

# P R A E C E P T U M

Nº 1



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

# PRAECEPTUM

N° 1

Julio, 2014

**LIÑÁN, Luis. MARTIN, Richard. TASSANO, Hebert. ZEGARRA, Diego.**

**PRAECEPTUM**

Año 1 Número 1, INDECOPI, Lima, 2014.

Área: Administración

Formato: 13 x 20 cm.

Páginas: 138

**PRAECEPTUM**

Año 1 Número 1, Julio 2014

Copyright © 2014 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la  
Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

Calle De la Prosa 104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: [escuela@indecopi.gob.pe](mailto:escuela@indecopi.gob.pe)

Sitio web: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)

Ortografía, sintaxis y edición: Sara Chávez Urbina

Supervisión y revisión de la edición: Giovana Hurtado Magán

Diseño, diagramación e impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora N° 156 - 164 Lima. Teléfono 332-3229

Impreso en Lima, Perú. Julio 2014.

Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-09847

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

Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio  
Consejero

Malka Maya Albarracín  
Consejera

### Consejo Consultivo

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

### Gerente General

Santiago Dávila Philippon

### Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

---

COMPATIBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES  
DEL PROCESO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE  
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR A CARGO  
DEL INDECOPI  
**Luis Alberto Liñán Arana** 11

---

EL ROL DEL DENUNCIANTE EN EL MARCO DE  
LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS  
SANCIONADORES  
**Richard James Martin Tirado** 45

---

EL ROL DEL INDECOPI EN LA ECONOMÍA  
SOCIAL DE MERCADO  
**Hebert Tassano Velaochaga** 83

---

LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y  
FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI EN EL  
MARCO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN  
DE DATOS PERSONALES  
**Diego Zegarra Valdivia** 103

---



## PRESENTACIÓN

Indecopi es un organismo público muy especializado; sus funciones y atribuciones están orientadas a propiciar el buen funcionamiento del mercado mediante la protección de la propiedad intelectual y del consumidor, el fomento de la libre competencia y el desarrollo de la infraestructura de la calidad. Es nuestra aspiración brindar un servicio público predecible, oportuno y confiable.

Indecopi, a través de su Escuela busca desarrollar capacidades en los ciudadanos y fortalecer las competencias de sus colaboradores mediante diversos recursos educativos. Es por ello que hemos desarrollado un nuevo producto editorial, la serie de publicaciones "Praceptum" vocablo latino que significa "Mandato u orden que el superior hace observar y guardar al inferior o súbdito". Lo que buscamos con cada uno de los artículos que forman parte de esta serie, es aportar insumos para el debate, la reflexión y la mejora del accionar institucional, así como difundir reflexiones y propuestas que, sobre bases doctrinarias, contribuyan a enriquecer la agenda de trabajo del Indecopi. Para ello, antes de su publicación, estos artículos han sido expuestos y sujetos a discusión en escenarios académicos con participación de expertos y aplicadores especializados de los temas desarrollados.

7

García de Enterría<sup>1</sup>, manifiesta que el Derecho Administrativo cubre todas las posibles zonas en que se mueven las administraciones públicas, incluso aquellas que constituyen objeto de regulación de otras ramas del Derecho. Es así que, todas las instituciones jurídicas y técnicas propias de otras ramas del Derecho común -cuando inciden sobre sujetos administrativos- sufren un proceso de modificación o de modulación, para adaptarse a las especiales características de estos sujetos; dando así lugar al contrato administrativo, la responsabilidad administrativa, la delegación administrativa, etc. El Derecho Administrativo resulta ser, de este modo, el Derecho común de las administraciones públicas.

---

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo. (1999) Curso de Derecho Administrativo. 9na edición. Madrid, Civitas Ediciones.

La forma de expresión de la administración pública es a través del procedimiento administrativo, considerado como uno de los aspectos fundamentales que estructuran un Estado de Derecho, ya que lo que se busca es la protección jurídica del ciudadano (Kresalja y Ochoa)<sup>2</sup>.

En el Indecopi coexisten diversas ramas del Derecho sobre las cuales se desarrollan diferentes procedimientos. Como menciona Juan Carlos Cassagne<sup>3</sup> “La injerencia progresiva del Derecho Administrativo contemporáneo sobre esferas de actuación reservadas anteriormente con exclusividad al Derecho Privado, unida a la necesidad de regular nuevas conductas y situaciones carentes de normación, provocó la ruptura de la clásica ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo” (p.133).

8

El Derecho Administrativo, indica el referido autor, “no tiene ni ha tenido nunca una existencia aislada e independiente y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como acontece con el Derecho Constitucional, o bien relaciones de contacto e interferencia como es el caso de sus vínculos con el Derecho Civil y Comercial” (p. 157).

Por esta razón, hemos incorporado en este primer número un análisis sobre la “COMPATIBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR A CARGO DEL INDECOPI”, estudio realizado por el profesor Luis Alberto Liñán Arana.

Igualmente, como sabemos, para que la administración pública realice las funciones para las cuales ha sido creada resulta necesario que disponga de poderes de tutela represiva para asegurar su eficaz y normal funcionamiento. Así, la potestad sancionadora del Indecopi para la protección al consumidor se desarrolla mediante el procedimiento administrativo sancionador que posee determinadas características, que son analizadas en el artículo a cargo del profesor

---

<sup>2</sup> Kresalja, Baldo; Ochoa, César. (2012) El Régimen económico de la Constitución de 1993. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>3</sup> Cassagne, Juan Carlos. (2010) Derecho Administrativo. Lima, Palestra Editores.



Richard Martin Tirado titulado: “EL ROL DEL DENUNCIANTE EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES”.

Finalmente, en el marco de nuestra labor de supervisión y fiscalización, Indecopi debe cumplir y respetar los parámetros normativos que protegen los datos personales de los ciudadanos, importante tema que es analizado en el estudio encomendado al profesor Diego Zegarra Valdivia titulado: “LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES”.

Invitamos a todos ustedes a leer esta publicación que, desde una perspectiva doctrinaria, busca hacernos reflexionar sobre las instituciones y procedimientos vinculados a nuestro quehacer institucional.

Hebert Tassano Velaochaga  
Presidente del Consejo Directivo del Indecopi



**COMPATIBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES  
DEL PROCESO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR  
A CARGO DEL INDECOPI**

---

**Luis Alberto Liñán Arana**

Abogado por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho Procesal y solución de conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura.

Socio de Rodríguez Angobaldo Abogados.

Artículo escrito con la colaboración de Joel Campos Camargo e Iris Ilquimiche Reyn



# COMPATIBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR A CARGO DEL INDECOPI

Luis Alberto Liñán Arana

## RESUMEN

El proceso civil y el procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor a cargo del Indecopi, pese a sus rasgos propios, deben desarrollarse siempre, en estricto respeto de los derechos fundamentales. Es como consecuencia de dicho rasgo en común, que aquellos principios e instituciones propias del proceso civil que tiendan a maximizar dicha obligación, deben aplicarse, atendiendo a sus diferencias, a dicho procedimiento administrativo.

## I. INTRODUCCIÓN

13

Muchas veces nos referimos al proceso civil y al procedimiento administrativo -en particular, al procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor a cargo del Indecopi- como dos realidades distintas, sin tener en consideración que comparten una misma naturaleza al ser mecanismos por medio de los cuales, se resuelven conflictos con miras a efectivizar y plasmar en la realidad, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es por ello que en el presente artículo buscamos proponer al lector, una manera distinta de observar dichos espacios. Con dicho fin, empezaremos sustentando por qué los principios e instituciones del proceso civil resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor y, finalmente, nos referiremos a dichas instituciones, rescatando algunos de los matices que presentan en sede administrativa.

## II. RELACIÓN ENTRE EL PROCESO CIVIL Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para poder determinar por qué algunas instituciones del proceso civil resultan aplicables al Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) de protección al consumidor a cargo del Indecopi y, en general, a todo procedimiento sancionador, consideramos necesario señalar algunas diferencias entre ambos escenarios. En ese sentido, en las siguientes líneas nos referiremos, de manera muy sucinta, a sus rasgos diferenciadores.

El proceso civil existe cuando se ejerce jurisdicción. Al ejercerla, los jueces utilizan el proceso para resolver las controversias que conocen. Esto es, en derecho procesal, conocido como el Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional<sup>4</sup>.

El proceso civil se inicia cuando el interés de un particular se ve amenazado o ha sido vulnerado. Es por esto que el proceso no se inicia nunca de oficio. El principio de oportunidad que rige en el proceso civil, nos permite decir que el inicio del proceso queda sometido a la voluntad de las partes y, son éstas, las que deciden si es oportuno o no, con miras a satisfacer su interés, utilizar dicho mecanismo<sup>5</sup>.

Sobre la base de lo dicho, podemos darnos cuenta de que la lógica del PAS es distinta. Éste no surge ante un conflicto de intereses entre particulares, sino cuando la administración tiene indicios que lo llevan a considerar que resulta necesario que, luego de recopilarse una serie de pruebas, se determine si efectivamente el administrado incurrió o no en infracción, para luego, imponerle una sanción:

*“El procedimiento es la vía por medio de la cual la Administración ejerce su potestad sancionadora, y que se estructura con las finalidades de, en primer término, comprobar la existencia de una transgresión*

<sup>4</sup> Sobre este principio, el profesor Juan Monroy, ha señalado:“(…) Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados (...) significa además, que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él (...)” Monroy Gálvez, Juan. (1996). p. 81.

<sup>5</sup> Montero Aroca, Juan, Ortells Ramos, Manuel y Gómez Colomer, Juan Luis. (1991), p. 469.

*susceptible de sanción administrativa y, en consecuencia, imponer una sanción administrativa*<sup>6</sup>.

Por otro lado, a diferencia del proceso civil, el PAS busca proteger el interés colectivo. Por ejemplo, la Comisión de Protección al Consumidor, iniciará un PAS a aquellos agentes del mercado que realicen conductas en contra de los consumidores, infringiendo las normas del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC) e impondrá la sanción correspondiente.

En doctrina, esto se conoce como principio de necesidad, que determina que el Estado se encuentra en la obligación de realizar una serie de actividades a través de alguno de sus órganos a efectos de proteger el interés público, el de la comunidad y a la sociedad misma.

Es en atención a este objetivo, que la administración cuenta -durante el desarrollo de este procedimiento administrativo- con una serie de prerrogativas que no tienen cabida en el proceso civil. Así por ejemplo, el artículo 235° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), en su numeral primero, establece que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio; figura que, como ya dijimos, no tiene lugar en el proceso civil.

15

Llegado a este punto, parecería que lo dicho en los párrafos anteriores nos llevaría a concluir que existen diferencias casi irreconciliables entre estos dos escenarios; sin embargo, adoptar una postura en ese sentido implicaría olvidar al principal protagonista que actúa en ambos: la persona humana.

Como sabemos, *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*<sup>7</sup>. En atención a ello, los derechos fundamentales de los que es titular, vincularán de manera directa a todos los miembros de la sociedad; esto es, a particulares y, especialmente, al Estado<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. (2011), p. 526.

<sup>7</sup> Artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

<sup>8</sup> Los derechos fundamentales tienen dos ámbitos o dimensiones: uno subjetivo y otro objetivo. Por el primero de ellos, los particulares están en la obligación de abstenerse de amenazarlos o vulnerarlos e incluso, tendrían el deber de promover su pleno ejercicio en cualquier ámbito de la vida social. Por el segundo, el Estado, y

Como consecuencia de ello, tanto en el proceso civil como en el procedimiento administrativo, el Estado se encuentra en la obligación de respetar, proteger y promover los derechos fundamentales de los que es titular la persona. Así, si bien el proceso civil busca dar solución a una controversia con la finalidad de que el interés prevalente sea reconocido como tal; tan importante es la solución dada por el órgano jurisdiccional, como la forma en la que se arribó a ella. Ésta, para ser válida y encontrarse acorde a nuestro ordenamiento jurídico, debe respetar todos y cada uno de los derechos fundamentales.

De igual forma ocurre en el PAS. Si bien en este procedimiento se busca dar protección a un interés general, este objetivo no puede lograrse de cualquier manera. En la medida que, como hemos dicho, a través de él resulta posible que se incida en la esfera jurídica del administrado, dicha potestad debe ejercerse de igual forma, en irrestricto respeto de los derechos fundamentales.

En esta misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado:

- 16 *“La aplicación de una sanción administrativa, constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”*<sup>9</sup>.

Incluso, podemos decir que, en la medida que la administración – a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil- tiene, como ya hemos visto, una serie de potestades o prerrogativas en su condición de órgano instructor y encargado de decidir respecto a la aplicación de la sanción, dicho deber de respeto de los derechos fundamentales se encuentra acentuado<sup>10</sup>.

---

con él, todos los organismos que lo conforman, tienen las mismas obligaciones –no amenazarlos ni vulnerarlos- pero, principalmente, se encuentra obligado a promover su pleno y real ejercicio.

<sup>9</sup> STC N° 3432-2004, FFJJ. N° 2.

<sup>10</sup> Respecto al procedimiento administrativo sancionador, Juan Francisco Rojas Leo ha señalado que: “(...) el derecho administrativo garantiza la actuación efectiva de la administración pública dentro del marco de respeto de los derechos ciudadanos, particularmente importantes cuando la actuación pública se encuentra destinada a



Si bien todos los derechos fundamentales son, digámoslo así, el punto de conexión entre el proceso civil y el PAS, uno de ellos, en especial, nos permitirá entender cómo es que ambos se encuentran estrechamente relacionados a tal punto que los principios orientadores del proceso civil –y, como consecuencia de ello, las instituciones propias de dicho mecanismo– pueden aplicarse, teniendo en cuenta sus diferencias, al procedimiento administrativo sancionador. Este derecho, es el **derecho al debido proceso**.

Decimos que el derecho al debido proceso nos permitirá entender cuál es esta relación, en la medida que es un derecho fundamental instrumental cuyo fin es la protección de otros derechos fundamentales y la protección de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>11</sup>. En esta misma línea, Reynaldo Bustamante sostiene que:

*“El proceso justo, o debido proceso, es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos”<sup>12</sup>.*

17

Este derecho fundamental de especial preponderancia, tiene que ser maximizado tanto en el proceso civil, como en el PAS. En este último, al ser de especial naturaleza, ha recibido la denominación de derecho al debido procedimiento administrativo, pero siempre, atendiendo al mismo fin:

*“(…) puede ser entendido, en sentido positivo, como la regulación jurídica que de manera previa delimita la actuación de los órganos que conforman la Administración Pública para que ésta sea correcta y establece las garantías mínimas de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de los órganos que conforman la Administración Pública dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentran sujetas siempre a los procedimientos previamente establecidos en la ley”<sup>13</sup>.*

---

causarles un deterioro o desmedro en su esfera de derechos” Rojas Leo, Juan Francisco. (2001). p. 161.

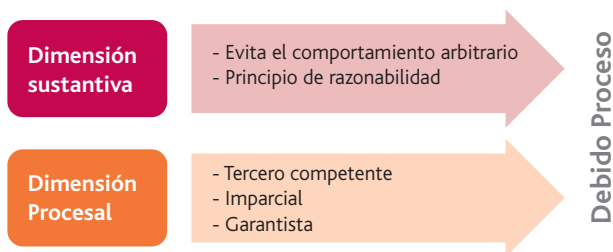
<sup>11</sup> Hoyos, Arturo (1996) p. 4.

<sup>12</sup> Bustamante Alarcón, Reynaldo (2001) p. 251.

<sup>13</sup> STC N° 1387-2009-PA/TC, FFJJ. N° 8.

Al llegar a este punto, nos gustaría hacer una precisión. El derecho al debido proceso tiene dos dimensiones: una sustantiva y una procesal. La primera, referida a evitar un comportamiento arbitrario de quien ostenta una cuota de poder o autoridad, por lo que, toda decisión a la que se arribe, debe estar circunscrita a parámetros de razonabilidad. La segunda, a la posibilidad de acudir a una autoridad competente e imparcial para que resuelva el conflicto de intereses o la situación de incertidumbre jurídica, garantizando una solución acorde a nuestro ordenamiento jurídico<sup>14</sup>.

Gráfico N° 1



18

Elaboración: ECP del Indecopi.

En doctrina nacional, se señala que en sede administrativa -y en concreto en el PAS- debe respetarse el debido procedimiento adjetivo o procesal<sup>15</sup>. Sin embargo, atendiendo a las nociones de debido proceso sustantivo y procesal, consideramos que resulta insuficiente señalar que una sola de dichas manifestaciones tiene cabida en este procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo tiene también una faceta sustantiva y procesal:

*"El debido proceso otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. Con ello, el debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que (...) requiere de un control material que verifique el contenido de una*

<sup>14</sup> Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy. (2005) pp. 64-66.

<sup>15</sup> Cfr.: Morón Urbina, Juan Carlos. (2006) pp. 8.

*decisión que se apegue a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico*<sup>16</sup>.

Como muestra de la preponderancia del derecho al debido proceso sustantivo, es que la LPAG, en el numeral 3º del artículo 230º, ha recogido el principio de razonabilidad, el mismo que propugna que la facultad sancionadora de la administración sea ejercida atendiendo a los límites de dicha atribución y teniendo en consideración la proporcionalidad entre los medios a utilizar y la protección de los intereses públicos como fin.

Por ello, dado que el respeto y vigencia del derecho al debido proceso, debe ser promovido también en sede administrativa, los principios del proceso civil orientados a su maximización, pueden, y deben, ser aplicados al PAS, atendiendo, como hemos dicho a lo largo de estas líneas, a las diferentes finalidades y naturaleza de este último.

Los principios son aquellas pautas que recogen principalmente, valores que permiten dar sentido y orientan la actividad interpretativa de todo el ordenamiento jurídico<sup>17</sup> y permiten, atendiendo a su contenido, resolver cualquier posible situación de laguna jurídica. Así, algunos de los principios del proceso civil que deben ser aplicados en el procedimiento administrativo sancionador, con miras a garantizar la protección del derecho al debido proceso –entiéndase al debido procedimiento administrativo- son, por ejemplo, el respeto al juez predeterminado por ley, el del celeridad, el de no reforma en peor y el de motivación, entre otros.

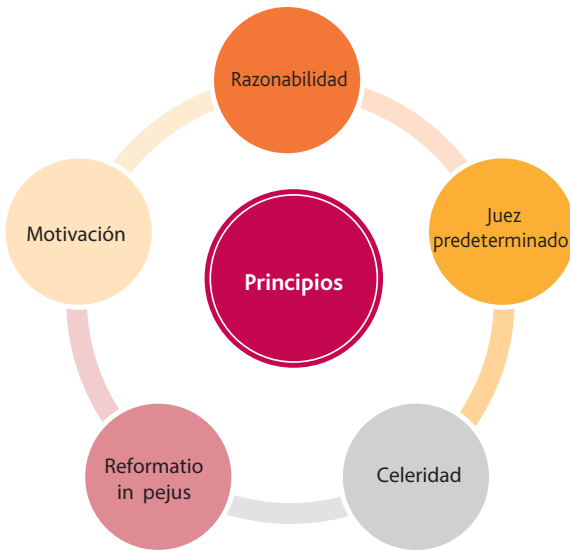
19

---

<sup>16</sup> Rojas Franco, Enrique. (2011) p. 184.

<sup>17</sup> Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy. (2001) p. 236.

Gráfico N° 2



20

Elaboración: ECP del Indecopi

Al referirnos al JUEZ PREDETERMINADO POR LEY, nos referimos a que el proceso, debe ser conocido por aquel funcionario competente para ello, en atención a lo estipulado por la ley. En el PAS, este principio tiene como correlato la estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora, recogida en el artículo 231° de la LPAG que dispone que *“El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto”*.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*(...) si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (...). Cuando la Convención se refiere al*

***derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas*** 18 (El resaltado es nuestro)

Por su parte, el PRINCIPIO DE CELERIDAD implica que el juez se encuentra en la obligación de dar una pronta y eficaz solución al conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. De igual forma, este principio del proceso civil debe materializarse en el PAS ya que, como señala Morón Urbina, la sola existencia de éste, es fuente de perjuicio para el administrado – ante la inminente posibilidad de ser pasible de una sanción- por lo que debe ser resuelto con prontitud, apenas se cuente con las pruebas que permitan expedir la decisión correspondiente<sup>19</sup>.

