interesado constituye un trámite esencial de toda actuación restrictiva de derechos,⁷⁶ no obstante, esta puede darse antes o después de la adopción de una medida cautelar.

55

⁷² Cf. Monroy Palacios, Juan José. Op. cit., p. 135.

⁷³ Cf. Moreno Molina, José (2006). *Procedimiento y proceso administrativo práctico*. Volumen 3. España: Editorial La Ley, p. 1182.

⁷⁴ Cf. Sanz Rubiales, Íñigo y Manuel Gómez Tomillo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Navarra: Editorial Aranzadi, p. 725.

⁷⁵ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos, Op. cit., p. 482.

⁷⁶ Cf. Sanz Rubiales, Íñigo y Manuel Gómez Tomillo, Op. cit., p. 725.

La restricción al principio del contradictorio puede encontrarse regulada expresamente en ciertas disposiciones legales.

Por ejemplo:

A modo de ejemplo, el Artículo 181° de la Ley sobre el Derecho de Autor prescribe que, a pedido de parte, la Dirección de Derechos de Autor puede dictar medidas cautelares, sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, en especial cuando exista la posibilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular del derecho, o cuando exista un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas.⁷⁷

Vigencia

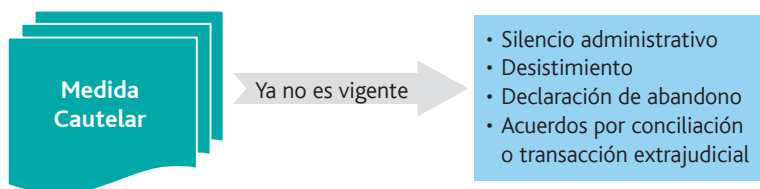
56

Según lo establece el Artículo 146° de la LPAG, la medida cautelar debe permanecer vigente hasta que se emita la resolución que pone fin al procedimiento administrativo. Esto con la finalidad de asegurar su eficacia. En consecuencia, la vigencia de la medida cautelar está supeditada a la emisión de la decisión final en la instancia correspondiente.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 186° de dicha norma, se pone fin al procedimiento cuando se emite una resolución que se pronuncia sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de la conciliación o transacción extrajudicial, entre otros. En cualquiera de estos supuestos, la medida cautelar dejará de tener vigencia.

⁷⁷ Ley sobre el Derecho de Autor, aprobada por Decreto Legislativo N° 822.-
"Artículo 181.- La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas."
(Negrilla agregada)

Gráfico N° 6



Elaboración: ECP del Indecopi.

La doctrina sostiene que la vigencia de las medidas cautelares se vincula con su funcionalidad. Dado que estas medidas suplen la falta de una resolución definitiva, una vez que esta se emite, la cautelar se extingue. Con esto se busca evitar una prolongación innecesaria de la situación en la que se coloca a quien se ve afectado con dicha medida.⁷⁸

Variación de la medida cautelar

El Numeral 146.2 del Artículo 146° de la LPAG señala que *“las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción”*.

57

Como se puede apreciar, la norma antes mencionada permite la modificación o el levantamiento de la medida cautelar durante la tramitación del procedimiento si se han alterado las circunstancias que fundamentaron su adopción. Esto puede darse por la ausencia de un presupuesto, por el riesgo de configurarse un perjuicio irreparable, o porque resulte necesario ampliar o reducir los alcances de la medida para que esta sea eficaz o no cause perjuicios innecesarios. Si bien la variabilidad es un atributo que subyace en la teoría cautelar, no siempre tiene la oportunidad de hacerse efectiva en la práctica.⁷⁹

⁷⁸ Cf. Marina Jalvo, Belén (2007). *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid: Lex Nova, p. 166 - 167.

⁷⁹ Cf. Monroy Palacios, Juan José. Op. cit., pp. 162-163.

La variabilidad es una manifestación de la naturaleza provisoria de toda medida cautelar. Debemos tener en cuenta que esta medida se dicta frente a la existencia de determinados presupuestos. La modificación de estos presupuestos puede motivar que la tutela concedida no sea la más idónea para asegurar la eficacia de la resolución final, o incluso que tal como fue concedida resulte excesiva o injustificada.⁸⁰

Los hechos que motivan la modificación o el levantamiento de una medida cautelar pueden ser aquellos que se producen con posterioridad a su emisión, e incluso aquellos que aun no siendo posteriores, no fueron considerados en el momento de su adopción. En efecto, la concesión de la modificación o el levantamiento no se puede limitar al análisis de los hechos nuevos, más aun si tenemos en cuenta que estas medidas se dictan sin oír a la parte afectada.

En suma, para solicitar la variación o el levantamiento se puede aportar al procedimiento hechos distintos a los que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para conceder una medida cautelar y que resulten determinantes para tal efecto.⁸¹

58

Por último, es oportuno señalar que con la finalidad de garantizar una protección adecuada del interés general, para disponer la variación o el levantamiento de una medida cautelar se requiere una fundamentación tan rigurosa (de verosimilitud) como la exigida para su dictado.

Recursos impugnativos

A continuación desarrollaremos los siguientes aspectos:

Procedencia de la apelación

Efectos de la apelación

⁸⁰ Cf. Ariano Deho, Eugenia (2003). Op. cit., p. 632.

⁸¹ Ídem, p. 633.

• Procedencia de la apelación

LPAG

La LPAG no contiene una disposición de carácter general que regule la apelación de las medidas cautelares.

No obstante, el Numeral 226.3 del Artículo 226° de la LPAG señala que en los procedimientos trilaterales, *"cabe la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar solicitada por alguna de las partes"*. Este texto se replica en la normativa aplicable al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Así, por ejemplo, el Artículo 38° del Decreto Legislativo N° 807 - Facultades, Normas y Organización del Indecopi dispone que *"[e]l único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra (...) la resolución que dicta una medida cautelar."*

59

Ley de Represión de conductas anticompetitivas

De igual manera, el Numeral 23.7 del Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece que *"las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el Tribunal"*. Este mismo tenor se aprecia en el Numeral 33.7 del Artículo 33° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual prescribe que *"las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el Tribunal en el plazo de cinco (5) días hábiles"*.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi ha sostenido que los artículos antes citados no amparan la presentación de un recurso de apelación contra aquellas resoluciones que denieguen una medida cautelar, sino solo contra las que conceden

esta medida. No obstante ello, en un primer momento, esta Sala sostuvo que, en aplicación del Artículo 46° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸², sí podrían apelarse aquellas resoluciones que deniegan una medida cautelar, si se demuestra que con ello, se ha generado un perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos del administrado solicitante⁸³.

Posteriormente, esta Sala varió su línea jurisprudencial sosteniendo que en estos casos no resulta aplicable el Artículo 46° de la Ley de Represión de Competencia Desleal, pues este contempla el régimen general de las impugnaciones.

En los procedimientos de competencia desleal, existe una regulación específica sobre la impugnación de la medidas cautelares, la cual se encuentra prevista en el Artículo 33° de la referida ley y dispone de forma expresa que únicamente son apelables los actos que conceden las medidas cautelares. Por ende, aquellas apelaciones que presenten los administrados contra las resoluciones que denieguen una medida cautelares deben ser declaradas improcedentes.⁸⁴

60 Además, dicha Sala ha precisado que en estos casos no se produciría una situación de indefensión, pues el administrado siempre puede plantear una nueva solicitud de la medida cautelar, si cuenta con los requisitos necesarios. Agregando que la situación de indefensión solo se configuraría si la autoridad incurriese en algún tipo de actuación que restrinja de manera insalvable la posibilidad del administrado para exponer en el procedimiento los argumentos que sustentan su

⁸² Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.-

"Artículo 46.- Recurso de apelación.-

(...)

46.2.- *Asimismo, son apelables, en el mismo plazo, los siguientes actos de la Secretaría Técnica o la Comisión, según corresponda:*

- a) *Los que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento; y,*
- b) *Los que puedan producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.*

(...)"

⁸³ Cf. Resolución N° 141-2008/SC1-INDECOPI del 15 de diciembre del 2008, recaída en el Expediente N° 142-2008/CDD (medida cautelar), párrafos 9 - 11.

⁸⁴ Cf. Resolución N° 2457-2010/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre del 2010, recaída en el Expediente N° 0053-2010/CCD (Medida cautelar), párrafos 29.

contradicción, o limite su capacidad para ofrecer y producir pruebas, lo que no se produce cuando se deniega una medida cautelar.⁸⁵

Al respecto, es preciso indicar que las normas no deben interpretarse de forma literal, sino de conformidad con su finalidad. Si bien la Ley N° 27444, el Decreto Legislativo N° 807 y la Ley de Represión de la Competencia Desleal no señalan de forma expresa que procede la apelación de la resolución que deniega una medida cautelar, tampoco la prohíben. Si tenemos en cuenta que la medida cautelar es provisoria y se fundamenta en la urgencia de la tutela, no habría razón alguna para no conceder la apelación a quien alega tener urgencia en la protección de sus intereses. Por el contrario, para garantizar su derecho al debido procedimiento y evitar perjuicios que podrían ser irreparables, debería permitírsele contar con una doble instancia que puede valorar nuevamente los medios probatorios ofrecidos.

Además, debería realizarse una interpretación finalista de lo establecido en el Artículo 206° de la LPAG⁸⁶ y el Artículo 46° de la Ley de Represión de Competencia Desleal, los cuales señalan que son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción de los restantes actos de trámite deberán alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento.

61

⁸⁵ Cf. Resolución N° 0820-2014/SDC-INDECOPI del 27 de noviembre del 2014, recaída en el Expediente N° 0179-2014/CDD (medida cautelar), párrafos 28 - 29.

⁸⁶ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

(...)

Esta norma expresa el principio de concentración procedimental, en virtud del cual, como regla general debe esperarse a que se emita la resolución final para, a través de su impugnación, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que se ha tramitado el procedimiento, esto es, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite⁸⁷.

62 Teniendo en cuenta ello, no resulta factible considerar que la regulación prevista para los actos de trámite, también puede ser aplicable para las resoluciones que deciden sobre una medida cautelar. Estas resoluciones no pueden ser catalogadas como actos de trámite, pues tienen efectos directos frente a terceros (su eficacia no es solo "intraprocedimental") y se configuran como acuerdos autónomos adoptados en sede procedimental. En consecuencia, la impugnación de una medida cautelar debe tener el mismo tratamiento otorgado al pronunciamiento de fondo. Más aún, si tenemos en cuenta que debido a la naturaleza de esta medida, carecería de sentido tener que esperar la terminación del procedimiento de fondo para poder impugnar una medida cautelar, pues esta tiene vocación de temporalidad y termina necesariamente con la adopción de esta resolución final.⁸⁸

En esta línea, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español⁸⁹, el cual refiere que en materia de impugnación, se debe otorgar a las medidas cautelares el mismo tratamiento que a los actos definitivos, tal como se aprecia a continuación:

"...la interpretación realizada por el Tribunal Militar Central y ratificada por el Tribunal Supremo que parte de la identificación de la medida cautelar con un simple acto de trámite, a los efectos de su impugnación separada, resulta desproporcionadamente formalista y rigorista y no toma en consideración la existencia de intereses legítimos susceptibles de protección. En efecto, a pesar del carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares, de su dependencia del expediente principal y de su

⁸⁷ Cf. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá - Lima: Temis - Palestra Editores, 2011, p. 614.

⁸⁸ Cf. Sanz Rubiales, Íñigo y Manuel Gómez Tomillo, Op. cit., p. 726.

⁸⁹ Cf. Sentencia 235/1995 del 14 de diciembre de 1998, fundamento jurídico 3.

vigencia temporal, no cabe ignorar que la resolución cautelar presenta una relevancia y trascendencia propias en cuanto tiene una incidencia directa e inmediata en los derechos e intereses legítimos del afectado y puede causar la pérdida irreversible de tales derechos e intereses incluidos sin duda en el ámbito del art. 24.1 C.E. (STC 238/1992, fundamento jurídico 4º). Y es esta afectación o incidencia directa e inmediata en derechos e intereses susceptibles de protección, lo que determina que estos actos deban tener, en lo que se refiere a su eventual impugnabilidad, es decir, a los efectos de acceso a la jurisdicción y de su correspondiente control judicial, las mismas garantías que los actos definitivos.”

En conclusión, por regla general y para garantizar un debido procedimiento, debería permitirse la apelación de las resoluciones que otorgan o deniegan una medida cautelar, salvo que exista una norma expresa que lo prohíba.

Por ejemplo:

Como sucede en los procedimientos por prácticas de dumping, en los cuales resulta aplicable el Artículo 63º del Decreto Supremo N° 006-2003-PCM - Reglamentan normas previstas en el “Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994”, el “Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias” y en el “Acuerdo sobre Agricultura”, que dispone de forma expresa que *“[l]as Resoluciones cautelares que establezcan derechos antidumping o compensatorios provisionales o las que denieguen el pedido de aplicación de los mismos son irrecurribles.”*

• Efectos de la apelación

De otro lado, el Artículo 216º de la LPAG señala que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo excepciones previstas legalmente. Esta regla resulta aplicable para la impugnación de las medidas cautelares.

Por ejemplo:

Según lo establece el Artículo 226° de dicha norma, la apelación de las medidas cautelares emitidas en el procedimiento administrativo trilateral se concede sin efecto suspensivo.

De igual manera, en diversos procedimientos tramitados ante el Indecopi, la apelación de medidas cautelares se otorga sin efecto suspensivo. Por ejemplo, el Artículo 33° de la Ley de Represión de Competencia Desleal establece que las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el Tribunal. La apelación de dichas medidas se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose en cuaderno separado.

En esta línea, el Artículo 135° del Decreto Legislativo N° 1075 - "Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial" señala que "[l]a apelación de resoluciones que dictan medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo".

64

Ejecución de las medidas cautelares

La ejecución de las medidas cautelares puede realizarse:

- según su naturaleza, por la propia Administración Pública (*v. gr.* el precintado de aparatos, equipos o vehículos), o
- por el administrado obligado (*v. gr.* suspensión de actividades).⁹⁰

Si el administrado cumple con la medida ordenada, según el Artículo 236° de la LPAG, la autoridad administrativa deberá compensar, cuando sea posible, el costo de dicho cumplimiento con la sanción impuesta. Por el contrario, si el administrado no cumpliera su obligación de forma voluntaria, la Administración Pública podrá proceder, previo apercibimiento, a utilizar los medios de ejecución forzosa previstos en los Artículos 192° al 200° de la LPAG⁹¹, a saber:

⁹⁰ Cf. Lozano Cutanda, Blanca, Op. cit., p. 757.

⁹¹ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Ejecución coactiva

De conformidad con lo establecido en el Artículo 197° de la LPAG se empleará la ejecución coactiva, si la medida cautelar dispuesta contiene una obligación de dar, hacer o no hacer. En este supuesto, corresponderá seguir el procedimiento previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por el Decreto Supremo N° 018-2008-JUS, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 069-2003-EF.

Ejecución subsidiaria

Conforme lo dispone el Artículo 198° de la LPAG, procederá la ejecución subsidiaria cuando la medida cautelar disponga la realización de actos que por no ser personalísimos pueden ser realizados por un sujeto distinto al obligado. En este caso, la entidad pública podrá realizar el acto por sí o a través de otras personas, a costa del obligado.

65

Por ejemplo:

La ejecución subsidiaria puede emplearse para la demolición de una construcción irregular. Ante el incumplimiento del obligado, la Administración Pública puede lograr satisfacer la medida de forma alternativa a través de sus propios funcionarios o mediante terceros. En ambos casos, el administrado obligado

"Artículo 226.- Medidas cautelares

(...)

226.2 Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenado por la administración no lo hiciere, se aplicarán las normas sobre ejecución forzosa prevista en los Artículos 192 al 200 de esta Ley.

(...)"

Multa coercitiva

deberá revertir los gastos que ocasione esta forma de ejecución y, adicionalmente, indemnizará los daños y perjuicios que su omisión hubiese ocasionado.⁹²

Según lo prescrito en el Artículo 199° de la LPAG, la autoridad administrativa puede imponer multas coercitivas de forma reiterada por periodos consecutivos a fin de que el obligado cumpla con lo ordenado. La multa coercitiva no tiene una naturaleza sancionadora, sino conminatoria. Por ende, la aplicación de dichas multas es independiente y compatible con la imposición de sanciones.⁹³

La imposición de la multa coercitiva procede en los siguientes supuestos:

- Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado.
- Actos en los que procediendo la compulsión, la Administración Pública no la estimara conveniente.
- Actos cuya ejecución pueda ser encargada a una persona distinta al obligado.

La multa coercitiva se puede imponer únicamente cuando así lo autorice la ley, y en la forma y cuantía que esta determine expresamente. Un claro ejemplo de ello lo constituye el Artículo 177° del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁹⁴, el

⁹² Cf. Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit., p. 599.

⁹³ Cf. Guzmán Napurí, Christian (2013). Op. cit., p. 588.

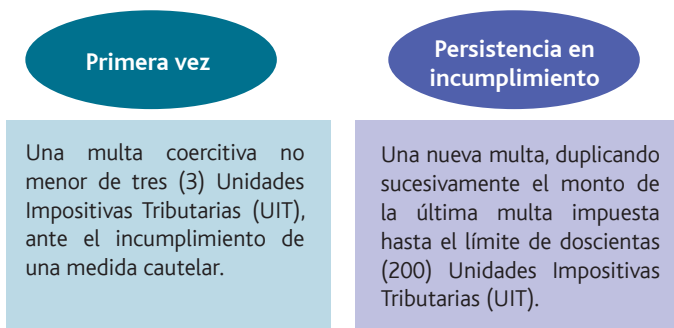
⁹⁴ Código de Protección y Defensa del Consumidor.-

"Artículo 117.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

cual establece que la Comisión de Protección al Consumidor puede imponer:

Gráfico N° 7



Elaboración: ECP del Indecopi.

Compulsión sobre las personas

Según lo establece el Artículo 200° de la LPAG, se puede emplear este medio de ejecución forzosa si la medida cautelar impone una obligación personalísima de no hacer o soportar, siempre que la ley expresamente lo autorice, y respetando la dignidad y los demás derechos de las personas reconocidos en la Constitución Política del Perú.

En consecuencia, solo mediante ley se puede otorgar la potestad de ejercer la compulsión sobre las personas para asegurar el cumplimiento de la medida impuesta. Esta medida debe ordenarse de

67

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el Indecopi puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva."

manera excepcional, más aun si tenemos en cuenta que este es el medio de ejecución forzosa más gravoso a emplear contra el administrado.⁹⁵

Para aplicar los medios de ejecución forzosa se debe presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Los medios empleados para hacer efectiva la medida cautelar deben ser acordes con su finalidad. En caso se presenten varios medios de ejecución aplicables, se elegirá el menos restrictivo de los derechos del administrado, siempre que este permita alcanzar el objetivo propuesto.⁹⁶

VII. GARANTÍAS PARA LOS ADMINISTRADOS

La doctrina jurídica sostiene que existen dos aspectos centrales en la configuración de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo peruano. Uno es la imposibilidad de dictar medidas cautelares que causen daño irreparable a los administrados. El otro que, en diversas ocasiones, las medidas cautelares caducan de pleno derecho. Ambos supuestos constituyen garantías establecidas en favor del administrado.⁹⁷

68

a) Prohibición de producir daños irreparables al administrado

Una importante limitación a la potestad de la Administración Pública de emitir medidas cautelares se encuentra prevista en el Numeral 146.4 del Artículo 146° de la LPAG, el cual establece que "*no se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados*".