En cuanto al PRINCIPIO DE NO REFORMA EN PEOR O, de *“reformatio in pejus”*, debemos señalar que en el marco del proceso civil, genera una serie de limitaciones para el juez encargado de la revisión de la resolución materia de impugnación<sup>20</sup>. Así, si se interpone un recurso de apelación de sentencia, el órgano revisor no podrá decidir agravando la situación del impugnante. De igual forma, este principio, recogido en el numeral 3° del artículo 237° de la LPAG, implica, en sede administrativa sancionadora, que se encuentra prohibido que, como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo, la condición del recurrente se vea desmejorada.

21

Finalmente, respecto al PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN, solo debemos señalar que queda fuera de discusión el deber que tienen tanto el órgano jurisdiccional como el administrativo que ejerce facultades sancionadoras, de fundamentar de manera adecuada y suficiente las decisiones que expidan dentro del marco de un proceso judicial o procedimiento administrativo:

*En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que*

<sup>18</sup> STC N° 8957-2006-AA, FFJJ N° 8.

<sup>19</sup> Cfr.: Morón Urbina, Juan Carlos. (2006) p. 13.

<sup>20</sup> Monroy Gálvez, Juan. (1996). Op. Cit. p. 129.

*la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del Derecho y su sistema de fuentes<sup>21</sup>.*

Como ya habrá podido advertir el lector, atendiendo a que en ambos contextos se busca garantizar, respetar y proteger el derecho al debido proceso, no sólo los principios que buscan dicho fin, pueden ser predicados respecto del proceso civil al procedimiento administrativo sancionador, sino también aquellas instituciones procesales que, como veremos en los siguientes párrafos, contribuyen a un mejor desarrollo del proceso y, consecuentemente, a garantizar el respeto irrestricto al debido proceso.

### III. ALGUNAS INSTITUCIONES PROCESALES APLICABLES AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

22

#### 3.1. La parte en el procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor.

El artículo 235° de la LPAG, señala que *“el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia”*. De acuerdo a esta norma, aún en el caso que el PAS se inicie por denuncia de un tercero, se considera que se ha iniciado de oficio.

Por su parte, el artículo 23° del Decreto Legislativo 807°, señala *que “el procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio”*; por lo que, a diferencia del dispositivo anterior, el procedimiento a seguirse ante la Comisión de Protección al Consumidor pueda iniciarse a pedido de parte o, de oficio.

El artículo 107° del CPDC, en la línea de lo señalado por la LPAG, dispone que:

---

<sup>21</sup> STC N° 2732-2007-PA/TC, FFJJ. N° 36.

*Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia de consumidor afectado o del que potencialmente pudiere verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores<sup>22</sup>.*

Este mismo artículo agrega que la asociación de consumidores, que no cuente con facultades de representación, actuará como tercero legitimado sin gozar de facultades para disponer de los derechos de los consumidores. Más adelante, se señala:

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

De las normas citadas, nos surgen algunas interrogantes: si el PAS de protección al consumidor se inicia de oficio, el consumidor afectado o potencialmente afectado que presente la denuncia ¿tiene la calidad de parte?, de ser así ¿hasta dónde llegan sus facultades?

Antes de responder estas interrogantes, es necesario recordar qué es lo se busca por medio de un PAS de protección al consumidor. Este procedimiento busca castigar las infracciones administrativas a través de la imposición de **sanciones administrativas** (artículo 110° CPDC) y además, imponer **medidas correctivas** (artículos 114°, 115° y 116° del CPDC) destinadas básicamente a reponer la situación previa al incumplimiento ocurrido en la relación consumidor-proveedor.

23

Es decir, estamos ante un procedimiento que tiene como finalidad esencial y dada su naturaleza de sancionador, el imponer una multa a quienes hayan infringido las norma de protección al consumidor. Sin embargo, este procedimiento no se agota en imponer la sanción, sino que va más allá y busca que el consumidor que ha sido afectado con la infracción de la norma administrativa, sea resarcido y se le entregue el bien o se le preste el servicio idóneo que le corresponde

---

<sup>22</sup> Esto es ratificado por el artículo 4.4.1. de la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI, que regula el Procedimiento Sumarísimo en materia de Protección al Consumidor.

(por medio de las medidas correctivas reparadoras) e inclusive, que se reviertan los efectos de la conducta infractora o evitar que se produzcan nuevas infracciones en el futuro (por medio de las medidas correctivas complementarias).

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que en el PAS de protección al consumidor, el interés del Estado se sitúa, en primer lugar en imponer la sanción correspondiente y, en segundo lugar, resarcir al consumidor afectado. Es precisamente este segundo extremo del procedimiento, el que justifica la intervención del afectado o potencialmente afectado en el procedimiento, pues tiene interés en la decisión que se adopte respecto de la parte resarcitoria, mas no respecto de la sanción a imponerse, sobre la cual, el único titular es la administración. Por ello, se justifica que el consumidor no pueda impugnar la decisión relativa a la sanción.

El concepto “*parte*” es un concepto procesal. Así, se considera parte a los sujetos activos y pasivos de la relación procesal, que motivan el inicio de un proceso:

- 24 *(...) Partes en el proceso, son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita tutela jurídica estatal (...) Para la posición de parte procesal no tiene importancia si el actor es el poseedor del derecho y si el demandado es verdadero obligado o afectado*<sup>23</sup>.

En tal sentido, y teniendo en cuenta la finalidad del PAS, **podemos concluir que el consumidor afectado o potencialmente afectado, no debe tener la calidad de parte**, pues él no motiva el inicio del PAS, ya que éste siempre se va iniciar de oficio.

No es la denuncia del consumidor la que genera el inicio del PAS, sino el análisis que debe hacer la administración respecto a si los hechos puestos en su conocimiento, contienen indicios suficientes de la comisión de una infracción. Por lo tanto, el consumidor tiene un rol de colaboración en el procedimiento, en la medida que el mismo le va afectar de algún modo (por la imposición de medidas correctivas).

Precisamente, la posibilidad que la administración imponga medidas correctivas, generan un interés en el consumidor afectado

<sup>23</sup> Rosenberg, Leo. (1955) pp. 211.



o potencialmente afectado, que lo **legítima** para intervenir en el proceso pero no como parte, sino como tercero que colabora con la administración.

Esta figura, en derecho procesal, se conoce como “tercero *coadyuvante o adhesivo*”:

*La intervención adhesiva importa la introducción en un proceso pendiente, de un tercero que alega un interés propio en evitar el perjuicio jurídico que le seguiría de los efectos reflejos de la sentencia que se dicte en dicho proceso, perjuicio el cual se produciría, bien por razones de pre-judicialidad o por alguna conexión existente con las relaciones jurídicas entre la parte y el interviniente<sup>24</sup>.*

Teniendo claro el rol que le corresponde al consumidor afectado o potencialmente afectado en el PAS, podemos descartar otras interpretaciones que surgen de considerar al consumidor como parte, tales como aquellas que consideran al PAS como un procedimiento trilateral, o un procedimiento mixto (con rasgos de trilateral y de sancionador); también podemos entender, por qué cuando existe conciliación o desistimiento por parte del consumidor, estos actos no pone fin al PAS y, además, porque el denunciante interesado no puede interponer recurso de apelación respecto de la sanción impuesta.

25

### 3.2. Medidas Cautelares.

El artículo 236° de la LPAG regula las denominadas “*medidas de carácter provisional*”, según las cuales, la autoridad que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera emitirse.

La norma agrega que éstas, deben ajustarse a la **intensidad, proporcionalidad y necesidad** de los objetivos que se pretendan garantizar, con sujeción al artículo 146° de la misma ley, que se refiere a las medidas cautelares y dispone que la decisión que las concede debe ser motivada y que “(...) **no se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados**”.

<sup>24</sup> Ramos Méndez, Francisco. (1992). p. 321.

Por su parte, el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 807, dispone ***“que las Comisiones y Oficinas, podrán dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño”***. Luego, el artículo 27° del citado decreto legislativo y el artículo 109° del CPDC, en textos similares, establecen que las medidas cautelares pueden ser dictadas de oficio o a pedido de parte **a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva** y, señalan además, que la administración **puede ordenar una medida cautelar distinta a lo solicitada** por la parte, en caso de considerarlo pertinente.

De las normas citadas, podemos concluir que las características que debe cumplir una medida cautelar en un PAS de protección al consumidor son: *(i)* se dictan de oficio o a pedido de parte; *(ii)* su finalidad es garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva; *(iii)* debe existir verosimilitud del carácter ilegal del daño; *(iv)* debe existir intensidad, proporcionalidad y necesidad y; *(v)* no se podrán dictar medidas que puedan causar un perjuicio de imposible reparación a los administrados.

26

La medida cautelar es un instituto procesal que permite lograr que el órgano jurisdiccional consiga ser eficaz y, al mismo tiempo, asegura el cumplimiento del fallo definitivo, ya sea adelantando sus efectos o impidiendo que se modifique la situación material existente al momento de la demanda.

Una de las características de la medida cautelar es su jurisdiccionalidad, es decir, solo puede ser dictada por un juez, en el marco de un proceso que garantice el derecho al debido proceso de las partes. No obstante, en la práctica, muchos estamentos de la administración pública que resuelven conflictos, cuentan con poderes similares a los jurisdiccionales y desde luego, pueden dictar medidas cautelares.

Esta facultad debe ser ejercida por la administración con mucho cuidado, pues es el Estado quien actúa como parte y quien otorga la medida cautelar, con lo cual, se puede ver afectado el principio de imparcialidad. Por ello, es muy importante que, cuando la administración dicte una medida cautelar, verifique que se dan los requisitos para su procedencia.

A diferencia del proceso civil, en el que la medida cautelar solo procede a pedido de parte, en el PAS -dada su naturaleza- ésta procede de oficio. La finalidad, al igual que en el proceso civil, es lograr que la administración sea eficaz y que se asegure el cumplimiento del fallo definitivo.

Respecto de sus presupuestos, las normas administrativas hacen referencia a la existencia de **verosimilitud**. Este presupuesto señala que para la concesión de una medida cautelar basta la apariencia del derecho que le asiste al peticionante. Al tratarse de un procedimiento sin conocimiento del contrario, el juzgador no puede conocer con certeza el derecho, o sea, lo que a cada uno le corresponde.

En tal sentido, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por el peticionante tengan tal consistencia, que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente, la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.

Al respecto, Cassagne y Perrino sostienen que:

*(...) se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso<sup>25</sup>.*

27

Este requisito debe ser evaluado con mucha rigurosidad, sobre todo en el caso de las medidas cautelares de oficio, donde será la misma administración la que deberá hacer un examen sumario respecto a si los hechos que se investigan, generan una apariencia del carácter ilegal del daño.

Por otro lado, debemos decir que, si bien el requisito de **peligro en la demora**, no se encuentra dentro de los requisitos expresamente señalados para conceder una medida cautelar; sobre la base de las normas citadas debemos entender que éste, es un requisito inherente a la medida cautelar, que refiere que para su dictado se debe analizar *"la urgencia para evitar que la demora en la resolución*

<sup>25</sup> Cassagne, Juan Carlos -Perrino, Pablo E., (2006). p. 341.

*del pleito principal cause perjuicios apreciables*<sup>26</sup>. Es decir, busca evitar que se cause un perjuicio o daño inminente, que transforme en tardío, el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión.

Otro tema vinculado a los presupuestos de la medida cautelar, es el referido a la regulación de la **adecuación** como un requisito para su concesión. Las medidas cautelares, en su búsqueda por asegurar la efectividad del proceso, alteran la relación material instaurada al inicio del mismo y afectan los intereses de una de las partes, lo que puede motivar que se desarrolle de manera desigual.

Esta alteración de la relación material, es muchas veces necesaria para que la medida cautelar pueda cumplir su finalidad. No obstante, esta realidad debe ser conjugada con el hecho que el Juez debe otorgar aquella medida cautelar que afecte lo menos posible los intereses del sujeto sobre quien recae la medida. De no ocurrir así, se podría causar un daño irreparable al afectado. En doctrina, esto es lo que se llama el **principio de mínima injerencia**<sup>27</sup>.

28 En efecto, si la medida cautelar tiene por finalidad garantizar la eficacia de la decisión final, la medida solicitada y concedida debe estar íntimamente relacionada con la pretensión que busca garantizar, debe existir una relación de idoneidad entre medida cautelar y pretensión planteada en la demanda. Esta relación de idoneidad exige que las medidas cautelares que se otorguen sean **congruentes y proporcionales**.

Como señala Monroy Palacios,<sup>28</sup> **la congruencia** es la correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la medida cautelar concedida y el objeto de la tutela, mientras que la **proporcionalidad** supone que el sacrificio que implica la concesión de dicha medida sea el necesario para lograr la garantía de efectividad que se requiere con la medida cautelar concedida.

<sup>26</sup> García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás R. (1998) p 628.

<sup>27</sup> Monroy Palacios, Juan. (2002). p.188.

<sup>28</sup> Monroy Palacios, Juan, Op, Cit. p. 189.

Finalmente, cabe señalar que la evaluación que hace el juzgador del requisito de la adecuación, es diferente del que se efectúa con los otros dos presupuestos de las medidas cautelares. Así, cuando se advierte la falta de apariencia de derecho o inexistencia de peligro en la demora, debe rechazarse la solicitud cautelar. En cambio, cuando el juzgador advierte que no existe adecuación, no necesariamente debe denegar la medida cautelar, pues en este caso - como las normas citadas señalan – el juzgador puede dictar la medida cautelar que considere, cautela mejor la pretensión materia del proceso.

Cuadro N° 1

Proceso Administrativo Sancionador de Protección al Consumidor	Proceso Civil
De oficio o a pedido de parte	A pedido de parte
Su finalidad es garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva	Peligro en la demora
Debe existir verosimilitud del carácter ilegal del daño	Verosimilitud
Debe existir intensidad, proporcionalidad y necesidad	Congruencia y proporcionalidad
No se podrán dictar medidas que puedan causar un perjuicio de imposible reparación a los administrados	Adecuación

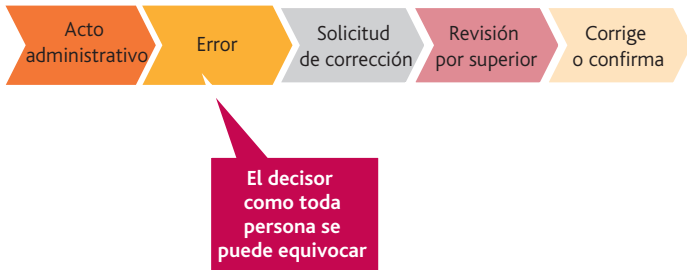
29

Elaboración: ECP del Indecopi

### 3.3. El recurso de apelación.

La posibilidad de impugnar una resolución, y ello se reproduce tanto en el ámbito jurisdiccional como en el PAS regulado por el CPDC, tiene un sustento claro: **las resoluciones expedidas en uno u otro contexto, son emitidas por operadores jurídicos, por seres humanos y, como consecuencia de ello, constituyen decisiones que pueden haber incurrido en error.** Por ello, resulta necesario que dichas decisiones sean revisadas por otro órgano superior, a fin de confirmar las mismas o, en su caso, corregirlas.

Gráfico N° 3



Elaboración: ECP del Indecopi.

Esta facultad de revisión de los posibles errores incurridos por los órganos de primera instancia debe, evidentemente, tener límites. Resultaría contrario a la seguridad jurídica y, principalmente al derecho al debido proceso, que el ordenamiento jurídico permita la revisión ilimitada de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y administrativos.

30 Sobre la definición de medios impugnatorios, Monroy Gálvez sostiene:

*(...) Podemos definir este instituto procesal como el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, él mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque éste total o parcialmente<sup>29</sup>.*

Los rasgos característicos de los recursos son: (i) los mismos solo tienen cabida a pedido de parte o, cuando son interpuestos por terceros legitimados –sujetos con interés directo en la solución de la controversia–; (ii) se puede recurrir solo un extremo de una decisión, esto es, es posible que el vicio o error denunciado se manifieste solo respecto a una parte de la resolución objeto del recurso y; (iii) quien interpone el recurso debe ser aquel sujeto directamente afectado por la decisión que quiere cuestionar, es decir, debe sustentar el agravio o perjuicio que le causa la misma.

<sup>29</sup> Monroy Gálvez, Juan (2004). p. 240.

Ahora bien, una vez que ya tenemos claro los aspectos generales de los medios impugnatorios, consideramos relevante referirnos, en las siguientes líneas, a las facultades que tiene el órgano revisor o, si se quiere, el órgano de segundo grado, como consecuencia de la interposición de un **recurso de apelación**.

La apelación, es un recurso de carácter ordinario, devolutivo, que se interpone contra sentencias y autos que resultan gravosas o perjudiciales para los intereses de las partes. Se interpone ante el mismo órgano judicial (*a quo*) de quien procede la resolución impugnada, pero es resuelto por el órgano judicial superior inmediato (*ad quem*), quien puede revocarla, confirmarla, o anularla total o parcialmente.

El rasgo principal del recurso de apelación, es que se trata de un recurso devolutivo. El efecto devolutivo supone el desplazar hacia el Superior, el conocimiento del proceso. No se agota en el simple hecho de que el recurso sea examinado por el superior, sino que permite determinar el alcance del análisis que debe hacer el *ad quem* y ello, en la medida que el efecto de la devolución es la transferencia de competencia para conocer el objeto materia de demanda.

31

Así, se habla de extensión y profundidad. La extensión del efecto devolutivo, hace referencia a qué es lo que se somete a conocimiento del superior en virtud del recurso, y la profundidad, a determinar con qué material ha de trabajar el superior al momento de resolver.

La **extensión**, como hemos dicho, está referida a aquello que es materia de juzgamiento por el superior. Está determinada, a su vez, por el contenido del recurso: **tantum devolutum quantum appellatum**. Este principio, plantea el límite horizontal del recurso, esto es, qué se puede decidir. El superior solamente podrá examinar lo que fue pedido por el recurrente, lo que evidentemente, determina sobre qué se debe pronunciar el superior al resolver la apelación.

La **profundidad** del efecto devolutivo determina las cuestiones que deben ser examinadas por el *ad quem* al momento de resolver, esto es, con qué material va a contar el *ad quem* para resolver. Esto último, recibe también la denominación de la dimensión vertical del recurso.

El superior deberá examinar en su decisión, todas las cuestiones abordadas por el Juez *a quo* y aquellas que debieron haberlo sido, alcanzando también a las descartadas y a las cuestiones apreciables de oficio. El superior está facultado para revisar la resolución objeto del recurso, tanto en lo relativo a sus aspectos estrictamente jurídicos (cuál ha sido el derecho aplicado por el juez *a quo*) como en lo referente a los aspectos fácticos (nuevo enjuiciamiento sobre el conjunto de pruebas propuestas y las practicadas durante la instancia, referentes a los hechos deducidos)<sup>30</sup>.

Lo anterior nos lleva a concluir que, en la medida que el órgano superior hace un nuevo análisis del extremo impugnado, se configura una excepción al principio de congruencia. Así, resulta posible que, pese a que la pretensión impugnatoria sea una revocatoria, como consecuencia del examen realizado por el superior, éste determine que no se ha incurrido – en el extremo apelado- en error, sino en un vicio, por lo que la consecuencia jurídica sería la anulación de dicha decisión.