Esta prohibición resulta esencial para garantizar los derechos del administrado, máxime si tenemos presente que, en sede administrativa, para el dictado de una medida cautelar no se exige el ofrecimiento de una contracautela, aun cuando se conceda a pedido de parte. En consecuencia, la Administración Pública debe procurar

⁹⁵ Cf. Guzmán Napurí, Christian (2013). Op. cit., p. 589.

⁹⁶ Artículo 196° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁹⁷ Cf. Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy. Op. cit., p. 179.

no generar daños irreparables al administrado, pues no existe una garantía previamente constituida para resarcir dichos daños.⁹⁸

The logo for LPAG (Ley de Procedimiento Administrativo General) is a red, wavy-edged rectangular shape with the letters "LPAG" in white, bold, sans-serif font centered inside.

Una interpretación a contrario del Artículo 146° de la LPAG permite afirmar que únicamente se pueden dictar medidas cautelares que afecten lo menos posible a los administrados. Esto es, que sean estrictamente necesarias, garantizando siempre que la afectación mínima que se pueda generar sea reparable. Esta garantía se enfoca en la posibilidad de que el afectado pueda acceder posteriormente a los recursos administrativos o al Poder Judicial, a fin de tutelar eficazmente el derecho que puede haberse afectado por la ejecución de la medida cautelar.⁹⁹

Asimismo, una interpretación de dicho artículo conforme con la Constitución Política del Perú nos lleva a concluir que las medidas cautelares tampoco pueden vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales del administrado.¹⁰⁰

69

⁹⁸ A modo de ejemplo, puede verse el Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 23.- Medidas cautelares.-

(...)

23.5. Tratándose de solicitudes de parte, la Comisión podrá aceptarlas o desestimarlas en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, prorrogables por una sola vez y por el mismo plazo. No son exigibles, a quien presente la solicitud, medidas de aseguramiento civil como contracautela o similares. La Comisión podrá conceder medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajusten de mejor manera a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.

(...)"

(Negrilla agregada)

⁹⁹ Cf. Guzmán Napurí, Christian (2013). Op. cit., p. 514.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

b) Caducidad de pleno derecho

Las medidas cautelares nacen "con la previsión de su fin".¹⁰¹ La limitación de la vigencia de la medida cautelar opera como una garantía para el administrado. La ley de forma expresa señala el plazo o la condición que de ser cumplida originará que la medida cautelar quede sin efecto. Con ello se otorga certeza al administrado sobre sus alcances.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 146° de la LPAG, las medidas cautelares dictadas dentro del procedimiento caducan de pleno derecho en tres supuestos:

- (i) cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento;
- (ii) cuando vence el plazo para su ejecución; o
- (iii) cuando transcurre el plazo previsto para la emisión de la resolución final.

70

Por su parte, las leyes especiales señalan que la medida cautelar dictada antes del procedimiento caduca, si este no se inicia en un plazo determinado.

Por ejemplo:

El Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas estipula que la medida cautelar otorgada antes de iniciar un procedimiento sancionador caducará si dicho procedimiento no se inicia dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su notificación.

La caducidad se fundamenta en la instrumentalidad de la medida cautelar. Como se ha señalado, esta medida está destinada a asegurar la eficacia de la resolución final que se emitirá en el procedimiento administrativo. Pues bien, si este no se inicia, la tutela cautelar pierde su razón de ser, por lo cual no podría seguir vigente.¹⁰²

¹⁰¹ Cf. Ariano Deho, Eugenia (2003). Op. cit., p. 639.

¹⁰² Cf. Ariano Deho, Eugenia (2003). Op. cit., p. 617.

VIII. PARTICULARIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN LOS DIVERSOS TIPOS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La medida cautelar presenta ciertas particularidades según el procedimiento administrativo en el que se dicta. Esto es, teniendo en cuenta si se emite en un procedimiento:



Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

8.1 Procedimiento administrativo trilateral

En el procedimiento administrativo trilateral, la Administración Pública resuelve un conflicto de intereses surgido entre dos o más partes. En este procedimiento, las entidades públicas ejercen su potestad de resolución de conflictos con independencia e imparcialidad.¹⁰³

71

Este diseño repercute en la dinámica de las medidas cautelares. Debido a que se está frente a un conflicto entre dos partes, la ley expresamente reconoce que, además de la autoridad administrativa, las partes cuentan con legitimidad para solicitar el dictado de una medida cautelar. No solo están legitimadas, sino son las principales interesadas y beneficiadas con su dictado.

En esta línea, el Numeral 226.1 del Artículo 226° de la LPAG señala que en cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o **a pedido de parte**, se podrán dictar medidas cautelares. En los procedimientos trilaterales se reconoce expresamente a los titulares de los derechos e intereses en discusión la facultad de solicitar medidas cautelares para garantizar precisamente la eficacia de sus intereses.

¹⁰³ Cf. Gómez Apac, Hugo (2011). "El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?". *Revista de Derecho Administrativo*, Derecho de la Competencia, número 10, Tomo II, p. 16.

Por ejemplo:

Ante Indecopi se tramitan procedimientos trilaterales para solucionar los desacuerdos surgidos entre coautores o titulares para la explotación de obras o producciones. Según el Artículo 176° de la Ley sobre el Derecho de Autor, los titulares de cualquiera de los derechos de autor reconocidos en dicha Ley o sus representantes, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el dictado de una medida cautelar para cautelar sus intereses.

8.2 Procedimiento administrativo sancionador

En el procedimiento administrativo sancionador se establece una relación bilateral entre el administrado y la Administración Pública. Dicho procedimiento se inicia con la finalidad de determinar si el administrado ha cometido o no una infracción administrativa y, en base a ello, adoptar las acciones que resulten necesarias para corregir los efectos de la conducta infractora. En el marco de este procedimiento, las medidas cautelares se dictan para asegurar la eficacia de la decisión final que determina la responsabilidad administrativa del infractor. Esto con la finalidad de proteger el interés público tutelado con la tipificación de la conducta infractora.

72

Las medidas cautelares proceden de oficio y para su dictado siempre es exigible el cumplimiento de tres presupuestos:

Verosimilitud de la infracción

Peligro en la demora del procedimiento

Adecuación de la medida solicitada

Con relación al primer requisito, cabe mencionar que este se refiere a la apariencia de fundamento de la pretensión sancionadora, la cual se basa sobre la ilegalidad de la acción que se pretende contrarrestar con la medida cautelar. En otras palabras, se refiere a la verosimilitud del carácter ilícito de aquella conducta del administrado que se pretende alterar precisamente con el dictado de la medida cautelar.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Cf. Morón Urbina, Juan Carlos, Op. cit., p. 807.

En esta línea, el Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 807 establece que las Comisiones y Oficinas del Indecopi "*podrán dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño*".



Según lo establece el Artículo 236° de la LPAG, en los procedimientos sancionadores la autoridad competente para dictar la medida cautelar es la autoridad instructora. Al respecto, la doctrina sostiene que no resulta recomendable que quien solicita la medida cautelar sea el mismo que decida sobre su adopción.¹⁰⁵ En este sentido, en los procedimientos sancionadores debería existir una autoridad instructora que proponga la medida cautelar y una autoridad decisora que se pronuncie sobre su adopción. Esta última evidentemente tiene la facultad de decidir la adopción de una medida distinta a la propuesta.

73

En diversas entidades públicas se realiza la diferenciación antes mencionada.

Por ejemplo:

El Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que las medidas cautelares pueden ser solicitadas por la Secretaría Técnica (autoridad instructora) y serán dispuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (autoridad decisora). Esta Comisión puede conceder, cuando corresponda, medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajustan mejor

¹⁰⁵ Cf. Ariano Deho, Eugenia (2013). "Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad 'objetiva' del juzgador". En Ledesma Narváez, Marianella. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, p. 35.

a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.¹⁰⁶

Igualmente, el Artículo 33° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que es una atribución de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal dictar medidas cautelares. Adicionalmente, señala que el Presidente de la Comisión también tiene esta facultad, cuando en caso de urgencia, se requiera dictar una medida cautelar para evitar un daño irreparable. En este supuesto, el Presidente de la Comisión deberá informar a la misma, en la siguiente sesión, para que decida ratificar la medida impuesta.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Legislativo N° 1034.-

"Artículo 23. - Medidas cautelares. -

23.1. Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.

(...)

23.5. Tratándose de solicitudes de parte, la Comisión podrá aceptarlas o desestimarlas en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, prorrogables por una sola vez y por el mismo plazo. No son exigibles, a quien presente la solicitud, medidas de aseguramiento civil como contracautela o similares. La Comisión podrá conceder medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajusten de mejor manera a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.

(...)"

(Negrilla agregada)

¹⁰⁷ Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.-

"Artículo 33. - Medidas cautelares. -

33.1. - En cualquier etapa del procedimiento, la Comisión podrá, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, dictar una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas y el cobro de las sanciones que se pudieran imponer. Tratándose de este último supuesto, una vez declarada la infracción mediante resolución firme, la medida cautelar relativa al cobro de la sanción se mantendrá bajo responsabilidad del ejecutor coactivo.

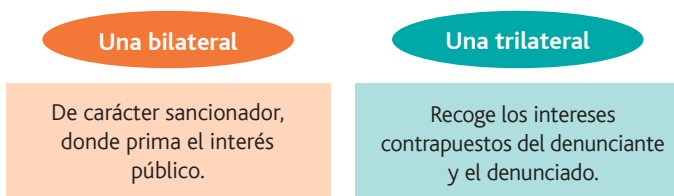
(...)

Por último, en materia de protección al consumidor, el Artículo 27° del Decreto Legislativo N° 807¹⁰⁸ señala que le corresponde a la Comisión disponer las medidas cautelares. No obstante, el Secretario Técnico también podrá dictar dichas medidas, si advierte que existe un peligro actual o inminente, con cargo a dar cuenta inmediatamente a la Comisión. Esta última ratificará o levantará la medida dispuesta.

8.3 Procedimiento administrativo trilateral sancionador

Un procedimiento sancionador en el cual el denunciante tiene calidad de parte procesal configura un procedimiento administrativo trilateral sancionador.¹⁰⁹ Este tiene una naturaleza mixta, pues se presentan dos relaciones jurídicas:¹¹⁰

Gráfico N° 8



75

Elaboración: ECP del Indecopi.

33.4.- *En caso de urgencia, por la necesidad de los hechos, el Presidente de la Comisión podrá dictar una medida cautelar destinada a evitar un daño irreparable, con cargo a informar a la Comisión, en la siguiente sesión de ésta, para que decida ratificar la medida impuesta.*

(...)"

¹⁰⁸ Decreto Legislativo N° 807 - Facultades, normas y organización del Indecopi.- "Artículo 27.- *En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias de las siguientes medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva:*

(...)

La Comisión podrá, de considerarlo pertinente, ordenar una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte interesada. En caso de existir peligro actual o inminente si es que no se adoptan las medidas cautelares correspondientes, el Secretario Técnico podrá imponerlas, con cargo a dar cuenta inmediatamente a la Comisión. La Comisión ratificará o levantará la medida cautelar impuesta."

¹⁰⁹ Cf. Gómez Apac, Hugo (2011) Ob. cit., p. 26.

¹¹⁰ Ídem, p. 30.

Los procedimientos ordinario¹¹¹ y sumarísimo¹¹² de protección al consumidor son procedimientos sancionadores, aunque con particularidades del trilateral. Según lo establecen los Artículos 107º, 126º y 147º del Código de Protección y Defensa del Consumidor¹¹³, el consumidor denunciante es parte procesal en el procedimiento administrativo.

Los procedimientos destinados a reprimir las conductas anticompetitivas y la competencia desleal también pueden configurarse como trilaterales sancionadores, cuando son promovidos por una denuncia de parte. En estos casos el órgano instructor conserva la titularidad de la acción de oficio, conforme lo señala el Artículo 18º de la Ley de Represión de Conductas

¹¹¹ Regulado en el Sub Capítulo II del Capítulo III del Título V del Código de Protección y Defensa del Consumidor y en el Título V del Decreto Legislativo N° 807.

¹¹² Regulado en el Sub Capítulo III del Capítulo III del Título V del Código de Protección y Defensa del Consumidor; el Texto Único Ordenado de la Directiva que aprueba el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor, aprobado por Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 298-2013-INDECOPI-COD, publicado el 3 de diciembre de 2013; y la Directiva que modifica e incorpora diversos artículos al Texto Único Ordenado de la Directiva que aprueba el Procedimiento Sumarísimo, aprobado por Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 108-2014-INDECOPI-COD, publicado el 3 de julio de 2014.

¹¹³ Código de Protección y Defensa del Consumidor.-

"Artículo 107.- Postulación del proceso

(...) Tanto el consumidor constituido como parte como el tercero legitimado pueden participar en el procedimiento e interponer los recursos contra la resolución que deniegue el inicio del procedimiento y contra cualquier otra resolución impugnabile que les produzca agravio".

"Artículo 126.- Reglas para la tramitación del procedimiento sumarísimo de protección al consumidor

(...)

b. Las partes únicamente pueden ofrecer medios probatorios documentales, sin perjuicio de la facultad de la autoridad para requerir, de oficio, la actuación de algún medio probatorio de naturaleza distinta. (...)"

"Artículo 147.- Conciliación

(...)

En la conciliación, el funcionario encargado de dirigir la audiencia, previo análisis del caso, puede intentar acercar las posiciones de las partes para propiciar un arreglo entre ellas o, alternativamente, propone una fórmula de conciliación de acuerdo con los hechos que son materia de controversia en el procedimiento..."

(Negrilla agregada)

Anticompetitivas y el Artículo 28° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

La estructura del **procedimiento trilateral sancionador** permite que los particulares que formulan la denuncia puedan solicitar medidas cautelares a la autoridad administrativa competente. Para tal efecto, no se requiere presentar una contracautela, según lo reconoce expresamente el Numeral 23.5 del Artículo 23° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Numeral 33.5 del Artículo 33° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

De igual manera, el procedimiento por infracción a los derechos de propiedad industrial es de carácter sancionador y recoge rasgos del trilateral cuando se inicia a pedido de parte. Según el Artículo 245° de la Decisión N° 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial, adoptada por la Comisión de la Comunidad Andina¹¹⁴, el denunciante puede solicitar a la autoridad administrativa el dictado de medidas cautelares antes de iniciar la acción o durante el procedimiento.

8.4 Procedimiento de ejecución coactiva

77

La ejecución coactiva es el procedimiento que utiliza la Administración Pública frente a los administrados para hacer efectivas las consecuencias jurídicas del acto administrativo que esta emite.¹¹⁵ En dicho procedimiento se admite el dictado de medidas cautelares, según lo reconoce el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS¹¹⁶.

¹¹⁴ Decisión 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial.-

"Artículo 245.- Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio."

¹¹⁵ Cf. Danós Ordoñez, Jorge y Diego Zegarra Valdivia (1999). *El procedimiento de Ejecución Coactiva*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 13.

¹¹⁶ Publicado el 6 de diciembre del 2008 en el diario oficial El Peruano.

En el procedimiento de ejecución coactiva, a diferencia del proceso judicial, las medidas cautelares son utilizadas para satisfacer el interés público y no de una de las partes que solicitan la declaración de sus derechos a la judicatura. De ahí que pueda decirse que las medidas cautelares son aplicadas “de oficio” para garantizar el cobro de acreencias de cargo de la Administración Pública y no para asegurar intereses de terceros o particulares.¹¹⁷

Tipos de medidas cautelares

La potestad de dictar una medida cautelar ha sido reconocida al ejecutor coactivo con la finalidad de dar cumplimiento forzado a lo ordenado por la Administración Pública.¹¹⁸ Se pueden dictar medidas cautelares previas o posteriores a la resolución de ejecución coactiva.



78

Las medidas cautelares previas están reguladas en el Artículo 13° del TUO de la Ley N° 26979. Dicha norma señala que una vez que se haya notificado el acto administrativo que sirve de título para el cumplimiento de la obligación, y aunque se encuentre en trámite el recurso impugnativo interpuesto por el obligado, la Administración Pública, de forma excepcional, podrá dictar medidas cautelares, cuando existan razones que permitan presumir de forma objetiva que la cobranza coactiva puede devenir en infructuosa. Para tal efecto, el ejecutor coactivo puede trabar como medida cautelar previa cualquiera de las establecidas en el Artículo 33° de la dicha ley (*v. gr.* embargo), por la suma que satisfaga la deuda en cobranza.

¹¹⁷ Cf. Danós Ordoñez, Jorge y Diego Zegarra Valdivia (1999). *El procedimiento de Ejecución Coactiva*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 13.

¹¹⁸ Cf. Mendoza Ugarte. Armando (2009). *La Ejecución Coactiva. Comentarios al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*, Lima: Línea Negra Editores, p. 97.

Las medidas cautelares emitidas después de iniciado el procedimiento de ejecución coactiva están previstas en el Numeral 17.1 del Artículo 17° del TUO de la Ley N° 26979. Según dicha norma, si luego del plazo concedido (siete días hábiles), el obligado no ha cumplido con el mandato contenido en la resolución de ejecución coactiva, entonces el ejecutor coactivo podrá dictar cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Artículo 33° de dicha ley.

Requisitos para el dictado de la medida cautelar

Las medidas cautelares previas requieren para su dictado del cumplimiento de requisitos distintos a los previstos para las demás medidas cautelares. Entre estos, se precisa de la existencia de una obligación y del respectivo documento representativo (título), así como de un requisito análogo al peligro en la demora, el cual consiste en acreditar las razones objetivas que permitan prever que la cobranza será infructuosa:

- **La existencia de una obligación:** se debe acreditar la existencia de una obligación cierta, la cual no requiere ser aún exigible, toda vez que el acto administrativo que la contiene puede estar en impugnación.¹¹⁹
- **El documento o título representativo:** toda medida cautelar debe sustentarse en un acto administrativo que haya sido previamente notificado y que sirva de título para la determinación de la obligación (v. gr. una resolución que impone una multa administrativa).¹²⁰
- **Presunción objetiva de necesidad:** Se debe acreditar las razones que permitan presumir que la cobranza puede devenir en infructuosa. Estas pueden sustentarse en la conducta del obligado o en la situación jurídica en la que se encuentra.

79

¹¹⁹ Cf. Danós Ordoñez, Jorge y Diego Zegarra Valdivia (1999). Op. cit., p. 176.

¹²⁰ Ídem, p. 177.

Por ejemplo:

Cuando el obligado sustrae de su patrimonio aquellos bienes que podrían cubrir la deuda pendiente de pago, o en razón de que la habitualidad de la conducta del obligado hace presumir que este no va a cumplir con la obligación de hacer o no hacer impuesta.¹²¹

Por su parte, las medidas cautelares dictadas después de la resolución de ejecución coactiva son en realidad actos de ejecución. Por ello, para su dictado no se precisa del cumplimiento de los típicos presupuestos de las medidas cautelares (verosimilitud de la pretensión y peligro en la demora). En esta línea, el Artículo 17° del TUO de la Ley N° 26979 dispone que para ejecutar una obligación contenida en una resolución firme, se debe emitir una resolución de ejecución coactiva concediendo al obligado un plazo de siete (7) días hábiles para que cumpla con dicha obligación. Si luego de transcurrido dicho plazo, el obligado no ha cumplido con el mandato, entonces se procederá a trabar medidas cautelares. En este caso, no corresponde al ejecutor coactivo evaluar la necesidad de dictar dichas medidas (embargos), por el contrario, debe proceder con la ejecución.

80

Las medidas cautelares y los embargos en el procedimiento de ejecución coactiva

La regulación de las medidas cautelares previas y posteriores se remite al Artículo 33° del TUO de la Ley N° 26979, que contempla las formas de embargo. En razón a ello, se ha afirmado que las medidas cautelares trabadas antes o después de la notificación de la resolución de ejecución coactiva son en realidad embargos preventivos o definitivos.¹²² Al respecto, cierto sector de la doctrina afirma que tanto en el procedimiento cautelar como en el proceso de ejecución civil va a existir el embargo, pero de ningún modo dentro de este último puede existir una medida cautelar. Esta regla no solo resulta aplicable en el proceso de ejecución civil, sino también en

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² Cf. Danós Ordoñez, Jorge y Diego Zegarra Valdivia (1999). *Op. cit.*, p. 173.

el procedimiento de ejecución coactiva, en el que sólo existen —a pesar de lo que señala la ley— embargos y no medidas cautelares.¹²³

Lo antes expuesto puede apreciarse con claridad en los embargos que se dictan después de la notificación de la resolución de ejecución coactiva. Al respecto, Ariano¹²⁴ sostiene que el embargo dictado dentro del proceso de ejecución civil —lo que sin problema puede aplicarse a nuestro procedimiento de ejecución coactiva— no tiene ninguna de las características de la medida cautelar:¹²⁵

- No es provisional sino definitivo, debido a que no está condicionado a la existencia de una decisión posterior.
- Tampoco es instrumental, pues no sirve a un proceso principal sino que es un acto propio del proceso de ejecución y no está sujeto a cumplir los presupuestos de una medida cautelar, pues no se dicta en virtud de un *fumus boni iuris*, sino en base de un título ejecutivo que contiene un derecho cierto, expreso y exigible.
- Finalmente, no se dicta por existir *periculum in mora*, puesto que no existe un proceso pendiente de resolver sino que, por el contrario, el proceso de ejecución tiene por finalidad satisfacer el derecho que se exige.

81

IX. CONCLUSIONES

En sede administrativa, las medidas cautelares surgen como mecanismos de protección y garantía del resultado del procedimiento. Estas medidas se dictan con la finalidad de evitar que el interés público no pueda ser protegido al momento de expedirse la resolución final.

Para su dictado, al igual que en la vía jurisdiccional, se requiere del peligro en la demora y la adecuación de la medida al fin perseguido.

¹²³ Cf. Mendoza Ugarte, Armando (2009). Op. cit. p. 323.

¹²⁴ Cf. Ariano Deho, Eugenia, citada por Mendoza Ugarte, Armando (2009). Op. cit., p. 321.

¹²⁵ Cf. Mendoza Ugarte, Armando (2009). Op. cit., p. 321.

No obstante, a diferencia de dicha vía, en sede administrativa el requisito de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) es sustituido por la apariencia de fundamento de la pretensión (petición administrativa). En el procedimiento sancionador, este último requisito se configura por la verosimilitud del carácter ilícito de la conducta del administrado, es decir, por la verosimilitud de la infracción imputada (pretensión sancionadora).

La predeterminación exhaustiva de las medidas cautelares resulta ser una exigencia irrealizable. Estas medidas pueden ser tan variadas como los casos en los que se pretende asegurar la eficacia de la decisión final. Por lo tanto, una interpretación coherente con la finalidad de la medida cautelar permite concluir que la tipicidad de las medidas cautelares no debe ser taxativa, sino enunciativa.

En nuestro procedimiento administrativo se ha previsto dos garantías esenciales para los administrados:

- La imposibilidad de dictar medidas cautelares que causen daños irreparables a las personas.
- Las medidas cautelares caducan de pleno derecho, en determinados supuestos. Esto con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica.

82

Finalmente, las medidas cautelares se adecuan a la estructura del procedimiento en el que se dictan. En los procedimientos trilaterales se emiten esencialmente a pedido de parte, pues están orientadas a proteger, además del interés público, un interés privado. En los procedimientos sancionadores, proceden siempre de oficio, pues se orientan únicamente a tutelar un interés público. En los procedimientos de ejecución coactiva buscan asegurar el cobro de la acreencia reconocida a favor del Estado. Cierta sector de la doctrina sostiene que en este último caso, en realidad no se dictan medidas cautelares, sino embargos preventivos o definitivos.

La medida cautelar busca dotar de eficacia, dotar de realidad, al pronunciamiento final (un acto administrativo) emitido en un procedimiento administrativo. La medida cautelar es una herramienta que permite proteger el interés público cuya salvaguarda le corresponde a la autoridad administrativa en el

marco del procedimiento administrativo. La medida cautelar constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso, y en esa medida, expresión de un Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariano Deho, Eugenia (2013). "Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad 'objetiva' del juzgador". En Ledesma Narváez, Marianella. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Ariano Deho, Eugenia (2003). *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista Editores.
- Calamandrei, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Caponi, Remo (2006). "La nueva disciplina general de los procedimientos cautelares", *Ius et veritas*, Lima, Año XVI, número 32.
- Danós Ordoñez, Jorge y Diego Zegarra Valdivia (1999). *El procedimiento de Ejecución Coactiva*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy (2010). "Medidas cautelares en el procedimiento administrativo peruano: Una mirada crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debiera hacerse al respecto". *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, Año 5, número 9.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá - Lima: Temis - Palestra Editores.
- Gómez Apac, Hugo (2011) "El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?" *Revista de Derecho Administrativo*, Derecho de la Competencia, número 10, Tomo II.
- Guzmán Napurí, Christian (2013) *Manual del procedimiento administrativo general*, Lima: Instituto Pacífico.
- Guzmán Napurí, Christian (2011). *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Caballero Bustamante.
- Hernández-Mendible, Víctor Rafael (2011). "La ejecución de los actos administrativos". *Revista Derecho PUCP*, número 67.
- Lozano Cutanda, Blanca (2010). *Derecho ambiental administrativo*, Madrid: La Ley.
- Marina Jalvo, Belén (2007). *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Valladolid: Lex Nova.
- Mendoza Ugarte, Armando (2009). *La Ejecución Coactiva. Comentarios al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Lima: Línea Negra.

- Monroy Gálvez, Juan (2001). "La actuación de la sentencia impugnada". *Themis*, Lima, número 43.
- Monroy Palacios, Juan José (2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima: Comunidad.
- Moreno Molina, José (2006). *Procedimiento y proceso administrativo práctico*. Volumen 3. España: La Ley.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Décima edición, Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2009). Los recursos administrativos en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en los procedimientos sectoriales, Lima: Gaceta Jurídica.
- Peláez Bardales, Mariano (2010). *El proceso cautelar*. Tercera edición, Lima: Grijley.
- Podetti, Ramiro (1955). *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires: Ediar.
- Priori Posada, Giovanni F. (2006). *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*, Lima: ARA.
- Priori Posada, Giovanni (2005). "El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites". *Ius et veritas*, Lima, Año XV, número 30.
- Quiroga León, Aníbal (2011). "La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el Código procesal Civil". En Córdova Schaefer, Jesús, *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*, Lima: Caballero Bustamante.
- Sanz Rubiales, Íñigo y Manuel Gómez Tomillo (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Navarra: Thomson Reuters.

EL PRECEDENTE EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Eduardo Hernando Nieto

Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Teoría Social y Política por la University of East Anglia Norwich, Inglaterra. Catedrático en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Particular de San Martín de Porres, Universidad Nacional Federico Villareal, Universidad Privada de Ciencias Aplicadas, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional de Piura, Academia de la Magistratura y el Centro de Altos Estudios Nacionales, entre otros.

Autor de numerosos libros, artículos y textos especializados; así como expositor en conferencias, ponente en congresos y paneles nacionales e internacionales.

EL PRECEDENTE EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Eduardo Hernando Nieto

RESUMEN

Como señalan diversos especialistas, se ha producido en los últimos años un fenómeno interesante en el derecho, el tradicional "derecho común" o "common law" del mundo anglosajón se ve cada vez más expuesto a normas legislativas dejando de lado sus tradicionales precedentes; en tanto que en nuestro derecho civil o derecho escrito es cada vez más usual el empleo de precedentes judiciales para interpretar y justificar las decisiones.¹²⁶

A su vez, también es cierto que el auge de las concepciones argumentativas del derecho ha contribuido para que en nuestro medio se hable mucho sobre el precedente judicial, esto por la sencilla razón que la argumentación al orientarse a la justificación de las decisiones, emplea medios jurídicos como el de la ley pero también el de los precedentes (amen de usar también otros medios extrajurídicos como las razones de carácter moral o económico, por ejemplo).

En este sentido, es posible seguir una definición básica de precedente que sería la siguiente: "Toda decisión judicial anterior relevante para la resolución de casos futuros es un precedente"¹²⁷. De acuerdo entonces a esta definición, no todo precedente resulta siendo vinculante o autoritativo en sentido categórico, por lo cual su ámbito de análisis puede ser perfectamente el que corresponde a la argumentación jurídica.¹²⁸

De esta forma, este texto pretende establecer por un lado los nexos que existen de manera general entre los precedentes y la argumentación jurídica, enfatizando en todo caso su carácter

87

¹²⁶ Moral, Leonor. (2002) p.15.

¹²⁷ Ibid. pág.17.

¹²⁸ Ibid.

justificatorio en el razonamiento jurídico. Pero, por otro lado, también el uso de los precedentes puede considerarse como una forma idónea de poder resolver problemas de interpretación – y lógicamente aplicación – del derecho que aparecen regularmente por la propia naturaleza del derecho – y que dicho sea de paso se ha agudizado en los últimos años – tratando de hacer más transparente la identificación del derecho. Sin embargo, tampoco habrá que soslayar aquellas concepciones realistas escépticas que sostienen por otro lado que toda interpretación siempre será subjetiva y que en ese sentido los precedentes también serían susceptibles de interpretación al ser considerados como fuente de derecho.¹²⁹ Finalmente, se buscará una aproximación hacia el empleo del precedente en el derecho administrativo nacional, enfatizando las disposiciones que corresponden al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

SUMILLA

I. ¿Cuál es el sentido de los precedentes en el derecho contemporáneo? II. ¿Qué es la teoría de la argumentación. III. Los precedentes en el derecho administrativo peruano. IV. Conclusiones.

88

I. ¿CUÁL ES EL SENTIDO DE LOS PRECEDENTES EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO?

Como señalábamos el empleo de los precedentes en nuestro medio, se viene dando paralelamente al auge de la teoría argumentativa del derecho, por lo que resulta dable trazar una línea de conexión entre ambos. Sin embargo, también se puede considerar una razón en su favor el hecho que el precedente pueda contribuir a mejorar la indeterminación normativa del derecho, que es una característica muy visible hoy en día en donde se observan una mayor cantidad de problemas de textura abierta o indeterminación normativa (ligada por ejemplo a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje), mayor

¹²⁹ Postura que sostiene la escuela escéptica o realista genovesa. Cfr. Tarello, Giovanni. (2013). También Guastini, Riccardo. (1999).

cantidad de antinomias y más presencia de lagunas, todo lo cual dificulta ciertamente la práctica efectiva del derecho.¹³⁰

Así pues, tenemos como sostiene el profesor Alexy, problemas de vaguedad del lenguaje jurídico, problemas de conflictos entre normas, casos que no tienen una respuesta válida del sistema y finalmente existen también casos en donde sea necesario decidir aun en contra de lo que literalmente esté expresando la norma.¹³¹

Justamente, tal situación ha permitido que gane terreno la tesis de la discreción judicial, la misma que para algunos pueda percibirse como una amenaza a la práctica del derecho por la imprevisibilidad de las sentencias por ejemplo.¹³² En este sentido, - dicen otros- el empleo del precedente – así como también de la jurisprudencia – se va convirtiendo en una herramienta que puede ser eficaz en cuanto a lo que significa limitar la capacidad creadora (discrecionalidad) de los jueces:

"La vinculatoriedad de los precedentes o de la jurisprudencia no es, por tanto, como podría parecer a priori, un elemento que potencie el poder creativo de los jueces sino que, antes al contrario, lo limita convenientemente, restringiendo el ámbito de su discrecionalidad en la determinación del órgano jurídico aplicable. Tampoco supone, dicha vinculación, alterar nuestro actual sistema normativo, ya que la misma no convierte, salvo excepciones, a la jurisprudencia ni a los precedentes en fuentes del derecho, sino que impone, simplemente, al juez actual que en la selección de la fuente del Derecho a aplicar y en la interpretación de la misma siga precisamente el criterio establecido en una sentencia o línea jurisprudencial precedente dotada de autoridad."¹³³

89

¹³⁰ Cfr. Alexy, Robert. (2007). pp. 27- 32. También, Hart, H.L.A. (2007). cap. VII.

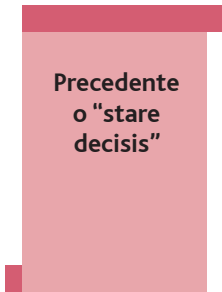
¹³¹ Ibid. 28.

¹³² Sin embargo, esto también dependerá de cual sea la concepción del derecho que se tenga, por ejemplo para una perspectiva positivista la discrecionalidad no tiene porqué ser tomado como arbitrariedad o irracionalidad ya que igual corresponde a un razonamiento lógico. Cfr. Alchourron, Carlos. E. y Bulygin, Eugenio. (2006). Cap. VIII.

¹³³ Orozco, Martín. (2011). p. 21. Respecto a la naturaleza del precedente como fuente de derecho es un tema discutible sin embargo, en este artículo sigo la tesis que considera al precedente vinculante como fuente de derecho, es decir, como fuente derivada y no como fuente originaria que sería más bien el caso del derecho común anglosajón.

Sin embargo, también es necesario reconocer que no se trata de mantener estática a la jurisprudencia, pues existen vías que facultan, por ejemplo, la posibilidad de modificar el precedente si es que varía el criterio interpretativo de los mismos órganos que generan los precedentes, sin que esto signifique tampoco una amenaza para la seguridad jurídica.

El concepto precedente o "stare decisis" (estarse a lo que se ha decidido previamente), es un medio jurídico que proviene de la tradición jurídica del "common law" o derecho común inglés, y se puede definir de una forma más compleja en los siguientes términos:



**Precedente
o "stare
decisis"**

"una decisión de un tribunal o de un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión)"¹³⁴. Sin embargo, también es cierto que un precepto esencial de la administración de justicia señala que todo caso similar debe ser decidido de manera semejante¹³⁵.

La naturaleza fuertemente coercitiva de la doctrina inglesa del precedente, se genera de las "reglas del precedente" que son reglas surgidas en la práctica judicial y que se hicieron para ratificar el hecho que el derecho inglés se basa en el *case law* o derecho jurisprudencial.

El case law se constituye por reglas y por principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones, así en este sistema, un juez que resuelve un caso posterior por fuerza debe tener presente los casos previos, ya que éstos no son simples materiales auxiliares que se pueden tener en cuenta o no. Este hecho significa entonces,

¹³⁴ Citado por Aguilo, Josep. (2008). pp. 113 – 114.

¹³⁵ Cross Rupert y J.W. Harris. (2012). p.23.

considerar que la decisión que adopta un juez en un caso particular es un precedente, esto da lugar a distintos tipos de precedentes:

Por ejemplo:

El juez puede tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en que se basa su decisión; puede también decidir de la misma forma que el caso anterior a menos que tenga razones válidas para no hacerlo apartándose por ello del precedente (*distinguish*) y finalmente si el precedente no lo estableció un tribunal superior derogarlo o anularlo (*overrule*). En todo caso, también existe el llamado precedente vinculante que obliga a seguirlo aun cuando se tenga buenas razones para no hacerlo, este sería el caso de los precedentes obligatorios que se distinguen de los persuasivos en el sentido que éstos serían aquellos que podrían ser considerados por el órgano que tiene que resolver el caso aunque no estaría obligado a seguirlos ni tampoco a motivar su apartamiento.¹³⁶

Ahora bien, es necesario indicar que no toda la sentencia de un caso se convierte en precedente sino que solamente éste lo constituye la llamada "ratio decidendi" (razón de la decisión), es decir la norma jurídica o premisa normativa que se toma como fundamento del fallo¹³⁷, la "ratio decidendi" se distingue de la llamada "obiter dictum" que constituiría la parte persuasiva de la sentencia pero que no constituye en precedente, este concepto de "obiter dictum" es bastante antiguo en el derecho inglés como lo atestigua esta referencia del siglo XVII:

91

"Si se observa que la opinión expresada por un tribunal no es necesaria para decidir el caso concreto, y que el mismo bien hubiera podido decidirse de la misma manera incluso expresando lo contrario, debe concluirse que dicha manifestación no constituye

¹³⁶ Orozco, Martín, *ibíd.* pp. 191 – 192.

¹³⁷ *Ibid.*p.28. "La ratio decidendi de un caso es cualquier regla de Derecho que haya sido explícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho juez". Cfr. CROSS Rupert y J.W. Harris, *Ibid.*p.93.

una opinión judicial, sino que es un mero *gratis dictum*¹³⁸, sin embargo, en los tiempos actuales si se suele asociar el "obiter dictum" con la opinión judicial.

Pero volviendo al concepto de "ratio decidendi", es importante no perder de vista el tener también que distinguirlo del concepto de fuente de derecho¹³⁹:

Fuente de derecho

Por fuente de derecho se entendería a "los actos, hechos o valores con vocación normativa establecidos por un determinado sistema como elementos de los que derivan las normas jurídicas, siendo por tanto éstas un producto derivado de las fuentes."¹⁴⁰ Así pues, podría considerarse como fuente de derecho a la Ley, la costumbre, los principios generales del derecho o la actuación judicial (en tanto sea concebida como fuente de derecho).¹⁴¹

92

"ratio decidendi"

Con relación a esto es preciso indicar que el concepto de norma, premisa normativa o *ratio decidendi* habría que entenderlo en el sentido que lo propuso la escuela realista genovesa, es decir, como el producto o resultado de la actividad interpretativa¹⁴² que se inicia justamente a partir de una fuente normativa, (discurso de la fuente).

¹³⁸ Citado por Cross Rupert y J.W. Harris, (2013). p.63. La cita corresponde al Juez Vaughan y es de 1673.

¹³⁹ Veremos luego que en realidad el precedente se genera de una fuente normativa para el primer Juez pero para el que lo sigue (es decir el segundo Juez) ya se convierte en precedente.

¹⁴⁰ Orozco, Martin. (2011). Ibid. p.27. Respecto a esto señala también el profesor Josep Aguiló siguiendo a Norberto Bobbio: "Por tales voy a entender los hechos y actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas". AGUILLO, Josep. (2008) Ibid. p. 51.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Esta distinción entre el discurso de la fuente y el discurso del intérprete se expresa en los términos de disposición y de norma. Cfr. Guastini, Riccardo. En: Pozzolo, Susana y Escudero, Rafael. -Editores- (2011).

En este sentido, anota el profesor Guastini, importante exponente de la escuela genovesa:

“1) Llamo “disposición” a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes.