Por otro lado, en relación al principio de *reformatio in pejus*, conviene decir que éste limita la actividad del superior en el sentido que, al resolver el recurso de apelación interpuesto no puede desmejorarse la situación del recurrente:

*(...) la prohibición de la reformatio in peius en el ámbito administrativo significa la situación que se produce cuando la condición o el status adquirido resulta desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por un recurso administrativo. En síntesis, es la reforma del acto administrativo en perjuicio del recurrente, quien ve agravada su situación o status por la resolución de primera instancia, que ha sido objeto de su propio recurso<sup>31</sup>.*

Resulta evidente que el principio en mención tiene como sustento proteger a las partes del proceso o procedimiento. En esa línea, no resultaría razonable que, como consecuencia del ejercicio de un derecho, ellas se vean perjudicadas.

Todas las consideraciones expuestas precedentemente, resultan de aplicación al PAS por el CPDC. En tal sentido, los límites a la actividad

<sup>30</sup> Solé Riera, Jaume. (1998). p. 581.

<sup>31</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Op. cit. p. 532.



del órgano superior a los que nos hemos referido líneas atrás, resultarán de aplicación a la Comisión de Protección del Consumidor o a la Sala competente en materia de protección al consumidor del Tribunal del Indecopi, dependiendo, claro está, que nos encontremos o no, ante un procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor.

### 3.4. La multa coercitiva.

El artículo 117° del CPDC recoge la institución de las multas coercitivas por incumplimiento de mandatos, al señalar que:

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

*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 las 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 (El resaltado es nuestro)*

33

Atendiendo al texto antes transcrito, conviene preguntarnos ¿Cuál es el sustento de esta facultad otorgada a la administración? Nuevamente, el derecho al debido procedimiento. **Como sabemos, un ámbito de este derecho fundamental, es que la decisión a la que arribe la autoridad que resuelve el conflicto, llegue a cumplirse en la realidad.**

Así, no resulta posible que después de que se haya desarrollado un procedimiento a efectos de dilucidar la posible responsabilidad administrativa de un agente económico, la resolución que impone, por ejemplo, una medida correctiva, no se cumpla. Es en atención a esto, que el CPDC faculta al Indecopi a desincentivar aquellas conductas renuentes al cumplimiento de sus decisiones, mediante la imposición de multas.

En el marco del proceso civil, existe una institución que busca lograr el mismo fin: las **astreintes**. Éstas, al igual que las multas coercitivas por incumplimiento de mandatos que ahora comentamos, son medios

compulsorios<sup>32</sup> extraprocesales –pues no inciden directamente en el desarrollo del proceso, a diferencia, por ejemplo, de las sanciones por mala conducta procesal– que tienen como objetivo *“lograr el cabal, inmediato y fiel cumplimiento de las órdenes judiciales, ya que de no obtenerse ello, tampoco se materializaría en los hechos la eficacia del proceso civil y, mucho menos la consagración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”*<sup>33</sup>.

Las astreintes cumplen una doble función: conminatoria y sancionatoria. La primera, se configura cuando el órgano jurisdiccional exige el cumplimiento de una decisión –una medida cautelar o una sentencia con calidad de cosa juzgada– bajo apercibimiento de afectarse el patrimonio de la parte renuente a acatar la orden o mandato jurisdiccional. La segunda función se concreta cuando, a pesar de dicho apercibimiento, la parte obligada no acata tal decisión por lo que tiene que imponerse efectivamente la sanción –léase multa– hasta que, efectivamente, dicha parte ajuste su conducta a lo dispuesto en la resolución cuyo cumplimiento se busca promover.

34 Esta institución procesal tiene un claro sustento: busca que el juez, en ejercicio de su función jurisdiccional logre que, lo por él decidido, sea cumplido. **El ordenamiento jurídico no puede permitir que los justiciables “pasen por encima” de las decisiones jurisdiccionales. Una situación de esa naturaleza pondría en duda la existencia de un Estado de Derecho y la propia existencia del Estado:**

*Al ordenamiento jurídico le interesa, por sobre todas las cosas, que se respeten los deberes impuestos por los magistrados en sus resoluciones; las ‘sanciones conminatorias’ no son más que un procedimiento indirecto para lograr ese propósito, por lo que solo procede recurrir a ellas cuando no existen otros caminos para obtener el cumplimiento del deber impuesto en la resolución judicial<sup>34</sup>.*

En estricto, las astreintes y las multas coercitivas por incumplimiento de mandatos emitidos en el marco del procedimiento administrativo sancionador regulado en el CPDC no son lo mismo pues, presentan

<sup>32</sup> Se entiende por medios compulsorios a aquel conjunto de herramientas de las que el juez puede hacer uso para obtener una ejecución eficiente de su mandato.

<sup>33</sup> Simons Pino, Adrián. (2003). p. 446.

<sup>34</sup> Moisset de Espanés, Luis. (2003). p. 48.

diferencias. Dentro de estas podemos señalar que, en primer lugar, mientras que las primeras solo resultan procedentes a pedido de parte, las segundas son fijadas de oficio. En segundo lugar, si bien ambas no tienen naturaleza indemnizatoria (es decir, no buscan resarcir el daño generado a la otra parte) lo obtenido de la imposición efectiva de las primeras será entregado a la parte contraria, mientras que, las segundas, constituyen ingresos del Estado.

Gráfico N° 4



Elaboración: ECP del Indecopi

Sin embargo, pese a las diferencias antes anotadas, consideramos que es indudable que **ambas instituciones buscan lograr lo mismo: la legitimidad del aparato estatal que resuelve el conflicto**. Tanto a nivel judicial –a través de las astreintes- como a nivel administrativo sancionador –por medio de las multas coercitivas- lo que quiere es que los sujetos de derecho acaten, en los términos ordenados, las decisiones del Estado.

35

Llegado a este punto, consideramos importante hacer una precisión. En el proceso civil, los medios compulsorios extraprocesales, recogidos en el artículo 53° del Código Procesal Civil, constituyen poderes **discrecionales** que tienen como fundamento el ejercicio de la facultad jurisdiccional del juez<sup>35</sup> ¿Ocurre lo mismo con la institución recogida en el artículo 117° del CPDC? Consideramos que sí.

En efecto, si, como hemos dicho precedentemente, tales medidas buscan ser un mecanismo de presión psicológica para que el sujeto obligado cumpla con las decisiones y mandatos de la administración y, dicho fin –al igual que en proceso civil- se encuentra inmerso dentro de las obligaciones que tiene la administración, resulta lógico que esta facultad sea discrecional. La autoridad administrativa debe

<sup>35</sup> Simons Pino, Adrian. Op. Cit, p. 460.

estar en la plena libertad de adoptar las medidas necesarias que garanticen que sus decisiones no se verán burladas.

Ahora bien, discrecionalidad no es igual a arbitrariedad. Por ello, somos de la opinión que, pese a existir la libertad antes anotada, los apercibimientos y finalmente, las multas a imponerse, no deben encontrarse reñidas con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que deben regir toda actuación administrativa. Lo que se quiere es que se cumpla con la decisión y no, por el contrario, generar un perjuicio patrimonial excesivo y desmedido al administrado renuente.

### 3.5. La prueba de oficio.

El artículo 24° inciso e) del Decreto Legislativo N° 807 y el artículo 126° del CPDC establecen la facultad que tiene la administración para actuar medios probatorios de oficio.

36 Por su parte, en el proceso civil, el tema vinculado a otorgar facultades probatorias al juez, es un tema que las legislaciones antiguas y la doctrina clásica niegan. Ellas sostienen que el juez no debe actuar medios probatorios de oficio pues, entre otras razones, alegan que es inadecuado con el carácter privado del objeto litigioso, es incompatible con el derecho de prueba de las partes y atenta contra la imparcialidad del juez.

Esta concepción, pertenece a un momento en el que el proceso era concebido como algo privado donde prevalecía el sistema privatístico o dispositivo, que dejaba en manos de las partes el inicio, trámite y fin del proceso. Contemporáneamente, se entiende que el proceso no pertenece a las partes sino al Estado. Este es el medio por el cual el Estado ejerce la función jurisdiccional, de tal suerte que hoy en día, prima el **sistema publicístico** en el cual es el juez quien tiene la iniciativa en el trámite del proceso, por eso, se dice que aquél deja de ser un espectador y pasa a convertirse en el director del proceso.

Nuestro Código Procesal Civil se alinea al sistema publicístico, otorgando al juez una serie de facultades tales como: la calificación de la demanda, el impulso de oficio, la posibilidad de convocar a audiencias especiales, etc., siendo una de las más importantes, la

contenida en el artículo 194º, referida a la actuación de medios probatorios de oficio.

Si tenemos presente que el proceso pertenece al Estado y no a las partes, queda claro que cuando un juez actúa un medio probatorio de oficio, no lo hace para favorecer a alguna de las partes, sino para *"autofavorecerse"*, si cabe la expresión, a efectos de tener mayores elementos de juicio que le creen la convicción que necesita para dictar una sentencia que resuelva el conflicto de la manera más justa posible.

Se dice por otro lado que el hecho que el juez actúe medios probatorios es incompatible con el derecho de prueba de las partes; sin embargo, debemos recordar que el derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de usar los medios probatorios que estimen oportunos, para lograr el convencimiento del juez acerca de los hechos en conflicto, lo que no implica que ellas tengan el monopolio exclusivo en materia probatoria. Por ello, es perfectamente compatible la prueba de oficio con el derecho de prueba de las partes.

37

El hecho que el juez actúe medios probatorios, permite que la prueba cumpla su función, pues ésta tiene por finalidad lograr la convicción -certeza- en el juez, respecto de los hechos controvertidos. De esta manera, no resultaría lógico sostener que la actividad probatoria es exclusiva de las partes, prohibiendo al juez practicar por iniciativa propia, el medio probatorio que considere necesario para alcanzar convicción.

Llegado a este punto, es importante determinar cuál es el momento para la actuación de los medios de prueba de oficio. Consideramos que el momento adecuado para actuar medios probatorios de oficio es antes de sentenciar. Es en ese momento que el Juez ve que hay hechos que no están debidamente acreditados y como consecuencia de ello -siempre en búsqueda de la certeza- ordena la actuación de medios probatorios de oficio.

En el proceso civil, el actuar medios probatorios de oficio, es una facultad del juez. En tal sentido, en caso que, existiendo un hecho que no ha quedado debidamente acreditado y el juez decida no actuar un medio probatorio de oficio y resuelva el proceso según

las reglas de la carga de la prueba, no existirá vicio alguno, pues la actividad de probar le corresponde a las partes y el juez sólo la complementa en caso que lo considere adecuado.

En sede administrativa, la LPAG recoge el principio de “*verdad material*” regulado en el artículo IV, 1.11 del Título Preliminar de según el cual:

*La autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.*

38

Entonces, sobre la base de ello, queda claro que en el PAS la autoridad administrativa debe aportar todos los medios de prueba que sean necesario para esclarecer los hechos materia de investigación, toda vez que se trata de resolver un asunto de interés público. Siendo así, consideramos que el actuar medios probatorios de oficio no podrá considerarse una facultad, sino una suerte de obligación; pero esta actividad probatoria debe tener un límite, pues no se podría probar indefinidamente hasta intentar llegar a la verdad material. En tal sentido, si pese a la actividad probatoria de oficio de la administración, no se logran acreditar los hechos materia de investigación, no se podrá imponer una sanción. Este es el mismo principio que se sigue en materia probatoria en el proceso civil, si la parte demandante no acredita los hechos que sustentan su pretensión la demanda deberá ser declarada infundada.

Ahora, si bien el juez puede actuar medios probatorios, esta facultad no es ilimitada, pues de serlo, es muy probable que se cause perjuicio a las partes y que el juez se parcialice, que es precisamente lo que se quiere evitar. Por ello, la doctrina establece algunos límites a la actividad probatoria del juez, los que resultan también aplicables a PAS: (i) Los medios probatorios actuados deben limitarse a los hechos controvertidos y; (ii) Se deben respetar los principios de contradicción y defensa.

En el PAS, todo lo dicho respecto de la prueba de oficio es aplicable, pues si bien en este procedimiento prima el interés del Estado por

sancionar una infracción a la norma, los actos de la administración se deben realizar en armonía con el debido proceso; por ello, aun cuando la administración tenga la facultad probatoria de oficio, ésta se debe ejercer respetando los parámetros ya señalados.

### 3.6. La buena fe.

El principio de buena fe, es un principio general del derecho y, por ende, de aplicación dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico. Sostener que estamos ante un principio general del derecho, nos lleva a concluir que, el mismo, es anterior y se encuentra por encima de la legislación, es decir, que no necesita de esta última, para resultar exigible en su condición de mandato de optimización<sup>36</sup>.

Este principio es definido por la doctrina como *“un modelo de conducta social, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”*<sup>37</sup>. Esta definición nos permite inferir que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado en la medida que no es posible realizar un listado de cada uno de los actos que atentan contra él.

39

Este principio general del derecho tiene, evidentemente, un ámbito de aplicación dentro del procedimiento administrativo general y, en concreto, dentro del procedimiento administrativo sancionador regulado en el CPDC. Así lo entiende este cuerpo normativo al señalar en el numeral 5º del artículo V del Título Preliminar:

*Principio de Buena Fe. - En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes (...) (El resaltado es nuestro)*

De igual forma, al referirse a los criterios de graduación de las sanciones administrativas, señala que se considera una circunstancia agravante

<sup>36</sup> Es decir, como un objetivo que todo ordenamiento jurídico persigue procurando su concreción en cada caso concreto.

<sup>37</sup> Díez Picazo y Gullón. (2001). p. 424.

especial *“la conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental”*<sup>38</sup>.

Estas dos disposiciones recogen el principio al que nos referimos, el mismo que, como hemos dicho, tiene como sustento – en el ámbito de este concreto procedimiento administrativo– garantizar que las partes resuelvan su controversia de acuerdo a estándares socialmente promovidos.

Lo anterior supone entonces, que ninguna de las partes del procedimiento administrativo sancionador regulado por el CPDC, puede ejercer irregularmente alguno de los derechos que le asisten durante el desarrollo del mismo. Así por ejemplo, sería contrario a este principio –constituyendo un abuso del derecho– la interposición de un recurso manifiestamente infundado y carente de todo sustento fáctico y jurídico.

40 Como ya habrá podido advertir el lector, el sustrato último de este principio es la protección de un derecho fundamental al que ya nos hemos referido en las primeras líneas de este trabajo: el derecho al debido procedimiento administrativo. Si la administración busca efectivizar este derecho, se encuentra en la obligación de rechazar toda conducta obstruccionista del correcto desarrollo del procedimiento administrativo sancionador que vulnere, por lo tanto, el derecho al debido proceso de la otra parte.

En este punto, conviene recordar que una de las manifestaciones del derecho al debido proceso es que el procedimiento sea resuelto en el tiempo estrictamente necesario para dar solución al conflicto; lo que, claro está, sería imposible si se permiten conductas eminentemente dilatorias como por ejemplo, interferir en las funciones de investigación de la Secretaría Técnica encargada de recopilar el material probatorio necesario para emitir el informe respectivo.

Con lo anterior, no queremos decir que solo el administrado, cuya responsabilidad se quiere dilucidar, se encuentra vinculado por este principio, sino que, también lo está la propia administración. Sin embargo, al ser ésta la que decide finalmente si el proveedor ha

<sup>38</sup> Cfr.: 112° del Código de Protección al consumidor.



incurrido en infracción, su vinculación con este principio resulta un tanto problemática.

De esta manera, la doctrina señala que existe una cierta “*tensión*” entre el principio de legalidad y el principio de buena fe, al referirnos a la actuación de la administración. Respecto al primero, Morón Urbina sostiene:

*Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán la privación de libertad. La retirada de la posibilidad que la Administración autorregule sus actuaciones sancionadoras, se realiza por una posición de principio importante: permitir a los administrados predecir las actuaciones administrativas sancionadoras, darle estabilidad al régimen y reiterar que sobre la base de actos legislativos se puede menoscabar derechos de los administrados.*<sup>39</sup>

En suma, este principio supone que la administración se encuentra obligada a actuar dentro de las facultades que la ley le ha asignado y, de conformidad con los fines que se quieren lograr a través de ellas.

41

Nosotros consideramos que, el primer “*filtro*” a efectos de determinar si una actuación administrativa se encuentra acorde a derecho es el respeto irrestricto del principio de legalidad. Sin embargo, que un acto administrativo se sustente en una norma de tal rango, no supone, indefectiblemente, que el mismo se encuentre acorde al principio de buena fe.

Es decir, pese a que una actuación administrativa tenga como sustento una norma legal, y resulte formalmente correcta, es posible que la misma esté reñida con el principio bajo comentario. Piénsese en las facultades probatorias concedidas a la administración. Evidentemente, éstas tienen un sustento legal (por lo que cumplirían con el principio de legalidad) sin embargo, si se ejercen de manera indebida, desconociéndose los estándares de lealtad entre las partes, se estaría vulnerando el principio de buena fe.

<sup>39</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. (2011).Op. cit. p. 512.

Lo antes dicho, nos permite decir que una actuación de la administración que no cuente con una justificación suficiente, razonable y proporcionada se encontrará reñida con el principio de buena fe. Para realizar este análisis, debemos partir del supuesto que dicho acto se encuentra investido de legalidad, de no ser así, no correspondería siquiera, que nos detengamos a evaluar si el mismo resulta contrario a los estándares de la buena fe.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El proceso civil y el procedimiento administrativo sancionador, responden a distintas realidades. En el primero, rige el principio de oportunidad mientras que en el segundo, el de necesidad.
2. Sin embargo, ambos se hallan relacionados por el deber de maximizar, a lo largo de todo su desarrollo, los derechos fundamentales y, en especial, el derecho al debido proceso (en su dimensión formal y material).
3. Los principios que favorecen dicho deber en el proceso civil, pueden, atendiendo a sus peculiaridades, aplicarse al procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor. Dentro de éstos, podemos señalar: el juez predeterminado por ley, el de celeridad, el de no reforma en peor y el de motivación, entre otros.
4. Siempre buscando el respeto al derecho al debido proceso -o al derecho al debido procedimiento en sede administrativa- las instituciones del proceso civil deben ser entendidas en su correcta dimensión al aplicarse e interpretarse en el marco del PAS.
5. El procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor a cargo de Indecopi, siempre inicia de oficio. En tal sentido, el consumidor afectado no tiene la condición de parte, lo que determina, como hemos visto, que su participación dentro del procedimiento se vea limitada.
6. Es posible que la autoridad administrativa disponga medidas cautelares de oficio. Esta facultad, al igual que en el proceso civil, debe regirse por el principio de *"mínima injerencia"*.
7. Tanto en el proceso civil como en el PAS, rige el principio de no reforma en peor. El efecto devolutivo de del recurso de apelación interpuesto por alguna de las partes, debe ser entendido, en ambos contextos, en relación a la extensión y profundidad del mismo.

8. El órgano jurisdiccional y la autoridad administrativa a cargo del PAS, cuentan con facultades para hacer que sus decisiones sean cumplidas por los sujetos obligados a ello. En el primer caso, encontramos a las astreintes mientras que en el segundo, a las multas coercitivas. Ambas, instituciones orientadas al mismo fin, pero que presentan matices diferenciadores.
9. Debe tenerse en consideración que, dado que el Estado tiene la calidad de parte en el PAS, se hace preciso que las autoridades del Indecopi guarden mayor celo al ejercer sus facultades probatorias de oficio.
10. El respeto irrestricto al principio de buena fe, constituye uno de los fines del procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor del Indecopi. Así lo recoge de manera expresa la ley de la materia. Conductas reñidas con este principio, deben ser rechazadas en este ámbito, pues impiden su normal y correcto desarrollo.