2) Llamo “norma” a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones).¹⁴³

De esta manera, se parte de la fuente normativa (disposición) para poder llegar a la norma; es decir, a la “ratio decidendi” que decide el caso. En este sentido, no sería exacto referirnos al primer juez como el que crea “el precedente” ya que él estaría resolviendo a partir de un derecho objetivo (fuentes normativas) y recién se convertiría en precedente para el siguiente juez que podría partir de ésta norma para poder resolver su caso, (en la medida que lo acepte claro está). Esto significa en conclusión, que el precedente recién empezaría con el siguiente juez como lo sostiene el profesor Josep Aguiló:

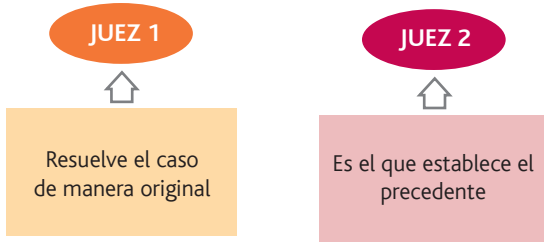
93

“Si por fuentes hay que entender aquellos factores que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión, entonces es evidente que quien “crea” el precedente no es el Juez1, sino el Juez2. Es decir, el precedente lo establece no el primer juez que resuelve un caso de manera original y que supuestamente “establecía el precedente”; sino el segundo, el que recurre a esa decisión porque le resulta persuasiva a los efectos de formular (y justificar) la regla con la que decidirá el caso. En otras palabras, conforme a esta manera de entender las fuentes del Derecho no son los actos del primer juez los que generan el precedente (de ahí que no tenga sentido llamarle fuente-acto) sino los del segundo”¹⁴⁴.

¹⁴³ Guastini, Riccardo. Ibid. p. 136.

¹⁴⁴ Aguiló, Josep. (2009). p. 160.

Gráfico N° 9



Elaboración: ECP del Indecopi.

Esta postura, sin embargo, sería observada por el propio Aguiló en el sentido que dejaría un poco sin piso a la doctrina del precedente ya que, finalmente, quien decidiría en último término su existencia sería como vimos el segundo juez¹⁴⁵, procediendo él mismo a decidir qué es y que no es derecho según su criterio.

94

II. ¿QUÉ ES LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN?

Hablar de la Teoría de la Argumentación Jurídica, significa pensar en la Teoría del Derecho que corresponde al siglo XXI¹⁴⁶, puesto que todas las grandes teorías del derecho del siglo XX (léase positivismo, iusnaturalismo y realismo) nunca llegaron a identificar el carácter argumentativo del derecho¹⁴⁷, con esto evidentemente no se está diciendo tampoco que el derecho sea únicamente argumentación¹⁴⁸, pero si se quiere dejar constancia que desde esta perspectiva la teoría del derecho ya no debe servir simplemente para describir un objeto y analizarlo minuciosamente sino que debe de contribuir a partir de un diseño ideal a mejorarlo y optimizarlo¹⁴⁹. Quien afirma esto es precisamente uno de los académicos que más ha contribuido al desarrollo del enfoque argumentativo, como es el profesor de la Universidad de Alicante Manuel Atienza.

¹⁴⁵ Ibid.

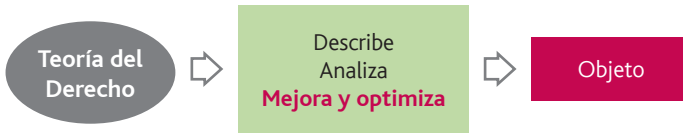
¹⁴⁶ Atienza, Manuel. (2006).

¹⁴⁷ Atienza, Manuel. (2005).

¹⁴⁸ Atienza, Manuel. (2003).

¹⁴⁹ Ibid.

Gráfico N° 10



Es una ciencia práctica

Elaboración: ECP del Indecopi.

Pero, ¿qué significa este carácter argumentativo del derecho?. Concretamente se trata de identificar el carácter práctico el derecho; es decir, considerarlo no como un fin sino como un medio o una técnica destinada a resolver problemas de carácter práctico¹⁵⁰, de esta manera se afirma que el Derecho no es una ciencia teórica sino una ciencia práctica; en palabras del profesor Robert Alexy, una forma especial de razonamiento práctico general que se encuentra inmerso dentro de una teoría del discurso¹⁵¹. Precisamente como diría Alexy:

"la idea básica de la Teoría del Discurso es la poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos entiendo problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo. Con esto intenta la teoría del discurso ir por un camino medio entre teorías objetivistas y cognitivistas, de una parte, y subjetivistas y no cognitivistas de la otra. Su punto de partida es el discurso práctico general. Discursos prácticos generales no son argumentaciones institucionalizadas sobre lo que es ordenado, prohibido y permitido, así como tampoco de lo que es bueno o malo. Un discurso práctico es racional cuando en él se llenan las

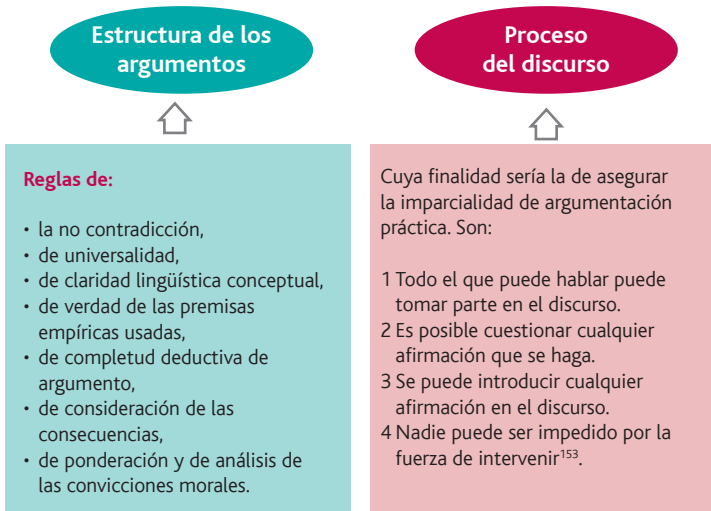
¹⁵⁰ "El derecho no es un fin en sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del Derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. El Derecho no es más – ni menos – que una técnica – cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente para la resolución- de hecho, no siempre justa de los conflictos sociales". Atienza, Manuel. (2005). p. 17

¹⁵¹ Alexy, Robert. (1994). p.151. También (2004) p.47, p.59.

condiciones de argumentación práctica racional. Al satisfacer estas condiciones el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es por eso una teoría procesal de la corrección práctica".¹⁵²

De esta manera se tendría que el discurso poseería dos tipos de reglas según Alexy:

Gráfico N° 11



96

Elaboración: ECP del Indecopi.

En la medida que estas condiciones están en un plano ideal - señalaría Alexy- entonces tendrían que estar institucionalizados en un sistema de Derecho para su concreción, aun cuando está claro para él que solamente podría operar en un Estado Constitucional de Derecho.

Dentro de la argumentación jurídica a su vez resulta relevante también el concepto de motivación, que en la actualidad no es solo un deber sino un derecho, ligado a las garantías del debido proceso.

¹⁵² Alexy, Robert. Ibid, pp. 47 – 48.

¹⁵³ Ibid, pp 50 – 51.

De esta manera lo que busca la motivación es poder conocer la decisión y de esta forma ejercer control sobre ella, ya que de alguna forma no se confía del todo en la autoridad del juez. Para que la comunicación pueda ser efectiva está claro entonces que se debe de seguir las reglas y formas del discurso práctico general¹⁵⁴, incluyendo reglas como las de la coherencia, consistencia, etc., a fin de que pueda darse una comunicación lógica que sea comprensible y faculte de esta forma el control.¹⁵⁵

Finalmente, cuando en el derecho hablamos de motivación o justificación estamos pensando en la posibilidad de universalizar el fallo con lo cual no solamente sería éste aceptable sino que se estaría validando su proyección hacia el futuro.¹⁵⁶

III. LOS PRECEDENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PERUANO

En nuestro ordenamiento jurídico y a través de la Ley del Procedimiento Administrativo, Ley 27444, se regula la figura de los precedentes administrativos, esto se menciona tanto en el artículo V numeral 2.8¹⁵⁷ que se refiere a las fuentes del derecho administrativo así como en el artículo VI del Título preliminar, en donde la ley se expresa de manera muy amplia sobre lo que es el precedente administrativo,¹⁵⁸ considerando como requisitos:

97

¹⁵⁴ Alexy, Robert. (2007). Ibid. p. 265.

¹⁵⁵ Gascón, Marina & García, Alfonso. (2005). Cap. IV.

¹⁵⁶ Aguiló, Josep. (2008). Ibid. p. 162.

¹⁵⁷ Artículo V Fuentes de los Procedimientos administrativos: (...)

2. Son fuentes del derecho administrativo

(...)

2.8 Las Resoluciones emitidas por la Administración a través de sus Tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

¹⁵⁸ Artículo VI Precedentes Administrativos:

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria para la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.
2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser

- 1) Debe ser un acto firme,
- 2) Debe recaer en situaciones jurídicas no regladas plenamente, y
- 3) Debe ser publicado en el diario oficial El Peruano¹⁵⁹.

A su vez se señala que existen algunos principios que pueden también justificar los precedentes en el derecho administrativo, por ejemplo:¹⁶⁰

- El principio de igualdad ante la Ley, que se traduce en un mismo trato a los administrados, que vincula a todos los poderes públicos, especialmente a la administración en la aplicación del derecho.
- El Principio de seguridad jurídica y buena fe, por el cual los administrados saben a qué atenerse en el futuro y mantiene a la administración en el ejercicio de sus funciones en una posición de lealtad, eliminando cualquier viso de desviación de poder o de actos de corrupción.
- El Principio de interdicción de la arbitrariedad y de buena administración, que rescata dos caracteres básicos de los precedentes administrativos, como son la similitud que debe existir entre el caso presente y el pasado para su aplicación, al cual podemos denominar un carácter objetivo, y que estas resoluciones provengan de la misma institución que ha decidido los casos en el pasado, es decir, un carácter subjetivo en función de la entidad.

98

modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que sea más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

¹⁵⁹ Artículo VI del Título preliminar Ley de Procedimientos Administrativos Ley N° 27444.

¹⁶⁰ Citado por Figueroa, Yesenia. "Los Precedentes Administrativos y su regulación en el Perú". Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/item/60049/los-precedentes-administrativos-y-su-regulacion-en-el-peru>

En cuanto a lo que significa específicamente el caso de Indecopi, por ejemplo se señala lo siguiente:

Indecopi: Artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807

Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

99

Respecto a estas disposiciones que facultan a distintos órganos resolutivos a poder establecer criterios interpretativos vinculantes con la sola posibilidad de poder ser modificados por ellos mismos, si es que se motiva o justifica tal cambio interpretativo, parecería implicar que se deja sin capacidad discrecional a cualquier funcionario administrativo que tendría que seguir fielmente entonces los criterios interpretativos o precedentes establecidos expresamente. ¿Pero resulta esto del todo cierto? , si seguimos el razonamiento que hemos tratado de exponer aquí a partir de la distinción entre fuente normativa y norma entonces podríamos considerar que serían realmente muy escasas las situaciones en las cuales podría desaparecer la discrecionalidad, estos casos podrían ser:

Caso 1 Cuando la autoridad considere que la solución normativa para resolver el caso sea única.

Caso 2 Cuando esta solución haya sido considerada como única o cuando menos como la solución predominante en la práctica jurisdiccional.¹⁶¹

Solamente entonces en estos dos casos no se hablaría de creación normativa por parte de la autoridad, lo cual implicaría que en los demás casos siempre podrían existir distintas posiciones sobre la corrección del precedente o en todo caso al poder ser el precedente un texto por interpretar, éste también sería susceptible de interpretación.¹⁶²

IV. CONCLUSIONES

El interés por el empleo de los precedentes en nuestro derecho, a pesar de tener un origen en la tradición jurídica anglosajona, se debe básicamente a la necesidad de establecer límites a la discrecionalidad de magistrados y autoridades.

100 El incremento de la discrecionalidad por su parte se origina por el aumento de las lagunas, antinomias y la textura abierta del derecho, que es a su vez una consecuencia del propio desarrollo de la modernidad que hace nuestra realidad más compleja e indeterminada.

En este sentido, y también por un rechazo hacia la discrecionalidad se ha producido un avance de la teoría argumentativa del derecho y la motivación judicial, reconociendo también al precedente como un medio justificativo en la argumentación jurídica.

Por su parte, el desarrollo de la teoría jurídica especialmente desde las concepciones analíticas han enfatizado en el tema de la interpretación, distinguiendo entonces entre lo que es una fuente de derecho y lo que es una norma jurídica; en este sentido consideran los autores de la escuela realista genovesa que la identificación del derecho será siempre un acto de decisión antes que un acto de

¹⁶¹ Orozco, Martín. (2011). *Ibid.*, p.147.

¹⁶² Aquí si seguimos la tesis del realismo italiano, toda interpretación siempre será subjetiva por lo tanto para ellos en toda circunstancia en la que se parte de una fuente normativa – y peor si no se parte de ella – siempre existirá discrecionalidad.

conocimiento, siendo finalmente que la autoridad ligada a la tarea de aplicar el precedente sería finalmente la que tenga que extraer del mismo precedente su "ratio decidendi" o premisa normativa.

Como consecuencia de ello, la propuesta del empleo del precedente en cualquier ámbito – en este caso nos interesó el campo administrativo – no necesariamente generará la seguridad y certeza que promete pues, como se ha señalado, pueden ser muy escasos los casos en donde pueda dejarse de lado la discrecionalidad de la autoridad; en todo caso habría que evaluar si el empleo de los precedentes en nuestro derecho a mediano o largo plazo estará contribuyendo a hacer al derecho predecible aunque esto no sea sinónimo de justo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep. (2009). "Fuentes del Derecho y normas de origen judicial". En: *Sufragio*, Revista especializada en derecho electoral, México. N° 3.
- Aguiló, Josep. (2008). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel
- Alchourron, Carlos. E. y Bulygin, Eugenio. (2006) *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, Robert. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, Robert. (2004). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, Robert. (1994). *El Concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, Gedisa.
- Atienza, Manuel. (2006). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, Manuel. (2005). *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, Manuel. (2003). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Cross Rupert y J.W. Harris, (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, Marina & García, Alfonso. (2005). *La Argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.
- Guastini, Riccardo. (1999). *Distinguiendo*, México: FCE, Barcelona: Gedisa.

- Hart, H.L.A. (2007). El Concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Moral, Leonor. (2002). El Precedente Judicial, Madrid: Marcial Pons.
- Orozco, Martín. (2011). La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante. Pamplona: Thomson Reuters.
- Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael. (Editores). (2011). Disposición vs Norma. Lima: Palestra.
- Tarello, Giovanni. (2013). La interpretación de la Ley. Lima: Palestra.

**EL DESESTIMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

José Antonio Tirado Barrera

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia
Universidad Católica del Perú y en la Universidad ESAN.
Gerente Legal del Indecopi

EL DESISTIMIENTO DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. (Especial énfasis en el caso del procedimiento sancionador de protección al consumidor) ¹⁶³

José Antonio Tirado Barrera

RESUMEN

Se analiza la figura del denunciante en el marco del procedimiento administrativo sancionador, con el fin de esclarecer el rol que desempeña en el caso específico del procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor, y el alcance y sentido institucional que le corresponde al desistimiento de la denuncia, en este tipo de procedimientos.

SUMILLA

105

I. Presentación. II. Denunciante e interesado en el procedimiento sancionador. III. Las características del procedimiento trilateral. IV. La supuesta existencia de un procedimiento trilateral – sancionador y la cuestión del desistimiento de la denuncia y la conciliación en el procedimiento sancionador sobre protección al consumidor. V. Conclusión.

I. PRESENTACIÓN

Este artículo tiene por finalidad analizar las consecuencias legales del desistimiento de la denuncia en el procedimiento administrativo sancionador, con especial énfasis en el procedimiento de protección al consumidor.

¹⁶³ El presente texto constituye una actualización de un trabajo anterior que, con el mismo título, se publicó en la Revista Jurídica Thomson – Reuters, Año II N° 90, setiembre de 2014. En esta oportunidad se han incorporado referencias a comentarios aparecidos recientemente en nuestro medio, así como una muy importante sentencia del Poder Judicial sobre el tema. El texto se encuentra actualizado a diciembre del 2014. Las opiniones expresadas en el trabajo, son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Para estos efectos, daremos cuenta en el primer apartado de la función y posición del denunciante y del interesado en el procedimiento sancionador; luego, procederemos a revisar las características distintivas del procedimiento trilateral, para, posteriormente, introducirnos en la discusión sobre la validez del denominado procedimiento *trilateral – sancionador* como un medio que permite, supuestamente, compatibilizar para determinados intereses legítimos la intervención represora de la Administración y el reconocimiento de la capacidad de autocomposición de intereses de los sujetos privados con efectos sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

II. DENUNCIANTE E INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

106 Para conocer cuál es la función y posición del denunciante en un procedimiento administrativo sancionador, es imprescindible determinar de qué manera es que éste se inicia. Esta determinación legal está relacionada, evidentemente, con las finalidades que la ley persigue a través de este tipo de procedimiento y, más específicamente, tiene directa relación con los intereses en juego que deben ser articulados en cada tipo de procedimiento.

Así, la Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG fija que los procedimientos administrativos (como regla general) podrán iniciarse ya sea de oficio por decisión de la autoridad, ya sea por iniciativa del interesado, salvo que la ley o su *propia finalidad* determinen obligatoriamente una u otra forma¹⁶⁴.

Por lo tanto, en el modelo básico del procedimiento administrativo (que se encuentra estructurado bajo la idea de un procedimiento lineal, bilateral) la determinación de quién puede iniciar un procedimiento administrativo, está subordinada a la finalidad institucional que, de forma específica, le corresponda a cada

¹⁶⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 103°.- Formas de inicio del procedimiento

El procedimiento administrativo es promovido de oficio por el órgano competente o instancia del administrado, salvo que por disposición legal o por su finalidad corresponda ser iniciado exclusivamente de oficio o a instancia del interesado."

procedimiento en particular. Motivo éste que deberá orientar al intérprete a fijar cuál es el interés general que debe ser protegido a través de cada procedimiento específico¹⁶⁵.

Así, pues, queda claro, que será la finalidad institucional propia de cada tipo de procedimiento la que deberá nutrir a éste de las reglas esenciales para su configuración, siendo la cuestión sobre la forma de iniciación del procedimiento uno de aquellos aspectos fundamentales.¹⁶⁶

En el caso del Derecho Administrativo Sancionador, el procedimiento está orientado a la protección de ciertos intereses o bienes jurídicos que han merecido una especial atención por parte del legislador para otorgarles resguardo a través de la amenaza del ejercicio del ius puniendi estatal, procurando, así, desincentivar su realización¹⁶⁷. El ejercicio de dicha potestad es de tal intensidad respecto de los derechos de los administrados y de tanta relevancia para la protección del interés general, que su ejercicio exclusivo por parte de la autoridad pública se encuentra plenamente justificado y constituye una exigencia, de raíz constitucional¹⁶⁸.

107

¹⁶⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo III.- Finalidad

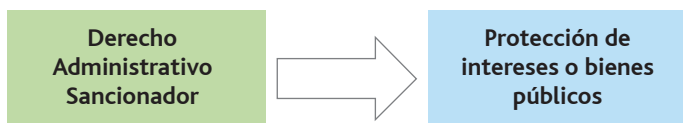
La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general."

¹⁶⁶ Lozano Cutanda, Blanca. (2010). p. 853.