## V. REFERENCIAS

- Bustamante Alarcón, Reynaldo. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima, Ara Editores.
- Cassage, Juan Carlos –Perrino, Pablo E. (2006). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Diez Picazo y Gullón. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Décima Edición, Madrid Editorial Tecnos.
- Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy. (2005). "Derecho al debido proceso: Un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas". En: *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*. Lima, Jurista Editores.
- Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy. (2001). Principios, ámbito subjetivo de aplicación y fuentes del procedimiento administrativo: En busca de la racionalidad perdida y una protección del administrado hoy casi inexistente. En: Autores Varios. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Ara Editores.
- García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás R. (1998). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madrid, Civitas.
- Hoyos, Arturo. (1996). *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A.
- Moisset de Espanés, Luis. (2003). "Sanciones conminatorias o "astreintes". En:

- Actualidad Jurídica*, Suplemento mensual de Gaceta Jurídica, N° 113.
- Monroy Gálvez, Juan. (2004). *La Formación del Proceso Civil Peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Monroy Gálvez, Juan. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá, Temis.
- Monroy Palacios, Juan. (2002). *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Lima, Comunidad Editores.
- Montero Aroca, Juan, Ortells Ramos, Manuel y Gómez Colomer, Juan Luis. (1991). *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona, José María Bosch.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2011). Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Lima, Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina Juan Carlos. (2006). "Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra Editores.
- Ramos Méndez, Francisco. (1992). *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Barcelona, Bosch Editores.
- Rojas Franco, Enrique. (2011). El debido proceso administrativo. En: *Derecho PUCP*, N° 67.
- Rojas Leo, Juan Francisco. (2001). "¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? Reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General". En: Autores varios. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Ara Editores.
- Rosenberg, Leo. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.
- Simons Pino, Adrián. (2003). "El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 6.
- Solé Riera, Jaume. (1998). Recurso de Apelación. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° 2.

#### LISTADO DE ACRÓNIMOS

PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador
CPDC	Código de Protección y Defensa del Consumidor
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General

# EL ROL DEL DENUNCIANTE EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

---

**Richard James Martin Tirado**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Administración Pública y en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN



# EL ROL DEL DENUNCIANTE EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

Richard James Martin Tirado

## RESUMEN

En el presente artículo el autor busca establecer el rol que asumen aquellos denunciantes, así como los principios que regulan el procedimiento y el ámbito de su aplicación.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (LPAG), regula el marco legal de los procedimientos administrativos, entre los cuales cabe diferenciar entre un procedimiento administrativo general y supletorio, además de la existencia de procedimientos regulados por leyes especiales. En dicha norma existen dos (2) tipos de procedimientos administrativos especiales, en virtud de los cuales las entidades públicas toman decisiones definitivas que afectan los intereses de los administrados.

47

En el caso de los procedimientos administrativos generales, las entidades adoptan decisiones sobre peticiones que formulan los administrados, básicamente, para ser habilitados para el desarrollo de alguna actividad. A diferencia de este, los procedimientos administrativos especiales son de dos tipos: i) procedimiento administrativo trilateral (PAT), en el que las entidades tienen el deber de resolver un conflicto de intereses entre o dos o más sujetos del procedimiento; y ii) procedimiento administrativo sancionador (PAS), en el que las entidades ejercen su potestad sancionadora para garantizar el cumplimiento de normas de carácter obligatorio, frente a un administrado.

Para el PAS, la norma ha establecido ciertos supuestos mediante los cuales se pueden promover el inicio de dicho procedimiento, entre los cuales se encuentra la denuncia. En tal sentido, se debe entender como denuncia al procedimiento mediante el cual, un

administrado le comunica a la autoridad competente ciertos hechos de los cuales tuviese conocimiento, sin la necesidad de que en dicha comunicación sustente un interés legítimo o acredite una afectación inmediata de algún derecho.

Gonzalez Navarro (2004) define la denuncia como el acto por el que un particular o un funcionario público, espontáneamente o en cumplimiento de una obligación legal, pone en conocimiento del órgano administrativo competente la existencia de un determinado hecho, sancionable o no, a fin de que se acuerde la iniciación de un determinado procedimiento.(p. 1778).

Asimismo, dicha comunicación obliga al administrado a participar de las diligencias preliminares necesarias, sin embargo la denuncia no configura al administrado como parte del proceso.

El presente artículo se centrará, precisamente, en analizar qué alcances tiene la figura del denunciante dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador.

48 En primer lugar, se procederá a evaluar cuáles son los procedimientos regulados en la LPAG, centrándonos principalmente en el que es objeto de nuestro estudio: el Procedimiento Administrativo Sancionador. Una vez esclarecido este punto, se procederá a evaluar cuál es el rol que cumple la figura del denunciante dentro del procedimiento antes descrito. Finalmente, se indicará cómo es que se regula dicha figura en el marco de un Procedimiento Administrativo Sancionador en materia de protección al consumidor.

Antes de proceder con el análisis, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LPAG, en el cual se establecen las diversas modalidades de iniciación de oficio del procedimiento administrativo sancionador: *“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”*, los cuales son los siguientes:

❖ **Por propia iniciativa** del órgano competente encargado de la instrucción, que tenga la potestad de iniciar procedimiento y realizar las investigaciones y demás diligencias que considere oportuno para la determinación de responsabilidad administrativa.



- ❖ **Por orden superior** esta modalidad es conforme al principio de jerarquía donde la autoridad superior ordena a la autoridad competente (autoridad inferior) quien se encuentra vinculado con dicha orden, para el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- ❖ **Por petición razonada de otros órganos o entidades** se refiere al supuesto donde los órganos de la administración pública que no tienen competencia para incoar un procedimiento administrativo solicitan a la autoridad competente el inicio del procedimiento sancionador, por lo que la resolución definitiva debe ser comunicada al órgano o entidad solicitante, en este caso se hace necesario llevar a cabo las indagaciones previas.
- ❖ **Por denuncia** conforme hemos señalado líneas arriba la denuncia consiste en la comunicación de la **notitia criminis** que va dirigida a la administración (órgano competente) con la finalidad de promover la iniciación de un proceso de oficio a instancia de un administrado.

## II. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS REGULADOS EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

La Ley del Procedimiento Administrativo General, busca regular los procedimientos que pueden llevarse a cabo frente a las entidades de la Administración Pública.

49

Tomás Arceo<sup>40</sup> siguiendo lo escrito por López Nieto y Mallo, nos señala que, respecto del procedimiento administrativo, se puede afirmar que es la forma en que se desenvuelve la función administrativa. Sobre la naturaleza del mismo, señala que se han desarrollado tres conceptos que la explicarían:

- a. Concepto amplio: bajo este concepto, el concepto de procedimiento no se circunscribe únicamente al modo de ejercicio de las funciones estatales, sino que, puede haber procedimiento aun cuando no exista ninguna autoridad.
- b. Concepto intermedio: bajo este concepto se señala que tradicionalmente se asimila este término para designar las distintas funciones estatales. En este enfoque, existe un procedimiento llevado a cabo por el órgano legislativo para culminar la sanción de una ley, un procedimiento judicial para arribar a la sentencia,

<sup>40</sup> Tomado de: Tawill, Guido Santiago. (2009). "Procedimiento Administrativo". pp. 15-17.

y un procedimiento distintivo de la función administrativa cuyo objetivo último es el dictado de un acto administrativo.

- c. Concepto restringido: Bajo este concepto de se pone de manifiesto la complicación que genera muchas veces la asimilación o la analogía de la figura de procedimiento con la de proceso. Por ello, diversos argumentos concurren para restringir el vocablo proceso al ámbito judicial.

En tal sentido, el artículo 29° de la LPAG, nos define al procedimiento como sigue:

*Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo.*

*Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducente a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.*

Con respecto a dichos procedimientos, es pertinente señalar que la LPAG ha realizado una diferenciación entre procedimientos que poseen un carácter general, de otros que, según su definición, poseen una naturaleza especial.

50

Sobre los procedimientos de carácter general, la LPAG señala los principios que aseguran la eficacia y las garantías de desarrollo del procedimiento administrativo. En este tipo de procedimiento, las entidades adoptan decisiones sobre peticiones formuladas por los administrados, básicamente, para ser autorizados con el fin de realizar alguna actividad.

La calificación de estos procedimientos<sup>41</sup>, se encuentran en el

---

<sup>41</sup> De acuerdo a lo señalado por Tomás Arceo, así como el proceso judicial tiene diversas finalidades, como la satisfacción de los intereses de las partes y la necesidad social de evitar la justicia por mano propia, el procedimiento administrativo también responde a distintos fines, que hacen a su naturaleza jurídica y se puede clasificar como sigue:

a. Garantía: El propio procedimiento regula la forma de reacción de los administrados para encausar la conducta administrativa a sus justos límites, mediante los distintos recursos encaminados a revisar o corregir la legitimidad o el mérito del acto así dictado.

b. Cuestión Formal: El procedimiento posee un doble carácter, pues además de ser una garantía formal del particular, también es una garantía jurídica, en el sentido que persigue la buena marcha de la Administración al encauzar debidamente a las administraciones públicas.

c. Presupuesto Procesal: El procedimiento previo, en sede administrativa, y su culminación, el acto, resultan, en principio, indispensables para que el particular haga

artículo 30° de la ley:

*Artículo 30.- Calificación de procedimientos administrativos*

*Los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.*

De acuerdo al citado artículo, se advierte que los procedimientos generales regulados en la ley, son los siguientes:

1. Procedimientos de aprobación automática<sup>42</sup>

En este tipo de procedimientos, la solicitud que presente el administrado se considera aprobada desde el momento

---

valer sus pretensiones en el proceso administrativo.

Ibidem pp. 17-19.

<sup>42</sup> Artículo 31.- Régimen del procedimiento de aprobación automática

31.1 En el procedimiento de aprobación automática, la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad.

31.2 En este procedimiento, las entidades no emiten ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, debiendo sólo realizar la fiscalización posterior. Sin embargo, cuando en los procedimientos de aprobación automática se requiera necesariamente de la expedición de un documento sin el cual el usuario no puede hacer efectivo su derecho, el plazo máximo para su expedición es de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos plazos mayores fijados por leyes especiales anteriores a la vigencia de la presente Ley.

31.3 Como constancia de la aprobación automática de la solicitud del administrado, basta la copia del escrito o del formato presentado conteniendo el sello oficial de recepción, sin observaciones e indicando el número de registro de la solicitud, fecha, hora y firma del agente receptor.

31.4 Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, aquellos conducentes a la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración.

en que es presentada. Dicha solicitud se encuentra bajo la presunción del principio de veracidad, pudiendo ser fiscalizada de forma posterior a su presentación. Es necesario señalar que si bien se presume la veracidad de la información, el contenido de la solicitud deberá cumplir con los requisitos necesarios al momento de su presentación.

## 2. Procedimientos de evaluación previa

Se encuentran divididos en:

**a) Procedimientos de evaluación previa con silencio positivo.**- cuando se trata de ejercicio de derechos preexistentes; procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario; entre otros.

**b) Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo.**- Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación; entre otros.

52

Ahora bien, la LPAG prevé también en sus disposiciones dos procedimientos a los cuales ha calificado como procedimientos especiales, y que a saber son: el Procedimiento Trilateral y el Procedimiento Administrativo Sancionador.

El procedimiento administrativo trilateral, se encuentra regulado en el artículo 221° de la LPAG y es el procedimiento seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración, y para las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. En este tipo de procedimientos, las entidades tienen el deber de resolver un conflicto de intereses entre dos o más sujetos de procedimiento.

De acuerdo con el artículo 221° de la LPAG, el procedimiento administrativo trilateral se inicia mediante la presentación de una

reclamación o de oficio. La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación se denomina: **reclamante**, y cualquiera de los emplazados será designado como **reclamado**.

El análisis del procedimiento administrativo sancionador será materia de desarrollo en extenso en el acápite siguiente. Sin embargo, Morón Urbina, Juan Carlos<sup>43</sup> respecto de los procedimientos especiales previstos en la LPAG, señala que la LPAG considera a los mismos como procedimientos diferentes, toda vez que cada uno sirve a intereses públicos distintos.

Los aspectos más resaltantes en los que se puede advertir las diferencias son los siguientes:

- i. **La intensidad de la intervención administrativa:** la intervención administrativa es más intensa en el procedimiento sancionador que en el procedimiento trilateral.
- ii. **La relación procedimental establecida entre los sujetos procesales:** la relación procedimental en el sancionador se establece entre la Administración y el administrado infractor, mientras que en procedimiento trilateral es entre dos o más administrados y la autoridad administrativa.
- iii. **La posibilidad de seguir mecanismos de autocomposición de intereses o fórmulas conciliatorias en la decisión del procedimiento:** en los procedimientos trilaterales es procedente y hasta preferible una fórmula conciliatoria por tratarse de aspectos disponibles por las partes, mientras que en los temas sancionadores no es posible por el interés público involucrado en la definición de la existencia o no de infracción al ordenamiento administrativo.

53

---

<sup>43</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. (2014) pp. 739 – 740.

Cuadro N° 2

Característica	Procedimiento Trilateral	Procedimiento Sancionador
Sujetos Intervinientes	Hay tres partes: denunciante(s), denunciado(s) y la Administración que resuelve	Hay dos partes (bilateral) denunciado(s) (presunto infractor) y la Administración que resuelve. Además puede intervenir un administrado que promueve el inicio del PAS
Relación procedimental	Entre dos o más administrados y la Administración	Entre la Administración y el administrado presuntamente infractor
Inicio	Se inicia de oficio o por reclamación de parte	Siempre se inicia de oficio
Intensidad de intervención estatal	No es intensa	Es más intensa
Disponibilidad de derechos	Derechos disponibles	No hay disponibilidad de derechos porque hay un interés público de por medio
Rol de la Administración	Solución de la controversia entre los administrados	Cautelar el interés público

Elaboración: ECP del Indecopi

### III. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO

La potestad sancionadora es en términos de Ossa (2000) *“una atribución propia de la Administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y funcionarios que infringen sus disposiciones”* (p.126).

La explicación de esta potestad, de acuerdo con la opinión de Danós<sup>44</sup> se justifica en razones de orden práctico, pues resulta necesario dotar a la administración pública de potestades coercitivas a fin de que esta pueda dar cumplimiento a las normas legales.

Frente a ello, Nieto<sup>45</sup> y el antes mencionado autor<sup>46</sup>, señalan que el origen de esta potestad se encuentra en el genérico *ius puniendi* del Estado, que engloba tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador; y a su vez, dicha unidad del poder punitivo del Estado alcanza a todo tipo de manifestación sancionadora.

La atribución a la administración pública de potestades sancionadoras viene impuesta por la eficacia exigida para la realización de los fines que se les encomienda. Una transgresión del ordenamiento jurídico-administrativo ha de disponer que ésta pueda emplear los medios idóneos y necesarios para restablecer el orden jurídico perturbado, y reponer el bien jurídico protegido al momento anterior de la infracción.

Tal como lo señalara Morón<sup>47</sup>, a diferencia de las demás actividades de la administración, la actividad sancionadora tiene un objetivo único, el cual es ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa. En este tipo de procedimiento, la administración no busca

<sup>44</sup> Danós Ordoñez, Jorge. (1995) p. 150.

<sup>45</sup> Nieto, Alejandro. (2008) Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Tecnos, p. 150

<sup>46</sup> Op. Cit. p. 150.

<sup>47</sup> Op. Cit. p.741

el esclarecimiento de los hechos, indagación de lo acontecido, o despejar una incertidumbre o duda. En lugar de ello, parte de una imputación o cargo directo, y su procesamiento busca obtener certidumbre jurídica y real, a partir de la convicción que ha llegado a obtener luego de una actividad común de comprobación o inspección.

También sobre la potestad sancionadora, Suay Rincón (1989) ha mencionado que es *“un auténtico poder jurídico, esto es, de un poder derivado del ordenamiento jurídico y que, como todos los demás atribuidos a la Administración, está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social”* (p. 20) citado por Mabel Ivanega, Miriam. (2008). p. 115.

Precisamente, dando la pauta de aquel procedimiento especial mencionado líneas arriba, es que la Ley del Procedimiento Administrativo General dedica el Capítulo II del Título IV de su texto normativo a establecer el régimen general aplicable al procedimiento administrativo sancionador.

56 Es importante resaltar que, antes de la entrada en vigor de la LPAG, y tal como lo explica Danós<sup>48</sup> se carecía de un régimen que proporcionara principios y lineamientos generales para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Por ello, el Derecho Administrativo Sancionador no existía como tal, puesto que la dispersión normativa que reinaba en dicho contexto implicaba la inexistencia de un régimen jurídico al que evoca la noción de dicha rama.

No obstante lo señalado, la potestad sancionadora de la administración, podía percibirse a partir de la necesidad de regular las actividades económicas de los particulares; sin embargo, el no contar con un marco legal que sirviera como parámetro de los aspectos principales de la potestad sancionadora, significaba un constante riesgo que la Administración en ejercicio de su Autotutela, pudiera vulnerar garantías y derechos fundamentales de los administrados<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Danós Ordoñez, Jorge (2010) pp. 861-862.

<sup>49</sup> Ibídem. p. 862.



Siguiendo la postura de Morón<sup>50</sup>, se podría decir que dicho procedimiento tiende a cumplir dos objetivos. El primero de ellos, es que constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, en virtud del cual, se permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; y, el segundo, ser el medio que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando, a la par, la actitud inquisitiva de la administración.

Con relación a la potestad sancionadora de la administración, Ramírez Torrado (2010) manifiesta lo siguiente:

*La potestad sancionadora, en cabeza de la Administración, ha sido reconocida como una de las competencias de gestión de la que es titular la autoridad administrativa. Pues, de nada serviría que la Administración ostentara una facultad para imponer una obligación o regular una conducta, en aras de alcanzar el bienestar general, y no lo fuera para imponer sanciones por su incumplimiento. Sin embargo, esta situación no significa que las diversas autoridades administrativas tengan carta blanca para ejercer el ius puniendi a su antojo, y de este modo ejerzan de forma discrecional o arbitraria esta potestad. Por el contrario, la Administración debe estar a los criterios de adecuación y graduación previstos en la norma o, en caso de no existir estos, a su sentido de justicia, que debe propender por una medida proporcional a los hechos ocurridos. (p. 155).*

57

### **3.1. El ámbito de aplicación de las normas que regulan el procedimiento.**

Sobre este punto, el artículo 229° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece lo siguiente:

*Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo.*

*229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.*

*229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente*

<sup>50</sup> Op. cit. pp. 743-744

*los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.*

*Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.*

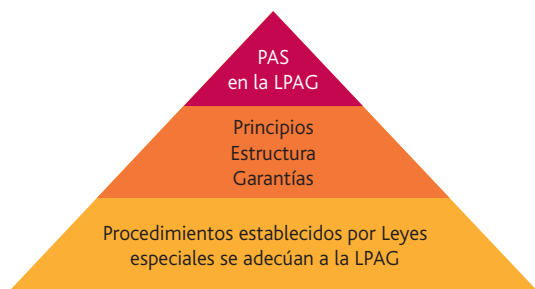
*229.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.*

De acuerdo con el inciso uno del artículo citado, se advierte que quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma, todas las entidades establecidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las mismas que se encuentran facultadas para establecer infracciones administrativas así como las correspondientes sanciones a los administrados, en el marco del respeto de las garantías mínimas, los derechos fundamentales y los principios que rigen el procedimiento.

58 Asimismo, el numeral dos (modificado por el Decreto Legislativo N° 1029) establece que la regulación de procedimientos sancionadores por legislación especial, no podrá desconocer los principios de la potestad sancionadora de la Administración dispuestos en el Artículo 230° de la Ley N° 27444. Además de establecer la prohibición a todas las entidades públicas de establecer procedimientos especiales cuyas garantías y condiciones sean menos favorables para los administrados, con relación a las establecidas en el Capítulo II del Título IV de la Ley N° 27444.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 229° de la Ley N° 27444 (incluido por el artículo N° 1 del Decreto Legislativo 1029) está referido a la potestad disciplinaria que ejercen las entidades públicas con respecto al personal que presta servicios en su interior.

Gráfico N° 5



Elaboración: ECP del Indecopi.