¹⁶⁷ "No puede dejar de subrayarse que es indiscutible que el Derecho administrativo sancionador se usa para reprimir comportamientos socialmente muy grave, lo que requiere, simultáneamente la imposición de graves sanciones." Gomez Tomillo, Manuel e Iñigo Sanz Rubiales. (2010). p. 68.

¹⁶⁸ "El establecimiento por la Ley de los fines de interés público que la Administración debe cumplir es, desde luego, una exigencia ineludible del principio democrático y del Estado de Derecho cuando, para la consecución de aquellos fines, la actuación de la Administración suponga una intromisión en la esfera de libertad del individuo, como también lo es, sin duda, la necesidad de que sea precisamente la Ley quien tome la decisión sobre los medios de que la Administración debe valerse, en cada caso, para alcanzar aquellos fines, justamente en la medida en que el empleo de tales medios pueda suponer la atribución a la Administración de potestades potencialmente lesivas de la esfera de libertad individual de los ciudadanos, exenta de la intervención de los poderes públicos." Bocanegra Sierra, Raúl y Javier Garcia Luengo. (2007). N° 172. p. 109 – 110.

Gráfico N° 12

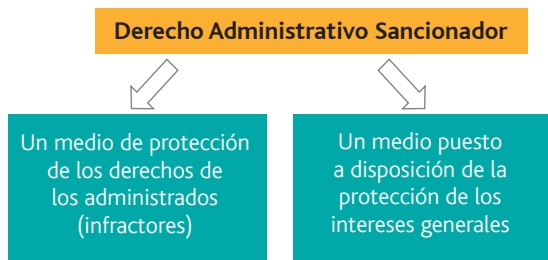


Elaboración: ECP del Indecopi

Debe tenerse presente, igualmente, que el Derecho Administrativo Sancionador debe ser visto, no sólo como un medio de protección de los derechos de los administrados (infractores) sino, esencialmente como un medio puesto a disposición de la protección de los intereses generales¹⁶⁹, postura que consideramos particularmente significativa y de la cual es posible extraer múltiples lecciones.

Gráfico N° 13

108



Elaboración: ECP del Indecopi

¹⁶⁹ "El progreso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador ha de conducir inevitablemente a una mayor atención de la actividad administrativa originaria, es decir, a la protección de los intereses generales, sin perjuicio del respeto a la ley. Esto es obligado porque de otra suerte (...) se confunde el objetivo con el instrumento." Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2012. Quinta edición puesta al día el 31 de diciembre de 2011. Tecnos. Madrid. p. 152.

Así, nuestra LPAG regula al procedimiento administrativo sancionador como un procedimiento especial, como un conjunto particular de disposiciones que se diferencian por su finalidad, respecto del procedimiento básico, común o general, al que se debe acudir sin afectar las finalidades propias y características esenciales de éste.

En consonancia con ello, la LPAG es clara en establecer, sin género de duda, que el procedimiento sancionador siempre se inicia de oficio; es decir, únicamente por decisión de la autoridad administrativa competente. Ahora bien, también es importante resaltar que la LPAG, nutriéndose de las discusiones teóricas más importantes al respecto¹⁷⁰, fue plenamente consciente de la necesidad de reconocer en el procedimiento administrativo sancionador la posibilidad del impulso que le pueda proporcionar la intervención de un particular a través de una denuncia.

La determinación de la posición de quien presenta una denuncia, en realidad, no plantea muchos problemas pues su rol parece agotarse con ella y la propia LPAG establece que, por ese sólo hecho, no adquiere la consideración de sujeto del procedimiento¹⁷¹.

109

La verdadera cuestión problemática está en determinar si, para el caso del procedimiento sancionador, es posible determinar si un sujeto, además de tener derecho a presentar una denuncia (cuestión sobre la que no existe duda), puede llegar a exhibir algún tipo de interés o derecho que le permita constituirse en sujeto del procedimiento sancionador y, correlativamente, la determinación de sus consecuencias procedimentales.

¹⁷⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 235°.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia."

¹⁷¹ Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 105°.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento."

La experiencia demuestra que el legislador utiliza las sanciones administrativas para proteger una diversidad muy grande de bienes o intereses jurídicos, no siempre con la misma relevancia social ni con la mejor precisión técnica.

Por ejemplo:

Puede tratarse de:

- la protección administrativa ante la contaminación de aguas o del aire, o de la defensa de la libre competencia frente a prácticas colusorias verticales tales como la celebración de contratos de exclusividad que restringen el ingreso a determinados mercados de otros competidores;
- como puede sancionarse conductas con menores capacidades de dañar a otros sujetos, como lo pueden ser, por ejemplo, la infracción a deberes formales en declaraciones tributarias o laborales u otros similares.

110 En estos ejemplos podemos identificar que las conductas prohibidas no generan, por igual, las mismas consecuencias respecto de los sujetos afectados, ni es posible encontrar en todos ellos, la existencia de un afectado en forma directa e inmediata. Deberá estarse, pues, a las peculiaridades de cada procedimiento y de los intereses generales que se encuentren protegidos en ellos, para determinar aquello que será lo verdaderamente decisivo en este tema, que no es otra cosa que la determinación de la existencia de intereses legítimos que puedan ser atribuidos a ciertos administrados.¹⁷²

¹⁷² "Y es que no siempre una infracción administrativa afectará exclusivamente a intereses públicos y, en consecuencia, no siempre el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora interesará sólo a la Administración Pública. En particular, cuando el infractor ha ocasionado un daño o perjuicio a un tercero, y no sólo a los bienes e intereses públicos protegidos por el ordenamiento sancionador aplicable, al menos este damnificado por la infracción administrativa sí merece tener la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador (...)" Gosalbez Pequeño, Humberto. en García de Enterría, Eduardo y Ricardo Alonso García. (2012.) p. 1393.

Por ejemplo:

En el caso de las infracciones formales en que puede incurrir un contribuyente al momento de presentar una declaración de ingresos, no aparece claro que pueda demostrarse el legítimo interés de algún otro administrado; siendo que sólo estamos frente al incumplimiento de un deber formal en el cumplimiento de la relación jurídico – tributaria donde, en principio, no se genera directamente ningún efecto lesivo sobre derechos o expectativas de terceros. Como regla general, la falta de cumplimiento de deberes meramente formales (tales como el registro en libros), sólo podrá tener consecuencias respecto del cumplimiento de esos específicos deberes formales ante la Administración tributaria pero no tiene, como regla general, la capacidad de trascender hacia otros sujetos distintos a la propia Administración.¹⁷³

De otro lado, podemos encontrar situaciones que pueden ser calificadas sin dificultad como una infracción administrativa y cuyos efectos, sin embargo, adquieren trascendencia respecto de terceros (a diferencia del ejemplo de las infracciones formales antes aludido) pudiendo apreciar a un sujeto que se ve afectado de forma inmediata y directa en sus derechos o intereses, por conductas tipificadas como infracciones administrativas¹⁷⁴.

111

¹⁷³ Esta falta de trascendencia es la que justifica, por ejemplo, que este tipo de infracciones puedan ser objeto de un tratamiento benévolo que permita, incluso, la subsanación de las mismas sin generar responsabilidad en el administrado. Un ejemplo reciente de lo anterior lo podemos encontrar en el Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia vinculados a la remisión de información, cuya publicación fue dispuesta por la Resolución del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA N° 046-2013-OEFA/CD.

¹⁷⁴ Citando reiterada jurisprudencia española Humberto Gosalbez Pequeño ha señalado que: "(...) el tercero en el procedimiento administrativo sancionador estará legitimado como titular de un interés legítimo si el ejercicio de la potestad sancionadora puede producirle un efecto positivo en su <esfera jurídica> o < puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera > (...)" Op. cit. p. 1395.

Por ejemplo:

Piénsese en el ejemplo propuesto de suscripción de contratos de exclusividad, situación que afecta de forma directa e inmediata a los competidores potenciales que quedan excluidos de acceder a un determinado mercado, sin perjuicio de reconocer la potencial lesión de los consumidores que se ven perjudicados en su capacidad de elección por la restricción a la competencia que dichos contratos generan. Teniendo en cuenta que tales modalidades contractuales podrían configurar una infracción a las normas de libre competencia, es fácilmente advertible la concurrente lesión de derechos o expectativas de terceros.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la sanción administrativa: "(...) es, en el fondo, un instrumento para imponer que los mandatos y prohibiciones establecidos en el ordenamiento jurídico sean realmente eficaces."¹⁷⁵ y que el ordenamiento jurídico va evolucionando y atendiendo diversas situaciones o fenómenos, por lo que las soluciones justas y coherentes que la ley fijó ayer, no necesariamente lo serán frente a nuevas situaciones que deberá enfrentar.

112

Por ejemplo:

Es lo que ha ocurrido cuando el ordenamiento extiende la regulación del Derecho Público a actividades, prácticas y conductas que anteriormente estaban íntegramente sujetas al Derecho Privado, siendo el ámbito de defensa de la libre competencia¹⁷⁶ y de la protección del consumidor¹⁷⁷ algunos

¹⁷⁵ Nieto, Alejandro. Op.cit. p. 59.

¹⁷⁶ "Lo más relevante es, creo, la decisión del legislador asumiendo la defensa de la competencia como interés público, como un fin que atañe a la Administración y que ésta queda obligada a preservar. La posición de la Administración no es, desde luego, arbitral. No busca dirimir conflictos que atañen a los particulares por su efecto reflejo en el Derecho Público, como es el caso de algunas manifestaciones administrativas que se suelen comprender bajo la rúbrica arbitral; su misión es defender el interés público representando por la defensa de la competencia, aunque ese interés tenga un efecto reflejo en las relaciones mercantiles." Baño León, José María p. 13.

¹⁷⁷ "Estamos aquí frente a un campo que ha sido fuertemente administrativizado y –por qué no decirlo– "invadido" por el derecho público. En concreto, porque desde la creación del Indecopi (...) y el establecimiento de un sistema administrativo

ejemplos de ello. En estos escenarios, el legislador deberá tener especial cuidado en adaptar satisfactoriamente la aplicación del régimen público¹⁷⁸ para evitar problemas de lo que podríamos denominar *sobre regulación* o de una *sub regulación*¹⁷⁹ en atención a los fines de interés público que debe respetar y asegurar el procedimiento aplicable. El régimen jurídico aplicable a un administrado (no imputado como infractor) que invoque un interés legítimo en el procedimiento sancionador es uno de estos problemas¹⁸⁰.

de protección al consumidor (establecido por el Decreto Legislativo 716), se ha producido una <publicación> de un ámbito tradicionalmente reservado al derecho privado.” Huapaya Tapia, Ramón y José Antonio Tirado (2013).p. 16.

¹⁷⁸ “(...) los mecanismos de respuesta previstos por el Estado serán de Derecho privado, como cuando se establece la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, mientras que en otros serán de Derecho administrativo como sucede cuando se impone una sanción, debido a que se habría cometido una infracción tipificada en la norma. Sin embargo, lo importante (...) es distinguir entre dichos supuestos, pues el riesgo es pretender aplicar instituciones del Derecho privado al Derecho público, o viceversa, con la consiguiente distorsión y confusión que esto puede generar.” Baca Oneto, Víctor (2013) . p. 21.

¹⁷⁹ Habrá una sobre-regulación cuando se impongan normas imperativas a conductas sociales que no manifiestan el grado de interés público suficiente para justificar la intervención pública en ese grado de severidad; por el contrario, estaremos ante un supuesto de sub-regulación cuando no haya intervención pública en grado suficiente respecto problemas que sí merecen la intervención pública pero que no la reconoce.

¹⁸⁰ “(...) en el procedimiento sancionador pueden existir, además del presunto responsable, otros interesados, titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos susceptibles de afectación por la resolución que ponga fin a aquél. Nada obsta, pues, a que el denunciante de una infracción administrativa pueda ser considerado como parte interesada en el procedimiento que eventualmente se incoe tras su denuncia (...) Lo anterior no significa, empero, que se deba reconocer la condición de interesado en el procedimiento sancionador a todo denunciante. Desde luego, tal reconocimiento no será viable jurídicamente cuando nos hallemos ante un simple ciudadano cuya única pretensión sea la de poner en conocimiento de la Administración la comisión de una infracción, sin más. La consideración de interesado dependerá, pues, de que el denunciante ostente algún derecho subjetivo o interés legítimo digno de tutela, dato que cualifica su status, haciéndolo diferente de la mera condición de colaborador ocasional de la Administración por facilitar la “notitia infractionis”. Dominguez Luis, Carlos. Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. en Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. 2005. Nº 21. Disponible en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142296737844&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142296593940&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2FHome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2FHome_RJU

Tradicionalmente se ha sostenido que en el procedimiento sancionador no cabe la participación o intervención de un tercero interesado, pues en él sólo se define la situación jurídica del supuesto infractor y la correlativa lesión de los intereses públicos a cargo de la Administración¹⁸¹.

En la actualidad, ello es cierto sólo en algunos supuestos, pues la creciente aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en diversos ámbitos de la vida social, ha ocasionado que aparezcan situaciones inicialmente no previstas en donde se aprecia que, al interés público que legitima la intervención administrativa, se encuentra anexa la existencia de intereses individuales que, una correcta aplicación de los fines del procedimiento sancionador, también debe atender y proteger en su justa y adecuada medida¹⁸².

Teniendo a la vista esta situación, debe considerarse que será la defensa de los derechos individuales o de los intereses legítimos la justificación que pueda exhibir un denunciante para poder trascender de un rol meramente colaborador con la Administración y ostentar,

¹⁸¹ "La falta de legitimación se ha justificado también en una supuesta imposibilidad general de la potestad sancionadora para afectar a otros derechos que los del imputado u otros intereses que los públicos que defiende la Administración. Al margen ya de que sea denunciante o no, según esta tesis, por la naturaleza de la potestad represiva en cuestión ningún otro administrado vería afectados sus derechos subjetivos por la resolución del procedimiento sancionador ni en ello estarían implicados sus <intereses legítimos, personales y directos>." Rebollo Puig, En; Barnes Vasquez, Javier (Coordinador) (1993). p. 235.

¹⁸² "Sin embargo, en la mayoría de las denuncias de las infracciones administrativas se aprecia una finalidad esencial y específica que prevalece sobre la genérica de coadyuvar a un mero incumplimiento de las leyes administrativas, y que, por tanto, se impone sobre ese mero interés por la legalidad que se presume en todo denunciante (...) en otras ocasiones el fin esencial de la denuncia no es un fin inherente al reconocimiento legal de la potestad administrativa sancionadora, puesto que al denunciante no le interesa tanto la imposición de una pena administrativa al denunciado, sino, más bien y sobre todo, la imposición administrativa de otras medidas accesorias a ese castigo público legalmente previsto (...): el restablecimiento de la situación existente previa a la comisión de la infracción, incluyendo, en su caso, la reparación, a cargo del infractor mas no necesariamente por él mismo, de los daños y perjuicios ocasionados por ese ilícito administrativo punible; en suma, finalidades legítimas y compatibles con el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (...)" Gosalbez Pequeño, Humberto. Op. cit. p. 1413.

en toda su plenitud, su condición de interesado¹⁸³ y ejercer todos los derechos que la norma procedimental le reconozca¹⁸⁴. Así, debe tenerse presente que:

"La condición de interesado vendrá, por tanto, determinada por la concurrencia de un interés legítimo, en aquellos casos en los que del expediente sancionador pudiera eventualmente derivarse alguna ventaja en su esfera jurídica o eliminar una carga o gravamen".¹⁸⁵

Lo anterior es lo que justifica, a nuestro entender, la solicitud y concesión de las denominadas medidas correctivas las que, en determinados supuestos, pueden acompañar a la sanción administrativa para dotar al ejercicio de la potestad sancionadora de plena eficacia en la satisfacción y resguardo del interés público y de aquellos intereses de otros interesados que la ley le encarga proteger¹⁸⁶.

La plena compatibilidad entre la sanción administrativa y las medidas correctivas¹⁸⁷ es una cuestión que en nuestro medio ha

¹⁸³ Ciertamente, se puede ser *interesado* en el procedimiento administrativo sin que, necesariamente, tenga que ser *denunciante*.

¹⁸⁴ "(...) naturalmente que está en juego el interés público, pero no sólo el interés público. Puede haber otros intereses de particulares en liza. Quizá, en este sentido, el caso más claro sea el del perjudicado por la infracción cometida, para el que, mutatis mutandis, pueda recordarse que en los procesos penales a la víctima del delito se le reconoce, sin ninguna dificultad, el derecho a ser parte interesada en el proceso y a instar la imposición de las sanciones penales correspondientes (...) Y (...) no se debe olvidar el tipo de consecuencias que el legislador asocia a las infracciones cometidas, donde aunque prevalezca la sanción pecuniaria (excepto en el ámbito disciplinario), también se encuentran otros tipos de medidas sancionadoras que pueden reportar beneficios claros y directos a los particulares afectados que se hayan podido constituir en denunciante (incluidas, asimismo, las medidas provisionales asociadas a la instrucción del procedimiento)." Cobreros Mendazona, Edorta. en Sosa Wagner, Francisco (Coordinador). (2000). p. 1440-1441.

¹⁸⁵ Lozano Cutanda, Blanca. (2010). Op.cit.p. 853.

¹⁸⁶ "(...) el enfrentamiento de las conductas ilícitas no se logra plenamente con las sanciones administrativas que buscan la afectación por sí misma con el objeto de desalentar la futura comisión de similares conductas. Como muchas veces sucede los efectos de esos ilícitos permanecen en el tiempo y no son suprimidos por la sanción, por lo que se hace necesario aplicar otras medidas para retirar los efectos económicos que la falta produce en el patrimonio público, en otros intereses y hasta en intereses privados de otros administrados (...)" Morón Urbina, Juan Carlos (2010). p. 157.

¹⁸⁷ "La doctrina es unánime en manifestar que la medida correctiva no posee una naturaleza sancionatoria, dado que le es ajena la finalidad puramente aflictiva propia

sido respaldada por el Tribunal Constitucional, precisamente a propósito de una orden de cese de conductas anticompetitivas. En esa oportunidad el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

"Efectivamente, Indecopi está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –*distintas a las sanciones*– justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación de Indecopi deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la Ley y la Constitución, como, por ejemplo, ordenar el cese de las conductas infractoras sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a Ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción."¹⁸⁸

116

Nótese la relevancia que el Tribunal le otorga al cumplimiento de la finalidad de las normas de defensa de la libre competencia y cómo la sanción administrativa (multa) por sí sola no la satisface, siendo exigible, constitucionalmente, la remoción de todo efecto perturbador de la libre competencia, lo que en el caso bajo discusión significaba la inejecución de ciertos contratos entre particulares que le impedían a otros acceder a un mercado determinado.

La plena compatibilidad de la medida correctiva con la sanción administrativa permite, en muchos casos, identificarla como la manifestación de un interés concreto e individualizable en el procedimiento sancionador, lo que facilita que aparezca, de forma nítida en situaciones de este tipo, la figura del denunciante interesado, quien puede exhibir la titularidad de un interés legítimo, propio y distinto del que corresponde a la Administración, en la prosecución

de las sanciones administrativas. Por el contrario, la medida correctiva impone al administrado la conducta correcta o lo que es lo mismo, concreta un deber de comportamiento legal, pero además le requiere coactivamente restaurar la situación jurídica o física afectada por su acción u omisión." Morón Urbina, Juan Carlos. Op. cit. p. 151.