### 3.2. Los principios que orientan la potestad sancionadora administrativa.

El artículo 230° de la Ley N° 27444, reseña los principios bajo los cuales se encuentra regida la potestad sancionadora de todas las entidades. Dichos principios son los siguientes:

#### 3.2.1. *Legalidad.*

La Ley N° 27444 establece en virtud de este principio que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

A nivel constitucional, el referido principio se encuentra consagrado en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Carta Fundamental, en la cual se establece que *"nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley"*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2192-2004-AA/TC<sup>51</sup> ha establecido lo siguiente:

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2192-2004-

3. *El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".*

Tal como se puede apreciar, este principio no solo es una garantía para los administrados, sino también establece la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de un marco legal, lo que a su vez, implica que los reglamentos no podrían establecer infracciones y sanciones por sí mismos, puesto que sólo normas con rango de ley podrían establecer sanciones.<sup>52</sup>

Con relación a este principio, Nieto, Alejandro<sup>53</sup> establece que existen dos garantías que el principio de legalidad debe cumplir, la primera es la referida al principio de reserva de ley y la segunda es concerniente al principio de tipicidad. Pese a que se entiende que estos elementos que garantizan el principio de legalidad tienen características propias e independientes, también es cierto que el concepto de uno y del otro, actúan de forma conjunta, pudiendo afirmar que son conceptos inescindibles.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia N° 8957-2006-PA/TC que:

*El principio de legalidad comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las*

---

AA /TC, de fecha 11 de octubre de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Gonzalo Antonio Costa Gómez y doña Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, con el objeto de que se declare sin efecto la Resolución de Alcaldía N.º 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre de 2003, que les impuso la sanción de destitución de sus puestos de trabajo.

<sup>52</sup> Pedreschi, Willy. (2003) p. 518.

<sup>53</sup> Op. Cit. p. 216.

*sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permiten predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la añeja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley.*

### **3.2.2. Debido procedimiento.**

De acuerdo a la Ley N° 27444, este principio implica que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce al Principio del Debido Procedimiento, como una manifestación del Principio Constitucional del Debido Proceso, llevado a cabo en sede administrativa. Bajo ésta premisa, el máximo intérprete de la Constitución señala que:

*El debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo – como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.*

61

### **3.2.3. Razonabilidad.**

Conforme a este principio, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

De acuerdo a ello, la finalidad primordial de este principio para los administrados es desincentivar la comisión de ilícitos administrativos, y para las autoridades administrativas es valorar los criterios previstos en orden de prelación, por la norma al momento de establecer sanciones a los administrados<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Vergaray, Verónica y Gómez, Hugo. (2009) pp. 414 - 415.

Por lo tanto, las actuaciones de la autoridad administrativa respecto a calificar infracciones e imponer sanciones, en este caso, en el contexto de un proceso administrativo sancionador, deben mantener la proporción entre los medios y responder a la satisfacción del contenido.

En este sentido, debemos enfatizar que la potestad de la administración debe ejercerse en un marco de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2192-2004-AA/TC ha señalado lo siguiente:

*El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.*

62

En esta misma línea de pensamiento, Correa Freitas, Rubén y Vásquez, Cristina (1998) p.224 al igual que Frugone, afirman lo siguiente:

*El procedimiento administrativo se rige por el principio de la proporcionalidad, el cual supone la razonable adecuación de la sanción a la falta; tomando en cuenta no solo lo que perjudica al funcionario sino cuanto lo beneficia, para sancionar del modo más justo o exonerar de responsabilidad cuando corresponda. (p.232).*

#### **3.2.4. Tipicidad.**

De acuerdo a lo instruido por este principio, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden

especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

La exigencia de tipicidad determina el contenido material de la acción u omisión calificadas como delito por la norma, puesto que en función al *tipo penal*, es que podrá realizarse la subsunción de los hechos reales, en el supuesto de hecho normativo (el tipo penal). Si el hecho fáctico, acaecido en la realidad, no es compatible con el supuesto de hecho normativo o tipo penal, no estaremos frente a un delito, y por ende, los hechos cometidos no podrán ser penados en modo alguno, según Garberi Llobregat, José (1989) pp.162-163.

La importancia de la tipicidad como elemento configurador de los tipos penales reside en su constitución como un criterio objetivo que permite ayudar a dilucidar las diferencias existentes entre los ilícitos de naturaleza administrativa y los ilícitos de naturaleza penal. De acuerdo con el postulado de tipicidad, solamente la comisión de conductas que estén calificadas previamente como delitos en las leyes, podrá generar responsabilidades de consecuencia penal.

63

### **3.2.5. Irretroactividad.**

Bajo este principio, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Al respecto, es preciso mencionar que este principio, que se deriva del artículo 103° de la Constitución<sup>55</sup>, establece la imposibilidad de imponer sanciones cuando la norma que tipifica las mismas, no hubiera estado en vigor al momento de la comisión de la infracción, según Pedreschi, Willy (2003) p. 535.

---

<sup>55</sup> Artículo 103: Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

No obstante ello, admite la posibilidad de aplicar normas sancionadoras posteriores, siempre que fueran favorables al administrado y mientras no exista un pronunciamiento firme por parte de la entidad. *Ibíd*em p. 536

### **3.2.6. Concurso de Infracciones.**

Este principio prescribe que cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

Asimilándose a lo que sucede en el Derecho Penal, este principio está referido a que cuando una misma conducta infractora cometida por el administrado califique como más de una infracción, ésta podrá ser "*subsumida*" dentro de uno o más tipos de infracciones administrativas, generando que la sanción a aplicarse sería la de mayor gravedad, sin perjuicio de las demás responsabilidades que establezcan las leyes. *Op. Cit.* p. 538.

64

### **3.2.7. Continuación de infracciones.**

Bajo este principio, para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

### **3.2.8. Causalidad.**

Este principio prescribe que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta, omisiva o activa, constitutiva de infracción.

De tal forma, sirviéndose del nexo de causalidad entre el sujeto infractor y la conducta infractora, se busca que la sanción recaiga sobre quien haya vulnerado efectivamente el ordenamiento, tanto de manera activa como omisiva. Vergaray, Verónica y Gómez, Hugo. *Op. Cit.* p. 428.

Por tal motivo, sólo sería culpable el autor inmediato de la conducta ilícita y no los colaboradores o instigadores, tema que lleva a concluir que la responsabilidad es subjetiva, bastando definir el nexo



causal entre el sujeto y la conducta ilícita, en consecuencia, no cabe atribuir responsabilidades solidarias<sup>56</sup>.

### **3.2.9. Presunción de licitud.**

En virtud de este principio, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

El principio de licitud es expresión del principio de presunción de inocencia del Derecho Penal, cuenta con respaldo en el literal e) inciso 20) artículo 2 de la Constitución. El referido principio genera una inversión de la carga de la prueba a favor del administrado; en consecuencia, le corresponde a la administración probar los hechos constitutivos de la pretensión punitiva mediante el aporte de elementos probatorios suficientes para demostrar la culpabilidad del administrado.<sup>57</sup> En ese mismo tenor, el Tribunal Constitucional ha expresado que:

#### ***Derecho a la presunción de inocencia en sede administrativa***

*46. En sede administrativa sancionatoria, este derecho se denomina presunción de licitud y se encuentra previsto en el artículo 230.9 de la Ley N° 27444, cuyo texto dispone:*

*Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa*

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

*9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.*

*En la STC 02192-2004-AA/TC se estimó la demanda de amparo porque el Tribunal comprobó, entre otros hechos, que la Municipalidad Provincial de Tumbes había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los demandantes. En este sentido, se precisó que al haberse dispuesto "que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se había quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento*

65

<sup>56</sup> Ibídem

<sup>57</sup> Pedreschi, Willy. Op. Cit p. 540

*administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución.*

Al respecto, en observancia al principio de corrección o licitud las autoridades deben presumir que los administrados actuaron acorde a derecho, mientras que no exista una resolución administrativa firme que declare lo contrario.<sup>58</sup> Bajo la noción descrita, el contenido del principio de licitud está determinado por<sup>59</sup>:

- i. Solo se puede ser sancionado en virtud de pruebas que generen convicción sobre la responsabilidad del administrado, y siempre que las mismas se hayan obtenido legítimamente.*
- ii. La carga probatoria recae en la administración y no se no puede imponer al administrado la carga de probar su inocencia, esta afirmación exige que se realice una actividad probatoria mínima, no siendo suficientes las declaraciones o afirmaciones de los denunciantes para desvirtuar la presunción de licitud, ni los descargos del imputado. Al respecto, el Tribunal Constitucional<sup>60</sup> ha señalado lo siguiente:*

66 *“Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia (Constitución, Art. 2º, 24.e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones.”*

- iii. El administrado debe ser tratado como inocente durante toda la tramitación del PAS, respetando todos sus derechos subjetivos como el honor, la buena reputación, la dignidad, entre otros. En ese sentido, están proscritos aquellos comportamientos o actuaciones de la administración que señalen como responsable antes de la emisión de una resolución firme.*
- iv. Ante la insuficiencia de pruebas o duda razonable sobre la culpabilidad, debe absolverse al administrado.*

<sup>58</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 784 – 786

<sup>59</sup> Ibídem

<sup>60</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 238-2002-AA/TC, fundamento jurídico N° 05.

### 3.2.10. *Non bis in ídem*.

De acuerdo a este principio, no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Por medio de la aplicación del presente principio se establece una garantía a favor del administrado tanto en el plano material como en el plano procesal. En relación a la garantía en el plano material, se entiende que la misma se genera por la imposibilidad de ser sancionado dos veces por un mismo hecho. Por su parte, la garantía en el plano procesal implica que el administrado no pueda ser objeto de dos procesos distintos.<sup>61</sup>

La relevancia de la inserción del principio de *no bis in ídem* en sede administrativa se sustenta en la indefinición que presentan las normas administrativas al momento de asignar potestad sancionadora a las entidades públicas, en ese orden, es común que en la realidad práctica se presenten las siguientes situaciones:<sup>62</sup>

- *Acumulación de procesos en la entidad estatal que ya procesó al infractor que, a modo de ejemplo, se genera cuando una entidad pública pretende reabrir un proceso y aplicar una segunda sanción por estimar que la primera sanción que se impuso es "benigna".*
- *Acumulación de procesos en cualquiera de las entidades de públicas cuando, por ejemplo, entidades estatales de distinto nivel de gobierno pretenden imponer sanciones de forma concurrente.*
- *Acumulación de procesos en sede administrativa y en sede judicial, situación que se genera cuando un mismo ilícito es pasible sancionado por medio del procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento penal.*

Finalmente, cabe señalar que la función de protección procesal y material del principio materia de análisis ha sido reconocida por

<sup>61</sup> Morón, Op. cit. p. 786

<sup>62</sup> Morón, Op. cit. pp. 786 - 787

el Tribunal Constitucional<sup>63</sup> en reiteradas oportunidades en los siguientes términos:

*“El Tribunal Constitucional ya ha precisado que el ne bis in ídem es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material– que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N° 2050-2002- HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19).”*

### 3.3. El inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre este punto, la Ley N° 27444 ha establecido lo siguiente:

*“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. (...).”*

68

De acuerdo a este artículo, el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, es decir, es un procedimiento *“promovido por una decisión de actuación propia de las autoridades públicas competentes, cumpliendo su deber de oficialidad o principio inquisitivo inherente a la función pública, con el objetivo de tutelar el interés público, realizar una actividad investigadora, inspectora, sancionador o satisfacer una necesidad propia de la Administración.”*<sup>64</sup>

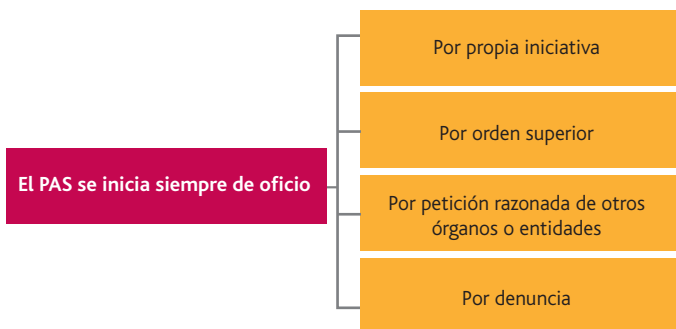
Precisa, además, que es iniciado con ocasión de alguna de las siguientes circunstancias:

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 05206-2011-PHC/TC, fundamento jurídico N° 03

<sup>64</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 404 - 406

- a. **Por propia iniciativa.-** en este caso, es el propio órgano el encargado de la instrucción del procedimiento. Para ello, es preciso que este órgano sea competente para iniciar un procedimiento de acuerdo lo dispuesto en las normas pertinentes.
- b. **Como consecuencia de orden superior.-** versa sobre la orden superior impartida por quien mantiene una relación de superioridad con quien va a iniciar el procedimiento.
- c. **Como consecuencia de una petición razonada de otros órganos o entidades.-** Este supuesto trata la posibilidad de que un órgano administrativo que no sea el competente considere oportuna la incoación de un procedimiento debe formular al órgano competente la correspondiente solicitud, debidamente fundamentada para justificar el inicio del procedimiento. El órgano competente tendrá la potestad de decidir si iniciar o no el procedimiento, pero en cualquier caso esta decisión deberá ser fundamentada.
- d. **Por denuncia.-** En este supuesto es un administrado el que cursa una comunicación a la entidad, con el fin de promover la iniciación del procedimiento. Aquí, la voluntad del administrado no es decisiva para el inicio de la actuación, más sí merece ser examinada como antecedente para estimar la conveniencia de iniciarla.

Gráfico N° 6



Elaboración: ECP del Indecopi.

Para los fines del presente artículo, nos centraremos en analizar la última de estas circunstancias: el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador con ocasión de la denuncia presentada por un administrado.

#### **IV. SOBRE EL CONCEPTO DE DENUNCIANTE Y SU PARTICIPACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR GENERAL**

Tal como se ha señalado en el numeral anterior, uno de los supuestos mediante el cual la administración puede iniciar de oficio un Procedimiento Administrativo Sancionador, es la denuncia realizada por un administrado.

Respecto a este derecho de los administrados, la Ley N° 27444 señala lo siguiente:

*"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 a algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento."*

70

De conformidad con lo señalado en el referido artículo, la facultad de presentar denuncias constituye un derecho con el que cuenta todo administrado, el mismo que puede ejercerse de manera libre y cuando el administrado lo estime conveniente, siendo dicha potestad una de las formas mediante la cual se promueve, pero no se inicia, el procedimiento administrativo sancionador.

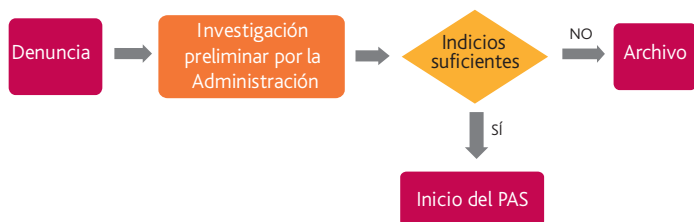
En este escenario, la denuncia administrativa se configura como un acto mediante el cual un administrado pone en conocimiento de la administración un hecho que se encuentra reñido con el derecho, no llegando a ser exigible la presencia de algún tipo de derecho o interés en particular sobre aquello que se vaya a resolver. Así, la denuncia *"no es más que una simple comunicación de hechos, presuntamente ilícitos, a la autoridad"*<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> Carlos Dominguez, Luis. Reflexiones en torno al Status Jurídico del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Disponible en: <http://www.madrid.org/>

Una vez formulada la denuncia, entendida como el *“acto por el cual se pone en conocimiento de la autoridad alguna situación administrativa no ajustada a derecho, con el objeto de comunicar un conocimiento personal”*<sup>66</sup> de un hecho pasible de ser sancionado, la administración realiza una serie de actividades de investigación, denominadas investigaciones preliminares, las cuales eventualmente podrán generar que se inicie, siempre de oficio, un procedimiento administrativo sancionador, siendo esta decisión facultad exclusiva de la administración, sobre la cual no interfiere la voluntad del administrado denunciante.

Estas investigaciones preliminares son definidas como *“aquella labor facultativa de comprobación desplegada por la propia Administración Pública de las circunstancias del caso concreto para determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, para identificar a los presuntos responsables de ésta o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada”*<sup>67</sup>.

Gráfico N° 7



Elaboración: ECP del Indecopi.

cs/Satellite?c=CM\_Revista\_FP&cid=1142296737844&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142296593940&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\_RJU

También en: Revista jurídica de la Comunidad de Madrid, ISSN 1139-8817. N° 21. Año 2005. Págs. 125-184.

<sup>66</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Óp. Cit. pp. 408-410

<sup>67</sup> Jinesta, Ernesto. La investigación preliminar en el procedimiento administrativo. Disponible en: <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/INVESTIGACION%20PRELIMINAR%20PROCEDIMIENTO%20ADMINISTRATIVO.PDF>  
También en: Revista IVSTITIA. Año 21. N° 245-246, Mayo-junio 2007.

En este estado del debate, es importante señalar que aquel sujeto que formula una denuncia no puede llegar a asumir el rol de investigador de los hechos acontecidos, toda vez que esa labor le corresponde a la administración, no siendo una facultad delegable al administrado denunciante. Como consecuencia de ello, se tiene que el solo hecho de formular una denuncia, no implica una participación del denunciante como parte activa en el eventual procedimiento sancionador.

Precisamente sobre el rol que cumple la figura del denunciante dentro del Procedimiento Sancionador, la doctrina y jurisprudencia extranjera han asumido diversas posiciones entre las que se reconoce: (I) una postura más tradicional, que niega que el denunciante tenga el carácter de interesado en el procedimiento sancionador y, como tal, carece de la facultad para presentar recursos administrativos contra las decisiones de la autoridad en estas materias; y, (II) otra que se orienta a extender la posibilidad impugnatoria a los denunciantes, cuando además del rol de colaborador posea interés directo en la resolución de la causa<sup>68</sup>.

72

En concordancia con la primera de las posturas, Rebollo Puig (1998) p.453 ha justificado la exclusión de los denunciantes como legitimados para ser administrados en un procedimiento, sosteniendo que:

- i. El denunciante no adquiere por el mero hecho de formular su denuncia la condición de interesado ni legitimación para recurrir, y,
- ii. El contenido y la naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración no permite considerar que exista un derecho del particular a su ejercicio ni un interés legítimo en la imposición del castigo.

En este mismo sentido, siendo el procedimiento administrativo sancionador un procedimiento bilateral, los involucrados son, por un lado, la administración pública, y por el otro, el presunto infractor. El denunciante, quien no necesariamente posee derecho o interés sobre aquello que se vaya a decidir, no llega a formar parte en

---

<sup>68</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Óp. Cit. pp. 408-410



ningún momento del procedimiento bilateral, toda vez que la simple postulación de una denuncia no es motivo suficiente ni causal justificante para que él se configure como parte en el eventual procedimiento sancionador.

El denunciante, en palabras de Serrano De Toledo, en la obra colectiva Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común es aquel administrado que pone en conocimiento de la administración unos hechos, los cuales pueden dar lugar o no a la incoación del procedimiento sancionador.

En el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, el denunciante no acude ante la administración para que ella solucione una controversia entre el denunciado y él, situación en la que nos encontraríamos ante la presencia de un procedimiento administrativo trilateral y en el cual sería posible aceptar su participación como parte. Tal como se ha señalado, es válido que aquella persona formule una denuncia en la que muchas veces se pueda encontrar interesado en la tramitación de un eventual procedimiento sancionador, promovido en virtud de su denuncia, sin que ello llegue a significar que el procedimiento administrativo sancionador se inicia *“de parte”*.

73

Habiendo quedado claro que la figura del denunciante no califica para intervenir en una estructura bilateral característica del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio del rol que pueda llegar a cumplir en la tramitación de dicho procedimiento, queda por verificar el rol que puede, cumplir el denunciante.

En relación a la participación del denunciante, la doctrina señala que su intervención se da *“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”* según Tirado barrera, José Antonio (2013) p. 633.

Sobre esta forma de participación, la doctrina la aborda mediante el concepto de *“tercero coadyuvante”*, el cual *“como su nombre lo sugiere, no asume el carácter de parte autónoma, por cuanto su posición dentro*

*del proceso es de colaboración o de asistencia a la parte que apoya”* según señala Ledesma Narvaez, Marianella. (2011) p. 236.