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional. Expediente N° 1963-2006-PA/TC.

de este tipo específico de procedimiento y que lo diferencia, sustancialmente, de quien simple y llanamente es únicamente un denunciante, que colabora con la defensa de la legalidad a cargo de la Administración Pública¹⁸⁹.

Es en el reconocimiento de la procedencia de la aplicación de medidas correctivas (es decir, en la restitución de la legalidad quebrantada por la infracción) donde aparece uno de los fundamentos más importantes para el reconocimiento de lo que vendría a ser la justificación que permite a un denunciante ostentar, además, la condición de interesado, pues es en ella –en las materias y supuestos en los que corresponda aplicarla– es donde apreciaremos, sin margen de duda, la existencia de un interés, ahora sí, individualizado (o individualizable)¹⁹⁰. Uno de los campos más propicios para ello es el de la protección del consumidor¹⁹¹.

¹⁸⁹ El Tribunal Supremo español se ha referido a esta cuestión en los siguientes términos: "(...) la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indiferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés (...) y que, en principio, ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél (...) La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera (...)" (Sentencia del 15 de julio de 2002, recurso 1400/2000).

¹⁹⁰ Manuel Rebollo ha señalado que: "(...) hoy es predominante la idea de que el interés legítimo debe encontrarse en el beneficio que produzca en el actor la imposición de la sanción." Rebollo Puig, Manuel y otros (2010). p. 493. Y si revisamos la forma en que el Código de Protección y Defensa del Consumidor regula la figura de las medidas correctivas, podremos apreciar que éstas se encuentran condicionadas a la existencia de una infracción, por lo tanto, quien desee verse beneficiado legítimamente con una medida correctiva (por ejemplo, con la reparación o cambio de un producto, con la devolución de la contraprestación pagada por un bien o servicio defectuoso, con la provisión de información u otras previstas legalmente) tienen plena legitimidad para discutir y demostrar la existencia de la infracción cometida en su contra, pues de ello dependerá la satisfacción de sus expectativas reparatorias.

¹⁹¹ Una opinión en contra de la extensión de esta situación, precisamente, al ámbito de la defensa de los consumidores la expresa Manuel Rebollo Puig. Op. cit. p.247. Otro ejemplo de legitimación para intervenir en procedimientos sancionadores lo

III. LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO TRILATERAL

La LPAG introdujo en el año 2001, como una modalidad de procedimiento especial, al denominado procedimiento trilateral. Aunque no fuera la primera norma que tratara este tipo de procedimiento, la relevancia de la LPAG como norma general y supletoria de todo el ordenamiento procedimental significó un importante respaldo para su consagración e impulsó su aplicación en diversas normas especiales que lo desarrollaron.

Desde el momento mismo de su vigencia, el llamado procedimiento trilateral sería materia de discusión y la falta de una precisión legislativa suficiente trajo consigo la identificación de zonas grises en la realidad administrativa que, dificultó una adecuada comprensión del sentido y alcance institucionales¹⁹².

La necesaria discusión en torno al alcance y sentido del procedimiento trilateral tiene implicancias que superan, largamente, la mera cuestión terminológica, pues ella debe concluir con la determinación de los fines de este procedimiento especial, el rol y función de la Administración así como la posición de los administrados que aparecen ante ella y el conjunto de derechos o facultades procedimentales que se les debe reconocer para que puedan actuar satisfactoriamente y alcanzarse las finalidades que el ordenamiento le atribuye a este tipo de procedimiento administrativo.

En este orden de cosas, el procedimiento trilateral, como procedimiento especial, se caracterizará por la diferente posición que en él ostenta la Administración, pues, a diferencia de las reglas aplicables al procedimiento general o común, o, con mucha mayor evidencia, en el procedimiento sancionador, en el procedimiento

podemos encontrar en las normas de la Unión Europea sobre control de prácticas colusorias que permiten a las asociaciones de consumidores participar en el análisis de los beneficios (reales o potenciales) para los consumidores como consecuencia de prácticas colusorias admitidas. Al respecto puede consultarse a Estevan de Quesada, Carmen. (2007 – 2008) p. 167 – 190.

¹⁹² "Desde la aparición del procedimiento trilateral, la doctrina nacional se avocó a estudiarlo con particular insistencia, sin embargo durante su desarrollo han aparecido algunas incomprensibles desviaciones aplicativas que probablemente se fundan en el escaso contenido con que fue definido en la LPAG." Morón Urbina, Juan Carlos. Los procedimientos administrativos: contribución para su útil clasificación. en Zegarra Valdivia, Diego y Víctor Baca Onet O.(2011). p. 249.

trilateral la Administración no actúa definiendo la situación jurídica de un administrado frente a ella (no determina, por ejemplo, la existencia de una deuda tributaria, o si un ciudadano tiene derecho de acceder a una pensión de jubilación o si está en condiciones de obtener un título habilitante para el desarrollo de una actividad económica, o si ha incurrido en una infracción sancionable) sino que, por el contrario, lo que la Administración hará en este tipo de procedimiento será ofrecer una solución a lo que, en su base, es fundamentalmente una situación de conflicto o controversia entre dos particulares pero que, debido a la existencia de un interés público concurrente a dicha situación, el ordenamiento ha previsto que sea resuelta por la Administración¹⁹³.

Este tipo de procedimientos ha sido denominado en nuestro caso como procedimiento trilateral, para diferenciarlo del procedimiento clásico o bilateral.¹⁹⁴

PROCEDIMIENTO CLÁSICO O BILATERAL

En el cual sólo participan, por un lado, la autoridad administrativa en ejercicio de sus competencias y un administrado (o una pluralidad de administrados que participan de la misma posición o situación jurídica) y sobre quien recaerá la decisión administrativa.

PROCEDIMIENTO TRILATERAL

Llamado también, triangular, lo que se presenta es la existencia de una situación de conflicto entre dos particulares sobre la determinación o ejercicio de derechos de naturaleza disponible, pero vinculados a un interés público protegido por la Administración, la que, por ese motivo, es investida por el ordenamiento de la competencia para resolverlo¹⁹⁴. Este tipo de procedimientos también ha merecido la calificación de actividad arbitral de la Administración¹⁹⁵.

119

¹⁹³ "Justamente en este tipo de procedimientos es en el que se configura la característica esencial de los procedimientos trilaterales, esto es, la posición sui generis de la Administración, que aparece decidiendo un conflicto producido entre dos o más administrados, otorgándose el carácter definitivo a la resolución que emita la Administración (...)" Martín Tirado, Richard. (2003). p. 466.

¹⁹⁴ Por este motivo es un grave error calificar como trilateral a los procedimientos en materia de contrataciones del Estado, dado que éstos son, más bien, procedimientos concurrenciales donde dos o más administrados se presentan ante la autoridad, no para resolver una controversia entre ellos, sino para ser considerados como beneficiarios de una asignación que la Administración hace en un concurso o licitación. Como ejemplo de este error puede verse el Acuerdo N° 002/2012 del Tribunal de Contrataciones del Estado publicado el 25 de junio de 2012.

¹⁹⁵ "Hablar de arbitraje en Derecho administrativo obliga a deslindar los diversos sentidos y variedad de finalidades que esa institución alcanza en relación con las

Para explicar este clase especial de procedimiento, debe tenerse en cuenta la aplicación del Derecho Administrativo a nuevas áreas o actividades que antes no se encontraban sujetas a su imperio o que, estándolas, han visto modificada la forma e intensidad de la intervención estatal en estas materias, como ocurre con notable evidencia en el ámbito de los servicios públicos¹⁹⁶.

Por ejemplo:

Tomemos por ejemplo el caso del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad pública al emitir mandatos de interconexión en el servicio público de telecomunicaciones¹⁹⁷, los que constituyen verdaderas órdenes administrativas para permitir que un operador pueda conectar su propia

120

Administraciones Públicas. Porque una cosa es que la Administración cuando se encuentra en un conflicto con otro sujeto, de Derecho público o privado, someta al juicio de un tercero la resolución de la controversia, y otra muy distinta es que ella misma arbitre sobre bienes o derechos de los particulares en ejercicio de una potestad administrativa atribuida por Ley, desarrollando lo que hemos denominado la actividad arbitral de la Administración (...)" Parada Vasquez, Ramón. (2010) p. 495.

¹⁹⁶ "En todos los grandes capítulos del Derecho administrativo se advierte ese flujo de cometidos y funciones al sector privado, a la sociedad, y que se manifiesta sobre todo en lo que genéricamente se conoce como la actividad de la Administración que está girando para ser actividad de sujetos privados, lo que no necesariamente comporta la desaparición de la Administración de esos espacios, pero sí la recomposición de su posición y de sus estrategias. Esta evolución se ha percibido y descrito muy claramente en lo que es la tradicional actividad administrativa de prestación o servicio público donde la Administración pierde sus posiciones tradicionales de titularidad sobre unos servicios que ahora entrega al mercado, a la libre competencia (...) pero gana una nueva posición, se reinventa como Administración o Autoridad reguladora alumbrando un nuevo tipo de actividad administrativa, la actividad de regulación, precisamente." Esteve Pardo, José. (2012.) p.14-15.

¹⁹⁷ "El Mandato de Interconexión representa una de las manifestaciones más importantes del ejercicio de potestades por parte de OSIPTEL con relación al acceso a redes e infraestructura a través de la interconexión. La emisión del Mandato de Interconexión es la vía que la legislación ha previsto como alternativa a la falta de acuerdo (...) entre el operador solicitante del acceso a través de la interconexión y aquél que sea titular de las redes o infraestructuras de telecomunicaciones." Zegarra Valdivia, Diego. (2005) p.499.

¹⁹⁸ Discusión distinta es la referida al carácter de procedimiento de solución de controversias que podría tener el mandato de interconexión, en sí mismo. Sobre esta cuestión se puede consultar a Moscol Salinas, Alejandro (2008) p.88-104.

infraestructura de telecomunicaciones a la de otro operador¹⁹⁹. Este tipo de disposiciones hacen su aparición en el escenario de los procesos de liberalización de los servicios públicos, cuando al permitirse la libre competencia, se requiere, necesariamente, introducir mecanismos correctores de las desigualdades entre operadores y cuya tutela le es conferida, como en nuestro país, a la Administración²⁰⁰.

Como puede verse en este ejemplo, la intervención administrativa tiene por finalidad concretizar un derecho reconocido legalmente en aras de la protección de intereses públicos particularmente relevantes, a saber, la satisfacción de las necesidades cubiertas por el servicio público de telecomunicaciones en un régimen de libre competencia.

De forma más general, para el ámbito de competencia de los organismos reguladores, la potestad administrativa que tiene por finalidad la solución de conflictos entre particulares respecto de cuestiones que también implican intereses públicos, ha recibido la denominación de solución de controversias²⁰¹.

Así, se puede apreciar que una de las más destacadas características del procedimiento trilateral es que se refiere al ejercicio de una potestad pública orientada a la intervención y composición de una relación privada que, sin perjuicio de referirse esencialmente

¹⁹⁹ Ibidem. p. 489.

²⁰⁰ "Con la introducción de la libre competencia y la ruptura de los monopolios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la cuestión del acceso a las redes por los operadores que desean hacer su aparición en un nuevo mercado se ha planteado como un problema de necesaria resolución para la garantía de una competencia efectiva." Callol Garcia, Pedro. (1999). p. 400.

²⁰¹ "Dicha función pone en evidencia el cambio del rol del Estado que ha pasado de ser prestador, gestor directo de las actividades calificadas como servicios públicos para desarrollar más bien el papel de regulador de las condiciones de prestación del servicio a cargo de empresas concesionarias particulares, contando entre sus instrumentos de regulación, la potestad de resolución de controversias entre los diversos agentes del sector y sus clientes. En tal sentido, corresponde al ente regulador arbitrar entre intereses contrapuestos, es decir, articular los diferentes intereses de los prestadores con lo de los clientes o usuarios a fin de armonizarlos con el interés público comprometido en la actividad de servicio público." Danos Ordoñez, Jorge. (2004). p. 435.

a derechos de naturaleza disponible, tienen una conexión con intereses públicos que deben ser protegidos y cuya protección es remitida a la Administración Pública.

Esa conexión con el interés público permite que, a solicitud de la parte interesada, la Administración intervenga para procurar una solución técnica, rápida y neutral a dicha situación de conflicto.

Para el caso específico de los organismos reguladores, la solución de esa controversia asegurará que no haya interferencias o afectaciones en el mercado regulado al que supervisan, causa de justificación suficiente para sustentar la participación de la intervención administrativa. En este sentido, siguiendo la finalidad institucional propia de los procedimientos trilaterales, éstos mostrarán: "Un rol menos intenso, menos imperativo que el tradicional sancionador o inspectivo."²⁰²

Resulta claro, pues, diferenciar al procedimiento trilateral del procedimiento administrativo común, bilateral.²⁰³ NOTA DE GRÁFICO

122

PROCEDIMIENTO CLÁSICO O BILATERAL

La Administración actúa desde una posición determinante y preminente para la definición de la situación jurídica del administrado frente a ella, con la capacidad añadida de ejecutar aquellas decisiones según el tradicional entendimiento del principio de autotutela declarativa y ejecutiva.

PROCEDIMIENTO TRILATERAL

La definición de la situación jurídica no comprende a la Administración sea como titular o responsable de alguna obligación a favor de un administrado, sino que, por el contrario, es quien procede a reconocer o fijar una situación jurídica que involucra o comprende a dos particulares que han acudido ante ella, por mandato legal, para que la misma sea resuelta²⁰³. En este sentido, no resulta congruente con la finalidad esencial de los procedimientos trilaterales que sus decisiones posean carácter ejecutorio siendo que, por el contrario, siempre se tratará de derechos disponibles por parte de sus titulares.

²⁰² Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Op. cit. p. 250.

²⁰³ En este sentido, cuando se habla de la actividad administrativa arbitral: "El supuesto de hecho necesario para calificar un acto administrativo de arbitral es la existencia de un conflicto en que se enfrentan dos o más sujetos con pretensiones opuestas e inconciliables, conflicto cuya resolución la Ley atribuye a la Administración de forma obligatoria y vinculante para ambos contendientes." Parada Vasquez, Ramón. Op. cit. p. 504.

Siguiendo esta línea, debemos advertir una debilidad en la regulación legal del procedimiento trilateral en la LPAG cuando establece la posibilidad de su inicio de oficio.

Si una característica principal de este procedimiento, aquello que sirve para diferenciarlo respecto de otro tipo de procedimientos es el rol desempeñado por la Administración, como el sujeto encargado de resolver una controversia que sujetos privados le planteen, ¿cómo podría tomar conocimiento de la existencia de una controversia entre particulares y, conociéndola, cómo podría inmiscuirse en esa relación para forzarlos a discutirla?

IV. LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO TRILATERAL – SANCIONADOR Y LA CUESTIÓN DEL DESISTIMIENTO DE LA DENUNCIA Y LA CONCILIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Desde su incorporación en la LPAG se ha producido en nuestro medio una discusión en torno a la existencia normativa de procedimientos que pudieran calificarse, en forma simultánea, como procedimientos trilaterales y como procedimientos sancionadores o, dicho en mejores términos, sobre la validez de la configuración de procedimientos que recojan características propias de uno y otro²⁰⁴, lo que se ha venido a denominar, sin que exista fundamento normativo que lo sustente, como el procedimiento *trilateral sancionador*. Se plantean dos posiciones:

- 1 Quienes afirman esta posibilidad sostienen que en el procedimiento trilateral sancionador concurren dos relaciones jurídicas distintas que se articulan a través de un mismo procedimiento.

Así, por ejemplo, se ha señalado que: "El Procedimiento Trilateral Sancionador contiene en su interior dos relaciones

²⁰⁴ "(...) actualmente existe una duda respecto a determinar cuándo se está frente a un procedimiento administrativo trilateral puro, o cuando frente a un procedimiento sancionador. Este interrogante se nos presenta de gran importancia práctica, toda vez que prácticamente los principios informadores de ambos son distintos." Martín Tirado, Richard. Op. cit. p. 484.

jurídicas procedimentales. La base es la relación bilateral entre la Administración y el presunto infractor (reclamado). En esta relación jurídica lo determinante es el ejercicio de la potestad sancionadora y el interés público que esta potestad pretende salvaguardar (...) En cambio, en la relación jurídica de carácter trilateral, lo determinante es el conflicto de intereses suscitado entre denunciante (reclamante) y el presunto infractor (reclamado) (...).²⁰⁵

Una de las manifestaciones de este carácter mixto lo encontraríamos, siempre siguiendo esta tesis, en el reconocimiento de la conciliación como una modalidad de conclusión del procedimiento.

- 2** Por el contrario, la tesis opuesta sostiene que lo propio y característico del procedimiento trilateral –la solución de una controversia entre particulares sometida al conocimiento de la Administración– hace que resulte impropio aplicar sus características institucionales para atender situaciones donde la intervención administrativa resulta –por exigencia de la ley– mucho más intensa y gravosa sobre los derechos del administrado, como lo es, paradigmáticamente, el ejercicio de la potestad sancionadora, llegándose a sostener que la falta de atención a las características y finalidades propias de cada tipo de procedimiento: “(...) se profundiza cuando se mezclan categorías para crear artificialmente un procedimiento trilateral sancionador, alterando sus naturalezas.”²⁰⁶

²⁰⁵ Gomez Apac, Hugo. (2011). p. 29-30. Unas líneas antes, el mismo autor señala que: “El hecho de que en dichos procedimientos los denunciantes puedan solicitar el dictado de medidas correctivas reparadoras, de naturaleza eminentemente privada, resalta el carácter trilateral de dichos procedimientos. La tarea de la autoridad es aplicar de manera armónica y coherente los principios e instituciones del Procedimiento Sancionador con las instituciones propias del Procedimiento Trilateral. Siguiendo esta postura, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal del Indecopi recogía esta postura señalando que: “En efecto, pese a que los procedimientos administrativos sobre protección al consumidor iniciados a instancia de parte, como el presente, implican el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, no es menos cierto que en ellos se discuten derechos subjetivos e intereses legítimos de índole particular, por lo que también tienen naturaleza trilateral.” (Resolución N° 2249-2012/SC2-INDECOPI). Como se señalará más adelante, este criterio ha sido superado normativa y jurisprudencialmente.

²⁰⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Op. cit. p. 251

Profundizando en las razones del rechazo a la idea de un procedimiento trilateral sancionador, Juan Carlos Morón señala que: "La LPAG consideró de manera diferenciada al procedimiento sancionador del procedimiento administrativo trilateral porque sirven a estrategias de intervención pública distintas."²⁰⁷

En nuestra opinión no resulta coherente introducir en un mismo procedimiento las categorías propias del ejercicio de la potestad sancionadora junto con el ejercicio de la actividad de solución de controversias a cargo de la Administración.

Como se ha sostenido reiteradamente, cada uno de estos tipos de procedimientos responde a formas distintas de protección o salvaguarda del interés público, por lo que las reglas propias de uno no necesariamente encajan dentro del otro.

Por ejemplo:

Veamos, por ejemplo, la cuestión relativa a la intervención de un administrado – no infractor en el procedimiento sancionador.

125

Para solventar su intervención se acude a afirmar que, a pesar del ejercicio de la potestad sancionadora, en caso de existir un interés directo del denunciante, aparece la necesidad de la estructuración del procedimiento como uno trilateral y de allí a la afirmación del carácter mixto del procedimiento.

Esto es lo que ha ocurrido en el caso del procedimiento administrativo de protección al consumidor²⁰⁸.

²⁰⁷ Ibidem. Loc. cit.

²⁰⁸ Como ejemplo de esta postura puede verse el siguiente pronunciamiento de la entonces Sala de Defensa de la Competencia N° 2 (encargada de los temas de protección al consumidor): "En un reciente pronunciamiento esta Sala ha confirmado su posición, al afirmar que los procedimientos iniciados por el Indecopi a instancia de parte tienen una naturaleza mixta: sancionadora, por la presencia de una potestad punitiva de la Administración; y, trilateral, porque se discuten intereses de índole particular de los administrados." (Resolución N° 2249-2012/SC2-INDECOPI). Como se indica más adelante, este criterio ha sido superado y dejado de lado.

Como bien se comprenderá, una afirmación de esta naturaleza carece de sustento normativo y de sentido lógico.

Como ya hemos desarrollado en el primer apartado del presente trabajo, el reconocimiento de la participación de un administrado no infractor en un procedimiento sancionador no requiere la aplicación de las categorías del procedimiento trilateral, afirmando la existencia de una supuesta relación *dinámica y simbiótica*, pues para atender esta cuestión basta para ello acudir a la figura del interesado para admitir – como lo hace sin ningún tipo de dogmatismo nuestra propia LPAG- su participación en el procedimiento sancionador y el reconocimiento de un amplio conjunto de derechos procedimentales.

De otro lado, quienes abogan por afirmar las características del *trilateral – sancionador* en base a la existencia de un interés individual (cuya manifestación más clara estaría en la ejecución de las medidas correctivas) desconocen que las mismas son, manifiestamente, subsidiarias de la existencia de responsabilidad administrativa por la comisión de una infracción, siendo su finalidad esencial la restitución de la legalidad quebrantada, mientras que en el procedimiento trilateral no existe determinación de ese tipo de responsabilidad, y lo que existe es una controversia sobre la determinación de una situación jurídica cuya relevancia para el interés general es de menor grado, al punto que dicha controversia se refiere, siempre, a derechos disponibles para los administrados intervinientes.

Tampoco constituye, a nuestro entender, una razón para validar y sustentar la existencia del procedimiento *trilateral – sancionador* el reconocimiento de un amplio margen de acción para la aplicación de la conciliación y del desistimiento²⁰⁹.

²⁰⁹ Este es el sustento, por ejemplo, de la posición minoritaria actualmente en la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi que aún reclama el reconocimiento del procedimiento *trilateral – sancionador*: "El criterio expuesto de manera resumida en el presente voto en discordia, es concordante con el criterio que ha desarrollado el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual del Indecopi en numerosos pronunciamientos, en los que se han aceptado los desistimientos presentados por los denunciados como una forma de conclusión del procedimiento, pese a que en primera instancia se sancionó con multas a los proveedores denunciados." (Voto en discordia de la Resolución N° 3448-2012/SPC-INDECOPÍ).

Por ejemplo:

Que el Código de Protección del Consumidor establezca que se puede conciliar durante la tramitación de los procedimientos²¹⁰ no debe hacernos olvidar una cuestión de principio elemental y fundamental: sólo se puede conciliar respecto de derechos disponibles y de los cuales sea titular la parte que propone o acepta dicha conciliación.

Por lo tanto, una conciliación en este escenario nunca podría tener consecuencias más allá de la esfera de disposición del sujeto privado que la propone, no siendo procedente respecto del ejercicio de potestades públicas que, evidentemente, no son de titularidad ni del consumidor ni del proveedor (presunto infractor, nada menos).

La interpretación estricta de esta disposición exige entender que sólo se podrá conciliar respecto de aquellos intereses legítimos individuales que el consumidor pueda exhibir pero nunca respecto del ejercicio mismo de la potestad sancionadora ni tener como consecuencia, la conclusión del procedimiento sancionador del cual no es titular sino, apenas, un partícipe²¹¹.

127

²¹⁰ Código de Protección y Defensa del Consumidor.

"Artículo 147º.- Conciliación.

Los consumidores pueden conciliar la controversia surgida con el proveedor con anterioridad e incluso durante la tramitación de los procedimientos administrativos por infracción a las disposiciones de protección al consumidor a que se refiere el presente Código (...)"

²¹¹ El no tener en cuenta esta elemental diferencia conduce, inexorablemente, a quienes sostienen estas tesis a un error del cual no pueden desprenderse. Desde el momento en que el ordenamiento jurídico reconoce que el consumidor es un sujeto de derechos que merece un especial nivel de protección y se le dota a la Administración de la función de protegerlo y la ley articula esa protección (junto con otras modalidades) a través de la posibilidad del ejercicio de la potestad sancionadora, resulta claro que el reclamo de un consumidor en particular concretiza en una situación específica ese interés general que es la causa de su protección administrativa. Por lo tanto, por más individual que pudiera parecer una situación (por ejemplo, el caso de un consumidor que reclama a un proveedor la confección defectuosa de una camisa) debe tenerse presente que la ley ha publicitado esa situación y justificado, así, el ejercicio de las potestades administrativas. Ello porque el interés público se define como el conjunto de intereses individuales, que siendo concretos y específicos, actuales o potenciales, se considera que pueden ser compartidos por una mayoría de individuos e imputados

Es probablemente en esta cuestión (la conciliación y el desistimiento en el llamado procedimiento *trilateral – sancionador*) donde se ha presentado, de forma más clara, la verdadera importancia de determinar la validez de la tesis que afirma su existencia²¹².

En apretado resumen, diremos que la discusión está centrada en determinar si cabe aceptar el desistimiento de la denuncia presentada por un particular y, como consecuencia de ello, disponer la conclusión del procedimiento sancionador sin emitir pronunciamiento sobre la eventual comisión del ilícito administrativo denunciado.

Los defensores de tesis del procedimiento *trilateral – sancionador* sostienen que es perfectamente posible (además de deseable) que ello ocurra, dado que el carácter trilateral supone la existencia de una controversia sobre materias disponibles y que el carácter sancionador igual quedará protegido en la medida en que la autoridad administrativa deberá aprobar dicha conciliación, pudiendo continuar de oficio el procedimiento de advertir la existencia de un interés general o de terceros. Esta fue, además, la

128

a toda la sociedad, precisamente, por considerarse socialmente valiosos. La definición de cuándo estamos ante un “interés general” corresponde, evidentemente, a la ley y ésta define la forma de su protección y cautela. Cuando esa protección adopta la forma de una sanción administrativa deberá tenerse en cuenta que, como señal Alejandro Nieto, “El Derecho Administrativo Sancionador no surge para proteger a los damnificados individuales, sino a la salud pública, a los damnificados potenciales, a los que podrían llegar a serlo si no se tomaran las debidas precauciones y no supera el causante la amenaza que pesa sobre la infracción.” (Op. cit. p. 39). Es por ello un error sustancial pensar que la satisfacción de los intereses individuales del afectado por la infracción debe conducir a la conclusión del procedimiento sancionador, pues ese entendimiento deja de lado, precisamente, la tarea de protección del interés general. Un ejemplo de este entendimiento erróneo puede verse en el siguiente párrafo: “(...) es posible interpretar que frente a derechos disponibles, opera la naturaleza mixta del procedimiento de protección al consumidor y, por lo tanto, resulta válido que mediante el desistimiento de la denuncia, se dé por finalizado el procedimiento administrativo, asumiendo que el derecho del consumidor afectado ya fue reparado, por lo que carece de objeto que la autoridad administrativa continúe con su actuación.” Cortez Tataje, Juan Carlos. ¿El procedimiento de protección del consumidor por denuncia de parte tiene una naturaleza sancionadora pura? En Diálogo con la Jurisprudencia. N° 139. 2014. p. 41.

²¹² En lo esencial, nos referiremos al planteamiento de esta cuestión en el ámbito de los procedimientos de protección al consumidor.

posición recogida por el tribunal administrativo del Indecopi hasta fechas relativamente recientes²¹³.

Esta tesis, sin embargo, se sostiene en varios errores:

1. No tiene en cuenta que el Código de Protección y Defensa del Consumidor califica al procedimiento por infracción a las normas de protección al consumidor *exclusivamente como un procedimiento sancionador*²¹⁴.

²¹³ "La naturaleza sancionadora presente en los procedimientos sobre protección al consumidor iniciados por denuncia del consumidor, puede generar dudas en torno a la procedencia del desistimiento convencional, debido a que puede entenderse que el Estado tiene un interés público en la definición o no de la infracción, interés que es independiente al estado del procedimiento o la existencia de una resolución –aún no firme– que determine una sanción. Sin embargo, no debe obviarse en el análisis que estos procedimientos también tienen la condición de trilateral, de manera que, conforme a lo analizado en el apartado precedente, se trate en realidad de un procedimiento especial de naturaleza mixta. El componente trilateral de los procedimientos justifica, por ejemplo, la evaluación de presupuestos de admisibilidad y procedencia de la denuncia, la culminación del procedimiento por conciliación o transacción extrajudicial, la posibilidad del Indecopi de ordenar medidas correctivas reparadoras y, eventualmente, la condena al pago de costas y costos. Esta particularidad de nuestro procedimiento administrativo modera las exigencias que pueden ser propias de un procedimiento sancionador <puro>, posibilitando la aplicación de la figura del desistimiento." (Resolución N° 2249-2012/SC2-INDECOPI, párrafo 39).

²¹⁴ Este criterio viene siendo confirmado por el Poder Judicial. En este sentido, en un pronunciamiento de primera instancia ha establecido que: "(...) es importante resaltar que en la determinación de la regla a aplicarse para los procedimientos de protección al consumidor, el juzgador debe tener en cuenta la naturaleza de éstos, pues en virtud a ella se podrán delimitar los alcances de la posible afectación al interés de terceros o al interés general. En ese sentido se puede distinguir en el presente caso que las partes se encontraban inmersas en un procedimiento de protección al consumidor, fundamentalmente de naturaleza sancionadora, lo que puede corroborarse del artículo 106° del Código de Protección y Defensa del Consumidor el cual señala que el Indecopi tiene a su cargo, entre otros, **los procedimientos sancionadores por infracción a las normas de protección al consumidor**, debiendo precisarse – sobre la base de la racionalidad lingüística que se presume en el uso de la técnica legislativa– que el término <Procedimientos Sancionadores> empleado en el citado artículo no es inútil y que el legislador en la técnica legislativa orienta su producción a la consecuencia de determinados fines; entendiéndose que el empleo del término glosado es intencional (...) En esa línea de ideas, si bien es cierto esta judicatura estima que el sistema de protección al consumidor contempla mecanismos alternos de solución de controversias sin la intervención directa del órgano instructor del Indecopi (por ejemplo el arbitraje de consumo), ello no puede significar de ninguna

2. No tiene en cuenta que el procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor (como en cualquier otro procedimiento sancionador) siempre *se inicia de oficio*.
3. No advierte que el Código ha señalado que *todo incumplimiento a las normas de protección al consumidor constituye infracción administrativa*²¹⁵.
4. No entiende correctamente la definición de medida correctiva reparadora²¹⁶ y medida reparadora complementaria²¹⁷ que el propio Código fija y que están orientadas, esencialmente, a *la restitución de la situación individual del consumidor afectado* corrigiendo los efectos ocasionados por la conducta infractora
5. No aprecia que *el desistimiento, como acto de disposición, sólo puede tener efecto sobre aquello que, precisamente, se encuentra en la órbita de disposición* de quien formula aquel desistimiento.

130

manera la primacía de la naturaleza o matices trilaterales en los procedimientos por infracción a las normas contempladas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor ni descartar la naturaleza sancionadora que de él se desprende (...) En consecuencia, de lo precedentemente expuesto se puede advertir que existen suficientes elementos que permiten determinar válidamente que el procedimiento contemplado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor contendría una naturaleza sancionadora (...)” (Sentencia expedida por el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas de Mercado. Expediente N°00889-2013, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de seguros y Reaseguros S. A. contra INDECOPI. Énfasis en el original).

²¹⁵ Código de Protección y Defensa del Consumidor.

“Artículo 108°.- Infracciones administrativas.

Constituye infracción administrativa la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores (...)”

²¹⁶ Código de Protección y Defensa del Consumidor.

“Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras.

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior (...)”

²¹⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor.

“Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias.

116.1 Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro (...)”

6. No entiende que, en el marco de la legislación sectorial aplicable a la protección del consumidor, la subsanación de las conductas infractoras así como las fórmulas conciliatorias propuestas por el proveedor infractor *sólo son circunstancias atenuantes de la sanción pero no medios de extinción de la responsabilidad administrativa*²¹⁸.

²¹⁸ Criterio fijado por la Sala de Protección del Consumidor señalando que: "Conforme se ha desarrollado en los acápites anteriores, el interés para obrar del particular denunciante no suspende, no deroga, ni afecta el deber de actuación de la autoridad administrativa en la sanción de las violaciones a la ley en este caso del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aunque tome conocimiento, por cualquier medio, de que se ha corregido la conducta o se ha mitigado el daño. La autoridad administrativa debe siempre actuar en cumplimiento de sus competencias legales y de su mandato, no puede desconocer la existencia de un posible hecho infractor del marco legal que tiene confiado cautelar en cumplimiento de sus funciones y sus deberes institucionales. Por tanto, es de sentido común que la determinación del monto de una sanción esté en función a distintos factores que tienen que ver con la gravedad del hecho mismo y la conducta del infractor. Así, un infractor que desarrolla acciones para corregir su comportamiento infractor o mitigar el daño que éste pudiera haber producido, debe ser visto de manera más benevolente que aquel que mantiene su conducta o desconoce la posibilidad de resarcirla, dando lugar a una circunstancia atenuante prevista en el Código de Protección y Defensa del Consumidor." (Resolución N° 3533-2012/SPC-Indecopi). A pesar de la claridad de los argumentos así como de la superior posición jerárquica de su emisor, podemos encontrar algún pronunciamiento posterior de un órgano inferior que ignora este criterio, como es el caso de la Resolución Final N° 047-2014/CC1. En esta resolución se señala que: "Si el proveedor ha satisfecho –con anterioridad a la presentación de la denuncia- toda aquella pretensión del consumidor que hubiera sido amparada a través de una medida correctiva reparadora, corresponde declarar improcedente la denuncia, pues la situación sería similar, aunque no idéntica, a la existencia de una conciliación o transacción extrajudicial. En atención a ello, este colegiado considera pertinente esperar la culminación de la etapa de instrucción para pronunciarse sobre si el consumidor carece o no de interés para obrar para el dictado de una medida correctiva reparadora. Si carece de dicho interés, debe declararse improcedente la denuncia. Claro está, sin perjuicio de continuar de oficio el procedimiento administrativo si hay indicios de afectación a intereses de terceros consumidores en atención a la relación jurídica bilateral de carácter sancionador que polarizan la autoridad administrativa y el proveedor denunciado." A pesar de lo confuso el razonamiento puede apreciarse que en esta resolución se señala que la subsanación de la conducta presuntamente infractora implica, necesariamente, que la autoridad administrativa no pueda proseguir el procedimiento sancionador, salvo que encuentre aquello que se denomina "intereses de terceros consumidores", sin percatarse que el Código establece que todo incumplimiento de los deberes del proveedor es una infracción administrativa, sin importar si afecta o no a terceros y, por lo tanto, sin que la subsanación de la conducta infractora pueda ser causa de extinción de la

Cierto es que esta cuestión y la “originalidad” de ciertas interpretaciones han estado apoyadas en el tratamiento legislativo poco prolijo que en materia de procedimiento administrativo se dieron desde las primeras normas de protección al consumidor dictadas a partir del año 1991.

Sin embargo, a partir de la vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor no existe duda que se ha optado por esclarecer no sólo la naturaleza estrictamente sancionador de este tipo de procedimientos, sino que es meridianamente claro al establecer —en consonancia con los fines institucionales de la potestad sancionadora— que los procedimientos de protección al consumidor siempre se inician de oficio²¹⁹ como ocurre con todos

responsabilidad, máxime cuando la LPAG y el Código la señalan, expresamente y sin margen de dudas, únicamente como causal de atenuación de la responsabilidad administrativa. Es claro advertir que el error de la resolución que citamos está en entender que el interés legítimo del denunciante por las consecuencias accesorias del procedimiento sancionador es el determinante para su continuación, reivindicando *contra legem* y sin mencionarla, la supuesta naturaleza *trilateral-sancionadora* de este tipo de procedimientos. Sobre la atenuación el profesor Jorge Danós Ordoñez señala lo siguiente: “(...) cuando las normas establecen supuestos de atenuación de la responsabilidad, estamos ante situaciones en las que se ha producido la infracción y por ende ha surgido la correspondiente responsabilidad por el ilícito cometido, pero la extinción de la responsabilidad no opera íntegramente, porque no se dan las condicionantes para que la conducta manifestada por el sujeto pasivo lo haga merecedor de no responder totalmente respecto de la infracción tipificada y ya realizada. La justificación de las causales de atenuación de la responsabilidad se encuentra en la misma esencia u objetivo de prevención de las sanciones administrativas, porque se incentiva al privado a subsanar la conducta irregular o cumplir con el deber omitido, como condición para disminuir la cuantía o intensidad de la sanción susceptible de aplicársele. Tal es el caso del supuesto previsto en el numeral 1) del artículo 236-A de la LPAG, parcialmente inspirado en el citado artículo 170 del Código Tributario, pero que en lo sancionador administrativo se le ha otorgado carácter de atenuante de la infracción.” (Danos Ordoñez, Jorge.: (2014). p. 16-17.

²¹⁹ Código de Protección y Defensa del Consumidor.

“Artículo 107º.- Postulación del proceso.

Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. En este último caso, la asociación de consumidores actúa como tercero legitimado sin gozar de las facultades para disponer derechos de los consumidores afectados, salvo de sus asociados o de las personas que le hayan otorgado poder para tal efecto. Tanto el consumidor constituido como parte como el

los procedimientos sancionadores^{220 221}.

Una cuestión distinta es si el legislador acertó al realizar esta calificación o si debió adoptar otras alternativas, pero eso es una cuestión de política legislativa que se terminó de zanjar con la aprobación del Código²²².

En este sentido, no puede afirmarse que la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-Indecopi, que establece las reglas complementarias aplicables al procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor, emitida inmediatamente después de la aprobación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, y que establece que el procedimiento sumarísimo de protección al consumidor es, simultáneamente sancionador y trilateral, refuerce la posición de quienes sostienen su existencia, puesto que, resulta claro advertir, esta norma reglamentaria desconoció manifiestamente la definición expresa proveniente del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el sentido que los procedimientos de protección al consumidor son de naturaleza sancionadora.

Como puede apreciarse, sin dificultad, a través de la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-Indecopi se le añadió al procedimiento

133

tercero legitimado pueden participar en el procedimiento e interponer los recursos contra la resolución que deniegue el inicio del procedimiento y contra cualquier otra resolución impugnables que les produzca agravio.”

²²⁰ Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo 235°.- Procedimiento sancionador.

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.”

²²¹ En este contexto, que el Código de Protección y Defensa del Consumidor alude, en su artículo 107° último párrafo, al consumidor constituido como “parte” es, como dice el profesor Richard Martin, una expresión poco feliz y técnicamente inadecuada (Martín Tirado, Richard. 2014. p. 75.), que no tiene capacidad de alterar la definición esencial del procedimiento como uno de naturaleza sancionadora y que, en todo caso, deberá limitarse en su alcance respecto de lo que toda “parte” puede hacer, es decir, defender sus intereses propios sin afectar la titularidad de la potestad sancionadora respecto de la cual, insistimos, la ley no le otorga ninguna capacidad de disposición.