El concepto de tercero en general señala que el mismo se encuentra referido a quien *“durante el transcurso del procedimiento se presenta ostentando la cualidad de titular de un interés jurídico respecto del acto que será emitido en tal sentencia administrativa, aun cuando directamente ese acto no esté dirigido a él”*<sup>69</sup>.

Con respecto a la intervención de los mismos, se señala que ésta *“tiene lugar, cuando durante el desarrollo del proceso ya sea en forma espontánea o provocada, se incorpora a él personas distintas a las partes originarias a fin de hacer valer derechos o intereses propios, pero vinculados con la causal o el objeto de la pretensión”*, según Palacio Lino, Enrique (2003) p.283.

Entonces, queda claro que la figura del administrado como tercero legitimado solo puede ser considerada como tal, en tanto y en cuanto, el administrado no llegue a ser parte en el procedimiento, tal como efectivamente se verifica en el caso del denunciante con relación al procedimiento sancionador.

74

El reconocimiento de esta característica del denunciante, en ningún supuesto, puede avalar la conversión de un procedimiento sancionador en uno trilateral, ni tampoco la configuración de instituciones ambiguas y poco claras, toda vez que la naturaleza del procedimiento se mantiene intacta.

Con ello, la participación del denunciante es bastante limitada toda vez que no llega a ser parte en el procedimiento sancionador que se pueda iniciar promovido en virtud de su denuncia. Tal como se ha señalado, en este tipo de procedimientos, por tener una naturaleza bilateral, solo forman parte de este tipo de procedimiento la administración pública y el presunto infractor. El papel del denunciante es principalmente el de un colaborador con la administración, el cual se encuentra relacionado con la eventual afectación de aquello que se pueda decidir en el procedimiento sancionador sobre su esfera jurídica.

---

<sup>69</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Óp. Cit. pp. 334 - 336

La consecuencia práctica de lo señalado es que las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga al denunciante no son aquellas con las que cuenta una parte. Ello implica que, por ejemplo, la conciliación o desistimiento que pueda ser realizada por el denunciante no afecta en lo más mínimo a la tramitación del procedimiento sancionador, debiendo el mismo seguir su curso con la finalidad de que, eventualmente, se aplique alguna sanción administrativa en ejercicio del *ius puniendi* estatal y en protección del interés general.

## V. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En lo que corresponde a los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor, la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 107° señala:

*"Artículo 107°. - 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 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."*

75

Al respecto, es oportuno señalar que dicho cuerpo normativo posee una redacción poco feliz, toda vez que hace referencia a un consumidor "*constituido como parte*", construcción contraria a lo señalado en el presente artículo, es decir, que un procedimiento sancionador, como el que es materia de análisis en el presente caso, siempre se inicia de oficio.

Como consecuencia de esta postura, se llegan a *“admitir denuncias de parte y cobrar por ello una tasa para su propio sostenimiento financiero: “como el interesado es el que denuncia y, además, paga, entonces el procedimiento es privado (trilateral)”*, o la variante, *“es privado, pero secundariamente también se sanciona, es decir, es un procedimiento privado-público, es decir, un trilateral-sancionador”*<sup>70</sup>.

Asimismo, debemos recordar que muchos de los conflictos que se generan dentro del ámbito de aplicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, bien podrían ser resueltos en la vía ordinaria del proceso civil.

Sin embargo, *“tales comportamientos hoy se procesan por la vía del derecho administrativo sancionador, porque las conductas que subyacen a las formas y comportamientos contractuales y a las relaciones de responsabilidad privada, han sido prohibidas y tipificadas en el ámbito del Derecho Administrativo”*<sup>71</sup>.

76 No obstante la claridad de las ideas expuestas, existen quienes consideran que la naturaleza bilateral de un procedimiento sancionador puede ceder ante la presencia de un tercero que forme parte de él, afirmándose indebidamente que *“el procedimiento trilateral sancionador contiene en su interior dos relaciones jurídicas procedimentales. La base es la relación bilateral existente entre la Administración y el presunto infractor. En esta relación jurídica lo determinante es el ejercicio de la potestad sancionadora y el interés público (...). En cambio, en la relación jurídica de carácter trilateral, lo determinante es el conflicto de intereses suscitado entre el denunciante y el presunto infractor”*<sup>72</sup>.

Así, se propugna la existencia de un procedimiento atípico el: *“trilateral sancionador”* en el cual *“conviven de forma dinámica y simbiótica dos relaciones jurídicas”*<sup>73</sup>, pretendiéndose así vincular en forma contradictoria dos figuras jurídicas, cuando la realidad no se presenta tan complicada. Lo que realmente existe es un procedimiento

<sup>70</sup> Rojas Leo, Juan Francisco. (2013) p. 650.

<sup>71</sup> Ibídem. p. 651.

<sup>72</sup> GOMEZ APAC, Hugo. (2011) pp. 29-30.

<sup>73</sup> Ibídem p. 42.

sancionador, el cual es promovido por un administrado y en el cual estamos ante una actuación de la Administración al amparo de su potestad punitiva.

De esta forma, en este tipo de procedimientos administrativos, iniciados algunas veces gracias a una denuncia, siempre se puede verificar la presencia medular del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración con la finalidad de cautelar el interés público involucrado en la defensa de los consumidores y en la protección del mercado como finalidad pública.

Debe quedar en claro que, en este tipo de procedimientos, la actividad del Estado en ejercicio de su potestad punitiva es la misma que en la de cualquier procedimiento sancionador. El hecho que sea una acción privada la que comunique un hecho a la administración, no implica que la tramitación del procedimiento sancionador responda a intereses privados, ni mucho menos que el procedimiento se inicie a pedido de parte.

Así, la concurrencia del denunciante, como en todo procedimiento sancionador, no puede llegar a ser la de parte, debiendo ser considerada, como ya se ha señalado, tercero legitimado en el marco de un procedimiento de eminente naturaleza bilateral como lo son los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor.

77

En el marco de este tipo particular de procedimientos sancionadores, el denunciante no llega a sumir el papel de parte (tal como se entiende en un proceso civil) pues su labor es colaborar aportando indicios para que el procedimiento se inicie de oficio se discuta la imposición de una sanción administrativa como consecuencia de la comisión de infracciones, lo cual se desarrolla en virtud de la acción pública ejercida por la administración en protección de la institución del mercado.

Para que quede claro este punto, debe recordarse que *“no es la denuncia del consumidor la que genera el inicio del PAS, sino el análisis que debe hacer la Administración respecto a si los hechos puestos en su conocimiento, contienen indicios suficientes de la comisión de una infracción”*<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Liñán Arana, Luis Alberto. Compatibilidad de las instituciones del Proceso Civil en

En este sentido, de conformidad con lo señalado en el presente artículo, 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 a 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.

78

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.

## VI. CONCLUSIONES

- 1) La LPAG es el cuerpo normativo que regula el procedimiento administrativo ordinario, definido este como *“toda sucesión formal de actos, tendente al cumplimiento de las competencias asignadas a quienes ejercen funciones administrativas, pudiendo culminar en la expedición de un acto administrativo”*<sup>75</sup>.

---

el Procedimiento Administrativo Sancionador de Protección al consumidor a cargo de Indecopi p. 14.

<sup>75</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. citado por Maravi Sumar, Milagros. (2009) El Procedimiento Administrativo y las reglas de simplificación administrativa. En:

- 2) Asimismo, la LPAG regula a manera de procedimientos especiales, el procedimiento administrativo trilateral y el procedimiento administrativo sancionador, siendo ambos procedimientos regulados por distintas normas e inspirados en diferentes principios.
- 3) No deben confundirse las distintas naturalezas de los procedimientos especiales previstos en la LPAG, ya que los principios que los inspiran son, como bien se ha señalado, bastante distintos. En aquellos supuestos en que los que, aparentemente confluyan ambos tipos de procedimientos especiales, se debe prestar mayor atención en determinar si se trata de un procedimiento en el cual, luego de resolver una controversia, se aplica una sanción, o estamos ante un procedimiento que solo busca la imposición de sanciones al margen de la existencia de conflictos.
- 4) La finalidad de un procedimiento administrativo sancionador es la de canalizar el ejercicio del *ius puniendi* con el que cuenta la administración pública en estricto respeto del Principio de Legalidad, efectuar investigaciones sobre los hechos y, eventualmente, imponer sanciones de carácter administrativo.
- 5) La facultad de presentar una denuncia constituye un derecho de todo administrado en ejercicio de su derecho de petición. Sin perjuicio de lo señalado, la comunicación de una denuncia no implica ni justifica la participación del denunciante como parte en el eventual procedimiento sancionador, siendo el mismo de naturaleza bilateral y no trilateral.
- 6) La denuncia es una forma mediante la cual el administrado colabora con la administración pública, mediante la cual comunica a ella un hecho antijurídico, colaborando de esta manera al logro de los fines públicos.
- 7) El solo hecho de formular una denuncia no implica una participación del denunciante como parte en el eventual procedimiento sancionador. La formulación de la denuncia no puede significar entregar al denunciante facultades y obligaciones que son de titularidad de la administración.
- 8) La función que cumple el administrado denunciante en los procedimientos sancionadores, entendido este en su naturaleza bilateral, no es aquella que cumple el administrado cuando es parte de un procedimiento trilateral. En este último supuesto, el

administrado se configura como sujeto activo en la controversia a ser resuelta por la administración pública, cosa que no sucede en el primer supuesto.

- 9) Debe entenderse la figura del denunciante como la de un tercero legitimado que promueve el inicio de un procedimiento sancionador a partir de la denuncia por él formulada.
- 10) En materia de procedimientos de protección al consumidor, llevados ante Indecopi, se inician procedimientos administrativos sancionadores de oficio que implican una medida correctiva para el tercero coadyuvante que planteó la denuncia.
- 11) En el procedimiento sancionador en materia de protección al consumidor el denunciante únicamente actúa como un tercero.
- 12) Debe quedar en claro que, la potestad sancionadora con la que cuenta la administración pública es ejercida por ella con carácter de exclusividad. La participación del administrado que promueve una denuncia concluye con ella. La decisión sobre la procedencia o no de un procedimiento administrativo sancionador es facultad exclusiva de la Administración.
- 13) Una de las consecuencias prácticas de la particular naturaleza del denunciante en un procedimiento sancionador es que la conciliación o desistimiento que él realice no generan mayor efecto en la tramitación del procedimiento administrativo, el mismo que debe proseguir con la finalidad que, eventualmente, se aplique algún tipo de sanción administrativa en ejercicio de la potestad sancionadora estatal, con miras a garantizar la protección del interés general.

80

## VII. REFERENCIAS

### Publicaciones

- Correa Freitas, Rubén y Vásquez, Cristina. (1998). Manual de Derecho de la Función Pública. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Danós, Jorge. (1995). "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". En: *Ius et Veritas* N° 10. Revista editada por estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, julio 1995..
- Danós Jorge. (2010). "La preferencia de los principios de la potestad sancionadora". Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima, Editorial Palestra.



- Garberi Llobregat, José. (1989). La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad sancionadora y al procedimiento administrativo sancionador. Madrid, Editorial Trivium.
- Gomez Apac, Hugo. (2011). El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? En: Revista de Derecho Administrativo. Derecho de la Competencia. Tomo II. Edición noviembre 2011
- Gonzales Navarro. (2004). Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tercera edición, Madrid, Civitas.
- Ledesma Narvaez, Marianella. (2011). Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Gaceta Jurídica. 3º edición. febrero.
- Mabel Ivanega, Miriam. (2008). Consideraciones acerca de las Potestades Administrativas en general y de la potestad sancionadora. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año III. Número 4. Enero del 2008.
- Maravi Sumar, Milagros. (2009). El Procedimiento Administrativo y las reglas de simplificación administrativa. En: Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde. Lima, UPC.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2014). "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo". Lima, Gaceta Jurídica.
- Nieto, Alejandro. (2008) Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Tecnos. 81
- Ossa Arbelaez, Jaime. (2000). Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Colombia, Editorial Legis.
- Palacio Lino, Enrique. (2003). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 17º Edición.
- Pedreschi, Willy. (2003). Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Lima, Editorial Ara Editores.
- Ramirez Torrado, María Lourdes. (2010). "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, 12.
- Rebollo Puig, Manuel. (1998). Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo. Tirant Le Branch.
- Rojas Leo, Juan Francisco. (2013) Tutela del mercado y procedimiento administrativo sancionador. En: *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Volumen I. Libro de ponencia del XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo

Serrano de Toledo, en la obra colectiva Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, Ed. BOE y Ministerio de Justicia.

Suay Rincon, José. (1989). Sanciones administrativas. Bolonia, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España.

Tawill, Guido Santiago. (2009). "Procedimiento Administrativo". Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Tirado Barrera, José Antonio. (2013). Función y posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador: Reflexiones críticas sobre el llamado trilateral-sancionador. En: Derecho Administrativo en el Siglo XXI. Volumen I. Libro de ponencia del XII Congreso Internacional de Derecho Administrativo.

Vergaray, Verónica y Gómez, Hugo. (2009). La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador. En: *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante. Lima, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

### Internet

82 Carlos Dominguez, Luis. Reflexiones en torno al Status Jurídico del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador. 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=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142296737844&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142296593940&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU)

También en: Revista jurídica de la Comunidad de Madrid, ISSN 1139-8817. N° 21. Año 2005.

Jinesta, Ernesto. La investigación preliminar en el procedimiento administrativo. Disponible en: <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/INVESTIGACION%20PRELIMINAR%20PROCEDIMIENTO%20ADMINISTRATIVO.PDF> También en: Revista IVSTITIA. Año 21. N° 245-246, Mayo-junio 2007.

### LISTADO DE ACRÓNIMOS

LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General
PAT	Procedimiento administrativo trilateral
PAS	Procedimiento administrativo sancionador

## EL ROL DEL INDECOPI EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

---

### **Hebert Tassano Velaochaga**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Regulación de Servicios Públicos, UPC y el IEDE Business School, Universidad Europea de Madrid (energía –telecomunicaciones, infraestructura y competencia). Postgrados en Regulación del Sector Eléctrico, Universidad Pontificia Comillas de Madrid; Derecho de la Energía, UPC; Regulación de Servicios Públicos, PUCP; Instituciones Jurídicas del Mercado, UPC; y Gobernabilidad y Gobierno Local CEDDET – España; PEE en Organización y Administración, ESAN.

Presidente del Consejo Directivo del Indecopi.



# EL ROL DEL INDECOPI EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Hebert Tassano Velaochaga

## RESUMEN

Indecopi no es solamente una agencia de competencia, es también una agencia de protección al consumidor y de protección de la propiedad intelectual. Su mandato parte del precepto constitucional que establece que la libre iniciativa privada es ejercida en una economía social de mercado en la cual el Estado se convierte en promotor y regulador de la competencia con el fin de alcanzar el bienestar de la sociedad. Este artículo resume la forma cómo se articulan las competencias del Indecopi de cara a la libre competencia y al bienestar que la sociedad demanda.

## I. EL SISTEMA DE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

85

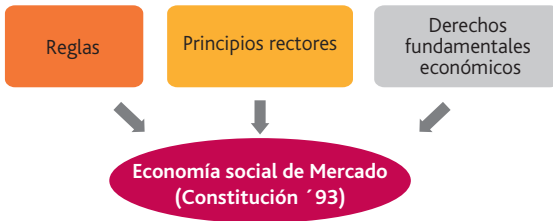
El modelo de economía social de mercado surgió en Alemania, luego de la Segunda Guerra Mundial, con el objetivo de crear un nuevo orden social y económico que garantizara la unidad y la paz. Fue elaborado por la escuela de la Universidad de Friburgo y puesto en marcha por Ludwig Erhard, Primer Ministro de esa época, y fue todo un éxito ya que buscaba incorporar una visión política a la actividad económica<sup>76</sup>, combinando el principio de la libertad de mercado con el de justicia social.

En nuestro país, la Constitución Política de Perú de 1993 estableció el modelo de economía social de mercado y determinó las reglas, principios rectores y derechos fundamentales económicos que permiten el funcionamiento del sistema.

---

<sup>76</sup> Helmut Wittelsbürger (2005).

Gráfico N° 8



Fuente: Elaboración ECP.

Así, en el artículo 58° del Título III de la Constitución Política del Perú de 1993 se señala lo siguiente con relación al régimen económico:

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

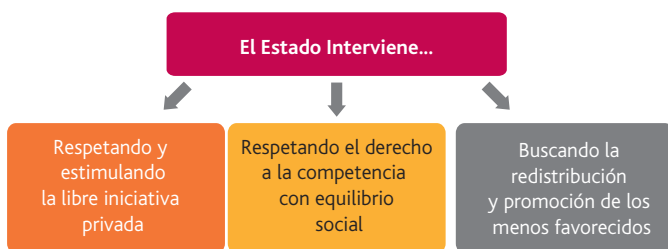
86

Al respecto, podemos observar que esta definición establece además que la iniciativa privada es libre y que por tanto, cualquier ciudadano puede elegir en qué sector de la economía realiza su actividad económica. Asimismo, establece cuál es el rol promotor del Estado señalando que éste debe actuar con especial énfasis en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, lo cual tendrá impacto directo en el desarrollo económico del país.

Sobre el particular Marcial Rubio (1999) señala que:

*(...) el Estado no se halla ausente en la economía social de mercado y que puede intervenir en ella, si bien respetando y estimulando hasta donde sea posible la libre iniciativa privada y el derecho a la competencia. La economía de mercado requiere también equilibrio social, redistribución y promoción de los menos favorecidos para ponerse en condiciones de competencia con los demás. En todos estos aspectos la intervención del Estado es esencial. Sin embargo, no debe ser una intervención sesgada, desordenada, o dirigida a los intereses subalternos. Su norte debe ser buscar la existencia de leyes del mercado, de la iniciativa particular, de la competencia y, dentro de ellas, efectuar las correcciones indispensables.*

Gráfico N° 9



Fuente: Elaboración ECP.

En ese sentido, de acuerdo a la Constitución Política del Perú de 1993, los principios rectores de la economía social de mercado que buscan brindar herramientas para asegurar el bienestar social del país son los siguientes:

- a) El rol promotor del Estado<sup>77</sup>
- b) La libertad de empresa<sup>78</sup>
- c) El pluralismo económico<sup>79</sup>
- d) El rol subsidiario del Estado<sup>80</sup>
- e) La libre competencia<sup>81</sup>

87

<sup>77</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. Artículo 58°.- (...) el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

<sup>78</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación de sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

<sup>79</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede desarrollar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

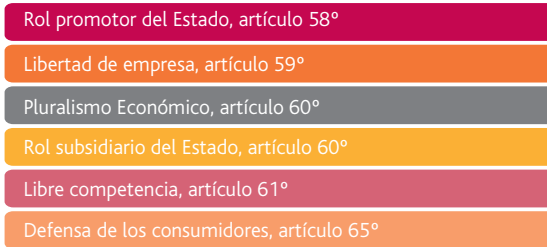
<sup>80</sup> Ver nota al Pie 6.

<sup>81</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad

## f) La defensa de los consumidores<sup>82</sup>

Gráfico N° 10



Fuente: Elaboración ECP.

88

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha desempeñado un rol importante resolviendo casos emblemáticos en los que ha interpretado cuál es el rol regulador que debe tener el Estado en el régimen de la economía social de mercado, así como los principios y derechos de los ciudadanos que se deben aplicar y respetar, como se puede apreciar en el texto de las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003<sup>83</sup> y Expediente N° 034-2004-PI/TC del 15 de febrero de 2005<sup>84</sup>.