²²² Y respecto de la cual se puede volver a discutir en cualquier momento, por supuesto.

sancionador de protección al consumidor una característica que no tenía atribuida por ley, en base a la cual, se permitió la deformación y desnaturalización del procedimiento legalmente establecido.

Por lo tanto, no sólo no es razonable sino que es abiertamente ilegal sostener que el denunciante tiene la capacidad suficiente para disponer de la continuación del procedimiento en materia de protección al consumidor pues éste se encuentra estructurado legislativamente a la protección de un interés público y al cual es perfectamente posible adherir, también, la protección de intereses individuales, reconociendo a ciertos administrados la condición de interesados²²³.

De ello se deriva, evidentemente, que la capacidad de disposición de un tercero legitimado estará limitada, precisamente, a aquellos derechos e intereses legítimos individualizables que pueda demostrar que posee, no pudiendo extenderse, de modo alguno, a la determinación misma del ejercicio o no de la potestad sancionadora²²⁴.

²²³ Un ejemplo del uso erróneo de estas categorías, en un momento inicial de la vigencia de la LPAG, puede verse en la Resolución N° 034-2003-EF/94.12, del Tribunal Administrativo de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV, donde se admitió el desistimiento de la denuncia sobre violación de normas de la Ley del Mercado de Valores y dio por concluido el procedimiento sancionador iniciado.

²²⁴ "(...) si bien la Ley 2/1998, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco (LPSPV) establece que, junto a la iniciación de oficio, <los procedimientos sancionadores también podrán iniciarse a instancia de parte interesada> (art. 35), en realidad lo que está haciendo es reconocer la legitimación procesal del denunciante cuando este es titular de derechos e intereses legítimos (introduciendo, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, <el equivalente a la acusación particular del proceso penal->), pero la apertura del procedimiento sancionador sigue siendo decisión del órgano administrativo competente. El ius puniendi es monopolio exclusivo de los poderes públicos, ya sean los tribunales penales o la Administración en el caso de las sanciones administrativas, por lo que la incoación de un procedimiento sancionador nunca se producirá automáticamente a instancia del interesado, y lo único que se le reconoce a éste es la legitimación para recurrir, en su caso, el archivo de las actuaciones. Este reconocimiento, con carácter general, de la legitimación procesal del denunciante –interesado para instar la apertura del procedimiento sancionador y, en su caso, recurrir su archivo, constituye una novedad en las normas que regulan este procedimiento, si bien, como veremos, cuenta ya con un sólido apoyo jurisprudencial y aparece también consagrado en algunas leyes de carácter sectorial." Lozano Cutanda, Blanca. (2010)..Ob.cit. p. 843.

La postura anteriormente reseñada sobre la supuesta existencia de un procedimiento *trilateral sancionador* en el ámbito de la protección al consumidor ha sido, parcialmente, corregida.

A partir de una nueva composición de la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi, desde el año 2012 se ha modificado el criterio permisivo sobre el alcance del desistimiento del denunciante en el procedimiento de protección al consumidor.

Así, se ha señalado que:

"El desistimiento es un acto de disposición en el proceso. El que se desiste únicamente puede hacerlo de aquellos aspectos que le son propios, es decir, de aquellos que están dentro de su ámbito de acción o dominio. Una vez sancionado un infractor, en ningún caso el desistimiento puede producirse respecto de aspectos del proceso que no se encuentran en la esfera de poder de quien pretende el desistimiento, toda vez que la sanción ha sido impuesta por haberse determinado ya la violación de una norma administrativa cuya cautela el Estado ha encargado a la autoridad. Es decir, el consumidor únicamente tiene dentro de su dominio de disposición la expectativa por el resarcimiento, no así la decisión sobre la actividad punitiva del Estado respecto de la presunta infracción."²²⁵

135

Decimos que la corrección es parcial porque:

- Esta nueva posición yerra por omisión. Parece contradecir su propia afirmación respecto de la forma de inicio del procedimiento sancionador (siempre de oficio) al establecer a la denuncia presentada por un particular como la causa del inicio del procedimiento sancionador, cuando la denuncia es, apenas, la *notitia infractionis* para que la Administración conozca la existencia de conductas presuntamente infractoras y active el ejercicio de su potestad sancionadora²²⁶.
- La resolución reduce el alcance y sentido de la oficialidad del procedimiento sancionador al permitir el desistimiento hasta

²²⁵ Resolución N° 3448-2012/SPC-INDECOPI, párrafo 20.

²²⁶ Sobre el carácter reglado o discrecional en el inicio del procedimiento sancionador puede consultarse a Lozano Cutanda, Blanca (2003). p. 83 y ss.

antes de la emisión de la resolución de primera instancia administrativa, cuando a nuestro entender, la lógica expuesta y propia del procedimiento sancionador nos lleva directamente a concluir que no cabe posibilidad alguna de desistimiento que pueda tener efectos sobre la continuación del procedimiento sancionador, lo que incluye, ciertamente, el desistimiento en la etapa procedimental previa a la emisión de la resolución correspondiente, porque al tratarse el procedimiento sancionador del ejercicio de una potestad exclusiva de la Administración y respecto de la cual el administrado no ostenta ninguna capacidad de disposición, mal puede ese particular adoptar una decisión que implique la conclusión del procedimiento. Aunque la resolución no lo indique expresamente, se desprende de su razonamiento que el desistimiento de la solicitud de medidas correctivas debe entenderse procedente siempre, sin ningún tipo de limitación temporal o procedimental, porque se tratan, precisamente, de materias disponibles²²⁷

136

En todo caso, esta deformación del procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor ha sido corregida con las modificaciones introducidas por la Directiva N° 007-2013/DIR-COD-Indecopi, en materia del procedimiento sumarísimo de protección al consumidor, que entró en vigencia el 1° de enero

²²⁷ "(...) podemos afirmar que la naturaleza de un procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor no es diversa de aquella propia del procedimiento administrativo sancionador regulado por la LPAG. En ese sentido, queda claro que en todo procedimiento administrativo sancionador estamos ante la presencia de la potestad sancionadora de la administración. La vinculación del denunciante con este tipo de procedimientos, en algunos supuestos promovida por una real afectación de sus derechos, en nada afecta la naturaleza del procedimiento sancionador. El carácter complementario de las finalidades accesorias que también buscan su satisfacción mediante un procedimiento sancionador no desvirtúa la relación bilateral que se origina entre el denunciado y la administración. Por último, es importante reconocer que las particularidades de este tipo de procedimiento sancionador vienen dadas por las imprecisiones establecidas en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, lo cual genera confusiones al momento de asignar facultades a los administrados. Frente a dicha situación, cabe analizar cuidadosamente la naturaleza del procedimiento administrativo en el cual nos encontramos, cual es la finalidad del mismo, y en base a ello, evitar la aplicación de figuras heterogéneas que impliquen una desnaturalización en la ordenación y tramitación del procedimiento." Martín Tirado, Richard. (2014). p. 78

de 2014 (y su modificatoria la Directiva N° 003-2014/DIR-COD-Indecopi), y que han restablecido, a nivel reglamentario, la opción legislativa asumida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor en el sentido de definir al procedimiento en materia de protección al consumidor como un procedimiento sancionador, sin añadirle características no reconocidas legalmente ni adosarle calificativos contradictorios²²⁸.

Quienes defienden la existencia de un procedimiento *trilateral* – *sancionador* no han podido demostrar cómo es jurídicamente posible que un acto de disposición sobre derechos individuales puede tener efecto sobre el ejercicio de una potestad pública y determinar, sin más, la conclusión de un procedimiento sancionador como en el caso de los procedimientos en materia de protección al consumidor, más aún cuando no existe una base legal que habilite, aunque sea indirectamente, dicha conclusión.

En el caso específico de los procedimientos en materia de protección al consumidor, además, deberá tenerse presente que esta tesis colisiona directa e irremediabilmente con el texto expreso del Código de Protección y Defensa del Consumidor que, por un lado, define a estos procedimientos como procedimientos sancionadores (sin añadirle ningún otro calificativo o característica) y por otro, reconoce expresamente que la propuesta conciliatoria debe ser considerada como un atenuante de la sanción pero no como un medio de extinción de la infracción administrativa²²⁹.

137

²²⁸ En este sentido es de resaltar la necesidad de uniformizar el tratamiento normativo en materia del procedimiento aplicable en materia de protección al consumidor puesto que, mientras el procedimiento sumarísimo se encuentra actualmente alineado con la opción legislativa del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el procedimiento ordinario sigue aplicándose reglas y categorías incompatibles con dicha opción.

²²⁹ Más aún si, como lo señala literalmente el Código de Protección y Defensa del Consumidor (artículo 112°), será una circunstancia atenuante: "La subsanación voluntaria por parte del proveedor del acto u omisión imputado como presunta infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos." En este sentido, es oportuno señalar que: "(...) una vez instruido el procedimiento sancionador, el ejercicio de la acción contra la infracción denunciada escapa de la esfera particular del administrado y descansa en el ejercicio de la función pública, inherente al carácter sancionador del procedimiento de protección al consumidor cuyos efectos no pueden ser retirados o reducidos por el administrado. Debiendo

V. CONCLUSIONES

El presente trabajo está orientado a determinar la función que puede cumplir el denunciante en el procedimiento sancionador.

Nos hemos referido a su participación en el procedimiento a partir de la constatación de la existencia de un interés legítimo que es el factor determinante para permitir la participación de un administrado no infractor en el procedimiento sancionador, bajo la condición de tercero legitimado.

Nuestra LPAG ha recogido las posturas más garantistas y amplias y permite, sin mayores complicaciones, este tipo de intervención procedimental.

A partir de ello, una de las cuestiones más problemáticas planteadas en el procedimiento sancionador ha sido la referida a la posibilidad de reconocer el desistimiento como modalidad de conclusión del procedimiento. Esto ha resultado particularmente crítico en ciertos procedimientos respecto de los cuales se ha afirmado su naturaleza *trilateral – sancionadora*.

138

añadirse, que incluso en el supuesto de una subsanación voluntaria de conductas, este hecho constituiría una atenuante y no una solución de autocomposición que elimine el carácter ilícito de la conducta sancionada.”(Sentencia expedida por el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas de Mercado. Expediente N°00889-2013, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de seguros y Reaseguros S. A. contra INDECOPI).

Por consiguiente:

1º.- En nuestra opinión, es un grave error referirnos a la existencia de un procedimiento *trilateral – sancionador* (más aún cuando no existe respaldo normativo expreso o implícito que lo sustente).

2º.- La razón principal es simple:

- a.- La finalidad de los procedimientos especiales recogidos por nuestra ley procedimental es completamente distinta entre sí: el procedimiento sancionador busca encauzar el ejercicio de la potestad represiva que la ley le otorga a la Administración Pública para la imposición de sanciones administrativas, es el ejercicio de una de las manifestaciones más tradicionales del *ius imperium estatal*²³⁰;
- b.- El procedimiento trilateral es una actividad de solución de controversias que, siendo básicamente privadas, se encuentran conectadas con una finalidad de interés público que, precisamente por ello, remite su resolución a la intervención administrativa, que ya no será represiva sino más bien compositiva.

3º.- No se requiere, en forma absoluta, acudir a la combinación de características del procedimiento sancionador y del procedimiento trilateral para encontrar solución a algunos problemas que pueden afectar a los administrados.

4º.--La necesidad de atender la cobertura o protección de intereses legítimos de quienes son afectados por las consecuencias de la comisión de una infracción administrativa, no requiere convertir a los procedimientos sancionadores en procedimientos a plena

²³⁰ No reconociéndosele, ni siquiera, a la propia Administración la posibilidad de “desistirse” del inicio del procedimiento sancionador a su cargo en tanto: “(...) esta posibilidad es contraria al principio de oficialidad del procedimiento sancionador. Falta, además, la necesaria habilitación legal para que la Administración pueda utilizar esta forma de terminación del procedimiento. Y no está claro que la Administración pueda tener disponibilidad de un procedimiento como el sancionador, una vez iniciado el procedimiento, sin previa Ley habilitante.” Gomez Tomillo, Manuel e Iñigo Sanz Rubiales. (2010). Op. cit. p. 870.

disposición de las partes (en lo esencial, del infractor, nada menos) pues la institución de la medida correctiva es un medio perfectamente idóneo para la satisfacción de tales intereses individuales o individualizables, los que son, evidentemente, disponibles libremente por sus titulares²³¹.

5°.- La postulación de la existencia de un supuesto procedimiento *trilateral – sancionador* ha traído confusión y complicaciones que una lectura atenta de nuestra ley procedimental, y el respeto a los principios institucionales presentes en las categorías utilizadas, hubieran absuelto satisfactoriamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya Ayala, Leoni Raúl. (2014). Concordancia entre la naturaleza sancionadora del procedimiento sumarísimo y el control de legalidad. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 193.
- Baca Oneto, Víctor. (2013). *Protección al Consumidor. Análisis de las*

²³¹ "Tal como se encuentra la normativa en materia de procedimientos sumarísimos (...) las figuras del desistimiento y la conciliación se han mantenido pero se ha restringido su eficacia. En efecto, tanto con la Directiva N° 007-2013/DIR-COD-INDECOPI como con la Directiva N° 003-2014/DIR-COD-INDECOPI, el consumidor podrá desistirse y apartarse del procedimiento en cualquier momento (renunciando así a las expectativas de obtener medidas correctivas y las costas y costos del procedimiento), pero al mismo tiempo podrá seguirse de oficio (...) para reconocerse o no la existencia de una infracción y, si así es, entonces se sancionará al proveedor, considerando el desistimiento o la conciliación como atenuante (...) La situación ha mejorado, para alivio de los proveedores, con la Directiva N° 003-2014/DIR-COD-INDECOPI, la cual ha previsto que se puede dar la conciliación y/o el desistimiento antes de la imputación de cargos y con ello se logre el archivamiento prematuro del procedimiento. Así, se ha otorgado a los proveedores una última oportunidad para solucionar sus controversias y reclamos in extremis, esto es antes de verse expuestos a un procedimiento sancionador (...) Por ello, no encuentro discordancia entre las normas del TUO de las Reglas Complementarias aplicables al Procedimiento Sumarísimo en materia de protección al consumidor (con la primera o la segunda Directiva modificatoria), con las normas generales del CPDC y de la Ley N° 27444, pues en dicho procedimiento sancionador no se deja de sopesar la intención del consumidor y el proveedor en solucionar la controversia, debiéndose sancionar a este último por haber infringido el CPDC o normas conexas, pero sobre todo evaluándose la posibilidad de imponer una sanción menor si se ha logrado un acuerdo que satisfaga los intereses del consumidor afectado." Amaya Ayala, Leoni Raúl. (2014). p. 35-36.

- funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Baño León, José María. (1996). *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid. Mc Graw Hill.
- Bocanegra Sierra, Raúl y García Luengo, Javier. (2007). La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad. *Revista de Administración Pública*. N° 172.
- Callol García, Pedro. (1999). La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector. *Revista de Administración Pública*. N° 149.
- Cobrerros Mendazona, Edorta. (2000). El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador. En Sosa Wagner, Francisco (Coordinador). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tirant lo Blanch. Volumen II.
- Cortez Tataje, Juan Carlos. (2014) ¿El procedimiento de protección del consumidor por denuncia de parte tiene una naturaleza sancionadora pura? Lima, Diálogo con la Jurisprudencia. N° 139.
- Danos Ordoñez, Jorge. (2004). Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En AA.VV. *Derecho Administrativo*. Presentación de Jorge Danós Ordóñez y Eloy Espinosa – Saldaña. Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Jurista Editores.
- Danos Ordoñez, Jorge. (2014). La extinción de las infracciones y sanciones administrativas. En AA.VV. *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Thomson Reuters.
- Estevan de Quesada, Carmen. (2007-2008). Protección de consumidores y Derecho Antitrust: la participación de las asociaciones de consumidores en el control de las prácticas colusorias. *Actas de Derecho Industrial*. N° 28.
- Esteve Pardo, José. (2012). La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública*. N° 189.
- Huapaya Tapia, Ramón y Tirado, José Antonio. (2013). Reflexiones sobre la aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado para regular las actuaciones de la Administración Pública en el Derecho Administrativo peruano. En *Revista Jurídica Thomson – Reuters. Suplemento Administrativo*. Año 1. N° 1.

- Gomez Apac, Hugo. (2011). El procedimiento trilateral ¿cuasijurisdiccional? *Revista de Derecho Administrativo*. N° 10. Volumen II.
- Gomez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Iñigo. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda edición. Aranzadi. Thomson – Reuters.
- Gosalbez Pequeño, Humberto. (2012). Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?) En: García de Enterría, Eduardo y Alonso García, Ricardo. *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Volumen I. España: Liber Amicorum Tomás – Ramón Fernández*. Civitas – Thomson Reuters.
- Lozano Cutanda, Blanca. (2003). El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública*. N° 161.
- Lozano Cutanda, Blanca. (2010). Procedimiento sancionador: iniciación. *Diccionario de Sanciones Administrativas*. Madrid: lustel.
- Martín Tirado, Richard. (2003). El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. AA.VV *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Segunda Parte*.
- Martín Tirado, Richard. (2014). El rol del denunciante en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores. *Praeceptum*. Año 1. Número 1. Lima. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2010). Los actos –medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo. N° 9.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Los procedimientos administrativos: contribución para su útil clasificación. En Zegarra Valdivia, Diego y Víctor Baca Oneto (Coordinadores). *La Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. I Encuentro Peruano – Brasileño de Profesores de Derecho Administrativo*. Palestra Editores.
- Moscol Salinas, Alejandro. (2008). Revisión de la figura del mandato de interconexión de redes y servicios públicos de tele comunicaciones

- desde la perspectiva del derecho administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 5. Circulo de Derecho Administrativo, Lima, PUCP.
- Nieto, Alejandro. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Quinta edición puesta al día el 31 de diciembre de 2011. Madrid: Tecnos.
- Parada Vásquez, Ramón. (2010). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tomo I. Marcial Pons.
- Rebollo Puig, Manuel. (1993). Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador. En Barnes Vasquez, Javier (Coordinador). *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Civitas.
- Rebollo Puig, Manuel y otros. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova.
- Rodríguez–Arana, Jaime. (2012). *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Iustel.
- Zegarra Valdivia, Diego. (2005). *Servicio público y regulación. El marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú*. Palestra Editores.

INTERNET

- Dominguez Luis, Carlos. (2005). Reflexiones en torno al status jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. En Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid N° 21. Recuperado de: http://www.madrid.org/cs/Satellite?C=CM_Revista_FP&-cid=1142296737844&esarticulo=true&idrevistaelegida=1142296593940&language=es&pagename=revistajuridica%2fpage%2Fhome_RJU&sitename=CM_Revista_FP&urlpage=revistajuridica%2fpage%2Fhome_RJU

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-164 - BREÑA
CORREO E.: TAREAGRAFICA@TAREAGRAFICA.COM
PÁGINA WEB: WWW.TAREAGRAFICA.COM
TELÉF. 332-3229 FAX: 424-1582
2015 LIMA - PERÚ



Calle De la Prosa 104 – San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 224-7800
Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe
Sitio web: www.indecopi.gob.pe