---

de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

<sup>82</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

<sup>83</sup> En el fundamento 16 de la Resolución se señala:

*La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden "en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]" (El orden del futuro. La economía social de mercado. Universidad de Buenos Aires, 1981).*

<sup>84</sup> En el fundamento 28 de la resolución se afirma:

*No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno que*



Así, también el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el Estado facilita y vigila la libre competencia, garantizando el acceso al mercado en igualdad de condiciones, para lo cual el legislador deberá dictar las normas necesarias para reprimir y limitar las prácticas anticompetitivas en el mercado, tales como el abuso de posición de dominio o monopolios, lo cual tendrá un impacto positivo no solo para los agentes que desempeñan determinada actividad económica en el mercado sino también en los consumidores y usuarios.

En ese sentido, debemos entender a la economía social de mercado como el sistema económico en el cual se garantiza la libre iniciativa privada pero a la vez se debe contar con un sistema eficiente de promoción y defensa de la libre competencia. Para ello, el Estado peruano ha creado, dentro de su estructura, organismos constitucionalmente autónomos y especializados como la agencia de competencia Indecopi y los Organismos Reguladores de Servicios Públicos que gozan de autonomía presupuestaria, financiera, económica, técnica, funcional y política.

Gráfico N° 11



Fuente: Elaboración ECP.

*dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador **tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social***

En el caso específico del Indecopi, con su actuación en cada una de las competencias asignadas, que veremos a continuación, desarrolla en el día a día, el contenido de los preceptos constitucionales. Es decir el Indecopi es la entidad encargada de hacer cumplir las regulaciones de la economía social de mercado.

## II. ¿QUÉ ES EL INDECOPI?

Como hemos mencionado, a partir del proceso de reforma del Estado realizado sobre la base del marco jurídico de liberalización llevada a cabo en los años 90' se crearon un conjunto de organismos destinados a mejorar el marco institucional para el funcionamiento del mercado<sup>85</sup>, siendo el Indecopi, el organismo creado en el campo de la competencia (libre competencia, competencia desleal, barreras burocráticas, procedimientos concursarles), derecho de los consumidores, derechos de propiedad intelectual, infraestructura de la calidad (normalización, metrología y acreditación), por señalar algunas de sus áreas. El objetivo fue que el Indecopi se encargara de velar (*ex post*) por la defensa de la libre y leal competencia, teniendo en consideración que en el nuevo escenario de competencia en el mercado, surgirían conflictos que debían ser resueltos por el Estado de manera oportuna, predecible y especializada.

El economista John Galbraith<sup>86</sup> señaló cuatro factores que obligan a la intervención y regulación pública: i) la protección del medio ambiente; ii) la protección de los más vulnerables de los empleados por el aparato productivo contra los efectos adversos de la máquina económica; iii) la propensión de la economía a producir y vender bienes y servicios deficientes o materialmente perjudiciales; y iv) las tendencias al interior del sistema económico que son autodestructivas para su eficaz funcionamiento.

<sup>85</sup> En este punto es importante considerar lo que señala García de Enterría (1999) p 27. *“Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce”*

<sup>86</sup> Citado por Kresalja y Ochoa en *El Régimen económico de la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012.

En efecto, el Indecopi es un organismo técnico especializado con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). En su ley de creación<sup>87</sup> se señaló expresamente que es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales que protegen: (i) el mercado de las prácticas monopólicas controlistas y restrictivas de la competencia, así como de las prácticas que generen competencia desleal y aquellas que afecten a los consumidores; (ii) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; (iii) la calidad de los productos; y, (iv) otras que le sean asignadas.

De lo anterior, se puede apreciar que todas las funciones que realiza el Indecopi se encuentran vinculadas a los siguientes cuatro ejes temáticos: (i) defensa de la competencia; (ii) propiedad intelectual; (iii) protección del consumidor; e (iv) infraestructura de la calidad.

Considerando el diseño del modelo institucional de competencias concentradas en un solo organismo, vemos que el Indecopi es en definitiva más que una agencia de competencia que brinda a los ciudadanos los siguientes servicios:

---

<sup>87</sup> Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi  
Artículo 2°.- El Indecopi es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:

a) El mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;

b) Los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, conforme lo estipula el Artículo 30° del presente Decreto Ley;

c) La calidad de los productos y,

d) Otros que se le asignen.

Gráfico N° 12



Fuente: Indecopi.

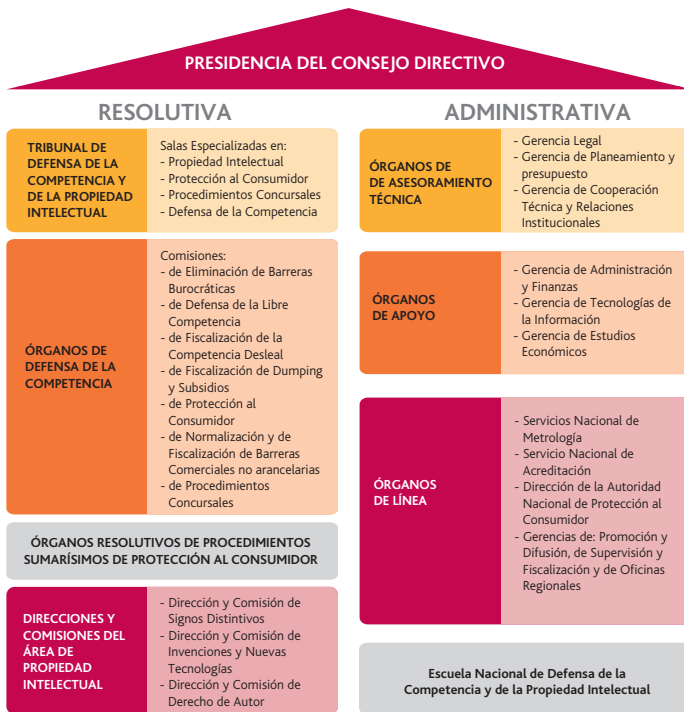
92 Asimismo, para el cumplimiento de sus funciones, el Indecopi cuenta con las siguientes facultades:

- Emitir Directivas de carácter general y normar el funcionamiento administrativo del Indecopi.
- Supervisar y fiscalizar actividades económicas.
- Imponer sanciones.
- Ordenar medidas correctivas y cautelares.
- Resolver controversias.

Como podemos apreciar, el Indecopi tiene una estructura particular, en tanto tiene concentradas una serie de competencias que en otros países se encuentran a cargo de diversas instituciones; sin embargo, nuestro modelo de concentrar una serie de competencias en una misma institución presenta diversas ventajas que no se dan en otros casos.

Para cumplir con todas estas funciones Indecopi cuenta con una estructura orgánica que garantiza la independencia funcional de los órganos resolutivos respecto del área administrativa y de la alta dirección encabezada por el Presidente del Consejo Directivo.

Gráfico N° 13



Fuente: Indecopi

La estructura orgánica del Indecopi evidencia que la institución es más que una agencia de competencia, dado que no solo busca proteger y promover la libre y leal competencia desde la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, sino a través de otros Órganos Resolutivos<sup>88</sup> cuya actuación resulta fundamental para ello. Inclusive, existen áreas de interacción entre otros órganos como la Comisión de Defensa de la Libre Competencia con las áreas de propiedad

<sup>88</sup> El Indecopi realiza sus funciones en materia de Defensa de la Libre Competencia a través de los siguientes órganos resolutivos de primera instancia: (i) Comisión de Defensa de la Libre Competencia; (ii) Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas; (iii) Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal; (iv) Comisión de Dumping y Subsidios; y, (v) Comisión de Normalización y Fiscalización de Barreras Comerciales no Arancelarias.

intelectual, en aquellos casos donde por ejemplo el titular de una patente abuse de su posición de dominio en el mercado.

En ese sentido, la estructura del Indecopi tiene la ventaja de que permite evidenciar estas interfaces y áreas de interacción, para de esta manera poder armonizar el diseño de las políticas que servirán como base para la promoción y defensa de la libre y leal competencia.

### **III. IMPORTANCIA DEL INDECOPI EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**

Como hemos establecido en el punto 1 del presente documento, la economía social de mercado es el sistema económico en el que se garantiza la libre iniciativa privada pero dado que tiene también un fuerte componente social, el sistema de promoción y defensa de la libre y leal competencia debe ser eficiente y habiendo expuesto que de acuerdo a sus funciones, el Indecopi tiene relación directa con la promoción y defensa de la libre y leal competencia, vemos la relación directa que existe entre el Indecopi y la economía social de mercado.

94

En efecto, la experiencia en la resolución de casos nos ha enseñado que la política macroeconómica del Estado (fiscal y monetaria) no resulta suficiente para garantizar la libre competencia y el adecuado funcionamiento de la economía social de mercado, pese a que de acuerdo a nuestro modelo económico resulta necesario que los mercados funcionen correctamente para que los beneficios de la economía macro lleguen a toda la sociedad.

Kresalja y Ochoa<sup>89</sup> resaltan la importancia del Indecopi como una entidad que busca fortalecer el proceso competitivo y en la cual, en aspectos como la protección al consumidor, no basta con ser un árbitro sino que es necesario tener un rol proactivo y en ocasiones protector para poder edificar un Estado social y democrático de Derecho.

En el siguiente cuadro podemos ver el rol que cumple el Indecopi en la economía social de mercado (ESM).

---

<sup>89</sup> Kresalja, Baldo; Ochoa, César (2012), pág. 271.

Gráfico N° 14



Fuente: Elaboración ECP.

### 3.1. Facilitador de la apertura de nuevos negocios.

Mediante la eliminación de barreras burocráticas que limitan el acceso al mercado. De ello se encarga justamente la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas que como su mismo nombre lo dice, se encarga de identificar y eliminar los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 o limitan la competitividad en el mercado.

El informe Doing Business 2014<sup>90</sup> del Banco Mundial indica que estamos en el puesto 42 en el indicador "*Facilidad de hacer negocios*" (respecto de 189 economías). En el siguiente cuadro

<sup>90</sup> INFORME ANUAL DOING BUSINESS. (2014). <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/peru/>

apreciamos esta facilidad por cada indicador comparándola con los países de América Latina y el Caribe y del OCDE:

Cuadro N° 3

Indicador	Perú	América Latina y el Caribe	OCDE
Número de procedimientos para inscribir una empresa	5	9	5
Número de días promedio para inscribir una empresa	25,0	36,1	11,1
Costo para inscribir una empresa (% de ingreso per cápita)	10,1	33,1	3,6
Requisito de capital mínimo pagado para inscribir una empresa (% de ingreso per cápita)	0,0	3,6	10,4

Fuente: Informe Anual Doing Business. (2014). <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/peru/>.

96

### 3.2. Protector del valor del crédito.

Mediante la administración de un régimen concursal. Sobre el particular, el órgano competente es la Comisión de Procedimientos Concursales que busca proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal que reduzca los costos de transacción y promueva la asignación eficiente de los recursos.

Romero Sanz de Madrid<sup>91</sup> señala que el Derecho Concursal surge porque es necesario:

*“que todos los acreedores del deudor común tengan las mismas oportunidades para cobrar. (...) La concurrencia de acreedores frente a un patrimonio insuficiente hace ineficaz la defensa individual que cada uno de ellos realice de sus intereses. Los más rápidos o los más favorecidos por el deudor cobrarían en perjuicio de los restantes. Una exigencia de justicia, reclama al Estado la creación de un sistema de*

<sup>91</sup> ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. (2005). *Derecho Concursal*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, pp. 30-31.



*tutela colectiva, en el que prime el principio de comunidad de pérdidas y trato igual para todos los acreedores”.*

### **3.3. Promotor de la libre y leal competencia.**

Mediante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia se sanciona los actos o conductas que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado o la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia. Asimismo, se evitan los actos de concentración en el sector eléctrico que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

El Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA-TC (Libertad de empresa) estableció los límites a la libre competencia, señalando que este concepto se encuentra adscrito al concepto más amplio de libertad económica, lo que supone las siguientes perspectivas:

- La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos.
- La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado.

97

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional estableció que la libre competencia aparece como una libertad en principio ilimitada, pero se pueden establecer criterios de limitación que no alteren las reglas del mercado sino que corrijan prácticas y/o conductas que vulneren la libre y leal competencia del mercado. Así realiza una interpretación del derecho a la libertad de empresa sin perder de vista que la economía social de mercado no solo busca la eficiencia económica del mercado, sino que tiene un fuerte componente social.

### **3.4. Protector de la Propiedad Intelectual en todas sus formas.**

Mediante la protección de las creaciones de la mente como las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y los modelos utilizados en el comercio. Para ello, el Indecopi cuenta con las Direcciones de Signos Distintivos, Invenciones y Nuevas Tecnologías y de Derechos de Autor.

Los signos distintivos son bienes intangibles que permiten a su titular crear valor en las relaciones con sus clientes o potenciales clientes. Así Carlos Matheus, señala que *“La marca es la representación visual o verbal del trabajo humano cuando quien lo realiza espera algún tipo de recompensa por su trabajo. [...] Las empresas que disputan las preferencias de los consumidores en un mercado competitivo, necesitan las marcas como instrumentos indispensables para mejorar la comercialización de sus productos”*.

La invención es aquella idea materializada para solucionar un problema técnico en cualquier campo de la ciencia y tecnología, por lo que se ha visto por conveniente que estas soluciones técnicas sean protegidas de modo que el inventor obtenga una compensación por su aporte donde no sólo se ha invertido dinero sino también conocimiento, experiencia, talento, entre otras variables, y donde la beneficiaria final es la sociedad en su conjunto. Esta protección a la inventiva del hombre se daría bajo la modalidad de las *“patentes”*<sup>92</sup>.

98

Los Derechos de autor y conexos son protegidos por el Indecopi con el fin de contribuir a generar y mantener incentivos a la creación, y que a su vez quienes invierten en obras vean un retorno en su inversión y así fomentar el crecimiento cultural.

### **3.5. Defensor del consumidor.**

El Indecopi es la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en virtud de lo cual posee órganos administrativos competentes y especializados para conocer las presuntas infracciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571, en la que se establecen los derechos fundamentales de los consumidores, en especial el derecho a la información clara, oportuna y veraz sobre los productos y servicios que se comercializan en el mercado, así como las obligaciones de los proveedores, para que con ello se garantice la adecuada participación de los agentes económicos en el mercado.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA-TC analiza cómo interactúan las empresas con los derechos de los consumidores, señalando que los problemas

---

<sup>92</sup> Merchor, Bruno (2013) *Propiedad Intelectual*. Indecopi, Lima, p. 126.

vinculados a la defensa de los derechos constitucionales de naturaleza económica deben ser enfocados desde el punto de vista de las empresas, sin perderse de vista que finalmente estas prácticas impactarán en los intereses de los consumidores y usuarios. Señala además, que cuando se presenten controversias donde se vean afectados los intereses de los consumidores y usuarios, el juzgador constitucional deberá ponderar los hechos de manera integral y de acuerdo al enfoque de la Carta Magna.

De similar modo el Tribunal Constitucional en el Expediente 858-2003-AA-TC consagró el derecho subjetivo de los consumidores y usuarios a defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, y así a exigir del Estado una actuación destinada a la protección a los mismos.

### **3.6. Promotor de comercio internacional.**

Mediante la provisión de la infraestructura de la calidad, la eliminación de barreras paraancelarias y la fiscalización del dumping y subsidios.

99

A través de la normalización, se logra que los productos y servicios locales se estandaricen, facilitando su compatibilidad e intercambiabilidad, lo que mejora definitivamente sus posibilidades de ingresar a los mercados internacionales. Mediante la eliminación de las barreras comerciales no arancelarias, no solo se logra el cumplimiento de nuestros compromisos comerciales bilaterales y multilaterales sino también se garantiza un mercado libre en beneficio de los consumidores. Finalmente, con el establecimiento de una infraestructura nacional de firmas electrónicas se pretende multiplicar las posibilidades de un comercio electrónico más rápido y seguro<sup>93</sup>.

De lo expuesto, es evidente que la actuación del Indecopi resulta clave para el funcionamiento del modelo económico peruano de economía social de mercado, en tanto tiene a su cargo una serie de

---

<sup>93</sup> Novak, Fabián (2013) *Infraestructura Nacional de la Calidad, las Barreras Comerciales no Arancelarias y la Normalización, Acreditación, Metrología*. Indecopi, Lima, p. 19.

disciplinas que principalmente tienen como objetivo la promoción y defensa de la libre y leal competencia, el adecuado funcionamiento del mercado y por tanto el bienestar general de la población, con especial énfasis en la protección de los derechos de los consumidores.

#### IV. CONCLUSIONES

1. La actuación del Indecopi desarrolla el marco constitucional económico, por lo que resulta clave para el funcionamiento del modelo económico peruano de economía social de mercado, en tanto tiene a su cargo una serie de disciplinas que principalmente tienen como objetivo la promoción y defensa de la libre y leal competencia, el adecuado funcionamiento del mercado y por tanto el bienestar general de la población, con especial énfasis en la protección de los derechos de los consumidores.
2. La actuación del Indecopi se realiza en el marco de una serie de Normas Administrativas cuya validez e importancia son incuestionables, en tanto que desarrollan lo establecido en el régimen económico de nuestra constitución «los aterrizan», tal y como se puede apreciar en la vinculación que hemos realizado de las funciones del Indecopi con los artículos de la Constitución Política del Perú de 1993 y lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en referencia a los temas que son competencia del Indecopi .
3. La economía social de mercado es el sistema económico donde tan importante como la eficiencia económica, resulta el bienestar general de la sociedad. Esto se logra, entre otras medidas, promoviendo la libre y leal competencia; y corrigiendo de manera oportuna las prácticas ilegales que se detecten en el mercado.
4. Con la liberalización del Estado en la década de los 90' se crearon organismos públicos especializados como el Indecopi que no solo es una agencia de competencia, ya que concentra competencias que por lo general, en otros países, son asignadas a diferentes instituciones. El Tribunal Constitucional del Perú, mediante sus pronunciamientos, ha ratificado su importancia y competencia del Indecopi para la defensa de la libre y leal competencia y la defensa de los consumidores.

5. El Indecopi tiene como principales funciones la defensa de la libre y leal competencia, la corrección de las distorsiones en el mercado, proteger los derechos de los consumidores, vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior, proteger el crédito mediante un sistema concursal eficiente, promover la infraestructura de la calidad y la protección de los derechos de propiedad intelectual.
6. La actuación del Indecopi se encuentra destinada a proteger el modelo económico y que los agentes económicos se desenvuelvan de acuerdo a los principios de la economía social de mercado. El Indecopi ha contribuido al desarrollo del país con su modelo institucional, lo cual se evidencia de la gran cantidad de prácticas anticompetitivas que ha corregido en el mercado y el beneficio que ello representa para la ciudadanía.

## V. REFERENCIAS

- Albach, Horst. (2010). *La Economía Social de Mercado*, Madrid.
- Barea, José. (1990). *Concepto y Agentes de la Economía Social de Mercado*, Madrid.
- Chávez, Rafael (1999). *La Economía Social como enfoque metodológico, como objeto de estudio y como disciplina científica*, Madrid.
- García de Enterría, Eduardo. (1999). *Curso de Derecho Administrativo I*. 9na edición. Madrid, Civitas Ediciones.
- Kresalja, Baldo; Ochoa, César. (2012) *El Régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kresalja, Baldo; Ochoa, César (2009). *Derecho Constitucional Económico*, Lima.
- Kresalja, Baldo; Ochoa, César (1999). *Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional*, Lima.
- Landa Arroyo, César (2008). *Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993*, Lima.
- Merchor, Bruno (2013). *Propiedad Intelectual*. Lima, Indecopi.
- Müller – Armack, Alfred. (0983). *Economía Social de Mercado*, Buenos Aires.
- Novak, Fabián (2013). *Infraestructura Nacional de la Calidad, las Barreras Comerciales no Arancelarias y la Normalización, Acreditación, Metrología*. Lima, Indecopi.

- Resico, Marcelo F. (2010). Introducción a la Economía Social de Mercado, Buenos Aires.
- Romero Sanz de Madrid, Carlos. (2005). Derecho Concursal. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.
- Rubio Correa, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima, Fondo Editorial de la PUCP.
- Wittelsbürger, Helmut (2005). La Economía Social de Mercado un Proyecto Económico y Político Alternativo. Santiago de Chile.

# LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

---

## Diego Zegarra Valdivia

Doctor en Derecho, cum laude por la Universidad de Alicante, España. Título revalidado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid.

Profesor ordinario asociado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor visitante en la Universidad de Alicante, España; y en la Universidad de Sao Paulo, Brasil.





# LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Diego Zegarra Valdivia

## RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad analizar aquellos aspectos de la normativa de protección de datos personales que tienen especial incidencia en el ejercicio de la potestad de supervisión y fiscalización del Indecopi y que, como consecuencia de ello, delimitan el desarrollo de dicha actividad.

## I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del régimen jurídico de protección de datos personales en el Perú, se ha configurado un marco que garantiza el ejercicio del derecho fundamental que nuestra Constitución de 1993 ha recogido en el inciso 6)<sup>94</sup> del artículo 2°. Es de esta forma, que la Ley N° 29733 (en adelante, la Ley) y su Reglamento, el D.S. N° 003-2013-JUS (en adelante, el Reglamento), han incorporado como parte de ese marco normativo una serie de principios que se vinculan con su aplicación, los derechos de quien es titular de datos personales, así como las obligaciones que deben observar quienes tratan datos personales en la administración pública y desde la actividad privada. De acuerdo con esto último, la actividad que desarrolla el Indecopi a través de sus distintos órganos no resulta ajena al cumplimiento del marco normativo de protección de datos personales, de ahí que el objeto del presente trabajo sea analizar de qué forma estos nuevos parámetros normativos delimitan la actividad de supervisión y fiscalización.

105

<sup>94</sup> Constitución Política del Perú: Artículo 2, inciso 6) *Toda persona tiene derecho: A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.*

## II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA ACTIVIDAD SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

### 2.1. Precisión terminológica.

Es necesario incorporar este apartado con el propósito de realizar una precisión terminológica respecto de la acción o potestad de supervisión y fiscalización, con el objetivo de afirmar el tratamiento similar que se da a ésta con las acciones o potestades de vigilancia, comprobación e inspección, en el entendido que se trata -en todas ellas- de actuaciones de la administración de comprobación o verificación de algo<sup>95</sup>.

Esta precisión es importante, ya que en el ordenamiento jurídico peruano se incorpora el término “*fiscalización*” vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora, como si pudiera tratarse de una categoría jurídica distinta a la potestad supervisión, cuando en realidad es una actuación de idéntica característica a la vigilancia, comprobación e inspección<sup>96</sup>.

106 A propósito de considerar la potestad de supervisión -y de igual forma, la vigilancia, comprobación, inspección y fiscalización- desligada de la potestad sancionadora, compartimos la opinión de la doctrina en el sentido de que se trata de potestades distintas a la sancionadora en las que se persigue, en esencia, la adecuación del ciudadano al ordenamiento<sup>97</sup>.

Hechas estas precisiones, en adelante vamos a referirnos a la actividad de supervisión y fiscalización como sinónimos, es decir, como una sola categoría jurídica.

<sup>95</sup> Bermej Vera, José, (1998) p. 42.

<sup>96</sup> Debe repararse en que si bien M. Sanchez Moron, (2011). p. 662, hace una diferenciación entre actividad de vigilancia y actividad de inspección, considerando a la primera como una actividad *material* y a la última como actividad *formalizada*, a nuestro parecer, ambas responden a un mismo carácter instrumental y a una misma finalidad.

<sup>97</sup> Seguimos el planteamiento de Agustín García Ureta, (2006). pp. 35 – 36, para quien “la potestad inspectora no es equivalente a la sancionadora, ni constituye (al menos en todo caso) un *prius* de ella, ni puede subsumirse como una especie de aquélla”.

Gráfico N° 15



Elaboración: ECP del Indecopi

## 2.2. Breve caracterización jurídica de la acción o potestad de supervisión y/o fiscalización.

Entendemos la supervisión y/o fiscalización<sup>98</sup> como actividad, función o potestad para identificar unas actuaciones que habilitan a la administración *“para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos, hacen ciertas normas jurídicas”*<sup>99</sup>.

Para Magide Herrero, Mariano (2000) la supervisión administrativa es una *“actividad de la Administración limitativa de la libertad de los administrados mediante la cual se pretende garantizar que los sujetos privados, o públicos que actúan en régimen de Derecho privado, que operan en determinado sector o desarrollan una determinada actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad”* (p. 324).

107

Las citadas definiciones, cuyo contenido y alcances compartimos, son complementarias y tienen en común el haber superado la tradicional visión de identificar la supervisión y/o fiscalización con la policía administrativa, de manera que el énfasis de las mismas está en el carácter preventivo, en perjuicio del represivo, por lo que se considera a la supervisión como una actividad administrativa de limitación del derecho<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> O de forma similar, la vigilancia, comprobación o inspección.

<sup>99</sup> Bermejo Vera, José, Ob. cit. p. 40-41.

<sup>100</sup> García Marcos, José. *Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental*, disponible en: <http://huesoedes.cica.es/aliens/gimadus>.

Teniendo como base lo expuesto, consideramos como aspectos característicos de la potestad de supervisión y/o fiscalización, las siguientes<sup>101</sup>:

- a. Su origen es normativo, no deriva de relaciones jurídicas concretas.
- b. Es una potestad pública, al tratarse de un poder de intervención en la esfera jurídica de los particulares.
- c. Se trata de una potestad reglada, atribuida expresamente y específicamente por la Ley, por lo que no cabe acudir a la potestad reglamentaria para atribuírsela.
- d. Los particulares están sometidos al ejercicio de esta potestad, es decir, tienen el deber jurídico de soportar la intervención administrativa.
- e. Es irrenunciable e inalienable, lo que implica que quien es titular de la potestad no pueda modificarla o renunciar a ella.
- f. Se ejerce para servir a un interés público, por lo que su ejercicio debe ser adecuado a los fines para los que se atribuye.

108

### **III. MARCO NORMATIVO DE LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI**

#### **3.1. Sobre el órgano de supervisión y fiscalización.**

De acuerdo al artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), dicha entidad constituye un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, la misma que se encuentra adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Entre las principales funciones del Indecopi, descritas en el artículo 2° de la mencionada norma, se encuentran el vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, defender la libre y leal competencia, corregir las distorsiones en el mercado, proteger los derechos de

---

<sup>101</sup> García Ureta, A. (2006). p. 29 – 31.

los consumidores, conducir el sistema concursal, administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual, entre otros.

En el caso específico de la actividad de supervisión y fiscalización que desarrolla el Indecopi, el Decreto Supremo N° 107-2012-PCM aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi en la que estableció las competencias y funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF). En efecto, de conformidad con el artículo 72-C°, la GSF es una unidad técnico normativa a la que le corresponde formular y proponer normas de política de alcance nacional sobre prevención a través de actividades de supervisión y la fiscalización del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales, por parte de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del Indecopi.

### **3.2. Funciones asignadas a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF).**

La GSF depende directamente de la Gerencia General y se encuentra ubicada como órgano de línea dentro de la estructura organizativa del Indecopi. Asimismo, se establece que por encargo de los Órganos Resolutivos y Secretarías Técnicas del Indecopi, presta apoyo técnico-legal y de ejecución, en el ejercicio de las facultades de supervisión y fiscalización en las actividades económicas que éstos determinen. Entre las principales funciones de la GSF, previstas en el citado Reglamento, se encuentran las siguientes:

- Proponer al Presidente del Consejo Directivo medidas legales o reglamentarias que juzgue necesarias para favorecer el ejercicio de las facultades de supervisión y fiscalización a cargo del Indecopi.
- Proponer al Consejo Directivo el Plan Anual de Supervisiones, en coordinación con los Órganos Resolutivos y Secretarías Técnicas, para la ejecución de acciones de supervisión de competencia de estas.
- Apoyar en la realización de acciones de supervisión, a fin de asegurar el cumplimiento de obligaciones legales y contractuales, por parte de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del Indecopi.

- Apoyar a los Órganos Resolutivos y Secretarías Técnicas en la verificación de determinados hechos o recopilación de información, en el marco de procedimientos administrativos en trámite.
- Apoyar a los Órganos Resolutivos y Secretarías Técnicas en la ejecución de inmovilizaciones, incautaciones, cierre del local, cese de uso y destrucción de bienes.
- Apoyar en la emisión de medidas preventivas que resulten pertinentes, ante la constatación de un incumplimiento; dejando constancia del mismo y advirtiendo al administrado que, de reiterar o mantener su conducta, podrá iniciarse un procedimiento administrativo sancionador.

## IV. EL MARCO NORMATIVO BÁSICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

### 4.1. Breve descripción.

110

La base de la normativa de protección de datos personales en el Perú, está en el reconocimiento de este derecho fundamental en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución de 1993<sup>102</sup>.

La calidad de derecho fundamental, no excluye la consideración de que se trata de un derecho de configuración legal, ya que fue necesaria la intervención del legislador para dotarle de plena efectividad a su ejercicio en orden a garantizar un ámbito de protección específica, atribuyendo al titular de los datos personales un haz de facultades consistentes en la autodeterminación de esos datos<sup>103</sup>.

En línea entonces con el precepto constitucional, y con la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, se ha cumplido el objetivo de ocuparse de la protección de la intimidad de personas físicas frente a los posibles abusos de terceros a través de la informática; sin embargo,

<sup>102</sup> "Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

(...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (...)"

<sup>103</sup> Del Castillo Vasquez, Isabel-Cecilia. 2007. p. 321

es necesario señalar que también están comprendidos los modos de tratamiento de datos no automatizados, porque también en estos casos, los individuos tienen derecho a saber quién posee o trata nuestros datos personales, con independencia de que se trate sólo del nombre o que se incluyan características personales, profesionales, información sensible o especialmente protegida<sup>104</sup>.

## 4.2. Definiciones vinculadas con la normativa de protección de datos personales.

Para los fines del presente artículo, es importante tener una aproximación con las siguientes definiciones, las mismas que han sido recogidas en el marco normativo de protección de datos personales<sup>105</sup>.

- **Dato personal**, se considera toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.
- **Banco de datos personales**, conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso.
- **Titular del banco de datos personales**, persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad.
- **Responsable del tratamiento**, es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales.
- **Tratamiento**, este consiste en cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite

111

<sup>104</sup> Santos García, Daniel.( 2012). p. 26.

<sup>105</sup> Definiciones recogidas en el artículo 2º de la Ley 29733 y el D.S. 003-2013-JUS, respectivamente.

el acceso, correlación o interconexión de los datos personales.

- **Consentimiento**, para poder realizar el tratamiento de los datos personales, la Ley N° 29733, establece que se requiere obtener el **consentimiento** del *“titular del dato personal”*, es decir, de la persona natural a quien corresponde los datos personales.

### 4.3. Principios normativos de la protección de datos personales.

Los principios recogen las ideas fundamentales que inspiran la institución jurídica que soporta la protección de datos personales. Es importante reparar en que no son meras enunciaciones teóricas o elucubraciones retóricas sin uso práctico: se trata de una serie de reglas materiales concebidas para desarrollar y asegurar la consecución de los fines de las normas sobre tratamiento de datos personales.

De acuerdo con esto último, los principios de la normativa de protección de datos personales tienen fuerza vinculante, aplicación práctica y son los que definen si un tratamiento de datos se está o no realizando de manera leal, lícita, transparente y adecuada.

112

La Ley N° 29733 ha incorporado los siguientes principios: legalidad, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, disposición de recurso y nivel de protección adecuado.



Elaboración: ECP del Indecopi



### **4.3.1. Principio de Legalidad.**

Previsto en el artículo 4º de la Ley, el tratamiento de los datos personales se debe realizar de acuerdo a lo establecido en dicha ley, y se prohíbe la recopilación de dichos datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

De conformidad con el citado principio, el tratamiento de datos no puede hacerse cualquier forma, sino de la manera en que la Ley lo indica: el tratamiento de datos es una actividad reglada y debe efectuarse conforme a las normas.

Este principio se encuentra inmerso en los demás principios en la medida que ellos ordenan cuestiones que son de obligatorio cumplimiento en el tratamiento de datos personales.

### **4.3.2. Principio de Finalidad.**

Otro de los elementos que deben considerarse en el tratamiento de datos personales, es el referido a la finalidad del mismo. De acuerdo al artículo 8º del Reglamento, el Principio de Finalidad implica que debe especificarse el objeto que tendrá el tratamiento de datos personales, lo cual deberá expresarse con claridad y sin lugar a confusión.

De esta forma, los profesionales que realicen el tratamiento de algún dato personal, además de estar limitados por la finalidad de sus servicios, se encuentran obligados a guardar secreto profesional.

Este principio busca evitar que se recolecten datos para hacer con ellos lo que sea y delimita los usos que el responsable, encargado o usuarios pueden dar a la información. El principio de finalidad responde a la pregunta ¿qué se puede hacer con los datos personales?, así, quien realice el tratamiento no puede emplearlos para fines diferentes o incompatibles con los autorizados.

### **4.3.3. Principio de Consentimiento.**

De acuerdo al Reglamento, el consentimiento constituye un requisito para el tratamiento adecuado de datos personales, y a la vez un principio establecido en el artículo 7º de dicha norma. En efecto, en atención al Principio de Consentimiento, el tratamiento de datos personales

será lícito cuando el titular del dato personal hubiera presentado su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco.

El consentimiento debe obtenerse a través de una solicitud formulada a quien sea titular de los datos personales, la misma que debe estar referida a:

- Un tratamiento o una serie de tratamiento determinados.
- Expresa identificación de la finalidad o finalidades para los que se reciban los datos.
- Condiciones que concurran en el tratamiento o tratamientos.
- La transferencia nacional o internacional de los datos y la finalidad a la que se destinan los datos y el tipo de actividad desarrollada por el receptor.

Es necesario tener presente que si el consentimiento se otorga respecto de datos sensibles, éste debe ser otorgado de forma escrita, entendiéndose por esta última, de acuerdo con el reglamento como firma manuscrita, firma digital u otro mecanismo que garantice la autenticidad de su titular.

114

Las características básicas del consentimiento, conforme a la Ley 29733 y su Reglamento, son:

Debe ser **libre**, es decir:

- La manifestación de voluntad no puede estar afectada por dolo, mala fe, error o violencia.
- La condición de libertad no es afectada por la entrega de obsequios, salvo en el caso de menor de edad.
- La afectación de la libertad se produce, con ocasión de solicitar el consentimiento, cuando los datos personales no son indispensables para la prestación de los beneficios o servicios (condicionamiento).

Debe ser **previo** (oportunidad):

- Es anterior a la recopilación de los datos personales.
- Es anterior al tratamiento distinto a aquél por el cual ya se recopilaron.

Debe ser **expreso e inequívoco**:

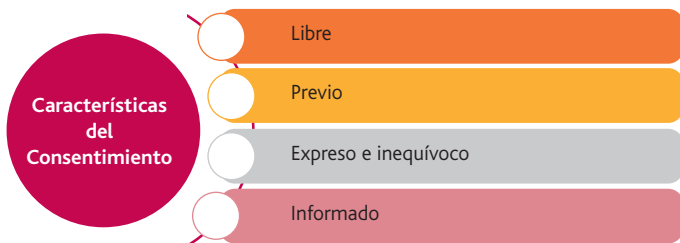
- Puede ser verbal cuando se exterioriza oralmente o con el apoyo de una tecnología que permite la interlocución oral.
- La firma autógrafa, la huella dactilar.
- En el entorno digital se considera como manifestación expresa en hacer clic, cliquear, o pinchar, dar un toque, touch o pad. De la misma forma a través de una firma electrónica.
- Tratándose de datos sensibles, el consentimiento debe ser otorgado por escrito, a través de firma manuscrita, firma digital o cualquier otro mecanismo de autenticación que garantice la voluntad del titular de los datos personales.

Debe ser **informado**, por lo que debe expresarse de forma clara, sencilla e indubitablemente:

- La identidad y el domicilio del titular del banco de datos personales o del responsable del tratamiento (revocar el consentimiento y ejercicio de los derechos del titular de los datos personales)
- Finalidad o finalidades del tratamiento.
- Identidad de los que son o pueden ser sus destinatarios.
- La existencia del banco de datos personales en donde se almacenarán.
- El carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario propuesto.
- Las consecuencias de proporcionar los datos personales y la negativa a hacerlo.
- La transferencia nacional e internacional de datos que se efectúen.

115

Gráfico N° 17



Elaboración: ECP del Indecopi

Es necesario tener presente que en el supuesto de que una entidad pública (como el Indecopi) o privada publique sus **políticas de privacidad**, debe entenderse como una forma de cumplimiento del deber de información que no exonera del requisito de obtener el consentimiento del titular de los datos personales<sup>106</sup>.

#### **4.3.4. Principio de Proporcionalidad.**

De acuerdo con el artículo 7° de la Ley, todo tratamiento de datos personales debe ser: i) adecuado; ii) relevante; y, iii) no excesivo a la finalidad para la que éstos hubiesen sido recopilados.

Respecto a la proporcionalidad y la finalidad, la doctrina señala que el tratamiento de los datos personales deberá ser adecuado, pertinente y no excesivo en relación con el ámbito y *“las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que sea incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”*<sup>107</sup>.

116

Asimismo, la doctrina española considera que se prohíbe que el objetivo al que se destinen los datos y aquel para el que fueron recogidos, sean *“no sólo sustancialmente diversos, sino que tal diferencia constituya una incompatibilidad de finalidades”*<sup>108</sup>.

Es claro entonces que con este principio se quiere evitar que se recopile información que no es razonablemente pertinente para cumplir la finalidad del tratamiento, lo que supone una limitación para cualquier forma de recopilación que no esté justificada.

Como bien ha ejemplificado Remolina Angarita, Nelson (2013) *“si una organización, por ejemplo está recolectando datos para determinar el perfil académico o profesional de sus empleados o aspirantes, no tiene sentido preguntarles por el nombre de sus hijos, su tipo de sangre, religión, comportamiento sexual, entre otros”* (p.189).

<sup>106</sup> Conforme lo dispone la Ley N° 29733, en la demostración de la obtención del consentimiento, *la carga de la prueba* recae sobre el titular del banco de datos personales o de quien resulte responsable de su tratamiento.

<sup>107</sup> Veleiro, Belén. (2008). p. 61.

<sup>108</sup> Rebollo Delgado, Lucrecia. (2004). p. 147.

En el ámbito internacional, el Principio de Proporcionalidad ha sido recogido en documentos que son referentes de nuestra normativa de protección de datos personales:

- Marco de Privacidad APEC (2004): Limitación de la recolección. La recolección de la información personal deberá ser limitada a aquella información que sea relevante a los propósitos de recolección (núm. 18).
- Directrices de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (2007): Principio de proporcionalidad: solo podrán ser sometidos a tratamiento los datos que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades a las que se refiere el punto anterior.

#### **4.3.5. Principio de Calidad.**

De acuerdo con el artículo 8 la Ley N° 29733, los datos personales que sean materia de alguna de las formas de tratamiento, deberán ser exactos, y en la medida de lo posible, actualizada, necesaria, pertinente y adecuada respecto de la finalidad para la que fueron recopilados.

117

Es necesario tener presente que el principio de calidad es aplicable respecto de la recopilación de los datos personales, como del tratamiento de los mismos.

En el supuesto de la recopilación, debe cumplirse con los requisitos de adecuación, pertinencia, datos no excesivos, finalidades compatibles, explícitas y legítimas.

En el supuesto de tratamiento, el responsable del tratamiento debe tener en cuenta la compatibilidad, la legalidad, la adecuación temporal y el supuesto de cancelación.

Junto a estos dos aspectos está la veracidad, que ayuda a configurar la calidad. Según la veracidad, los datos personales sometidos a cualquier tipo de tratamiento deben ser exactos, conformes con la realidad y puestos al día, de tal modo que respondan ciertamente a la situación actual del titular de los datos personales y de un modo verdadero<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Santos García, Daniel. Ob. cit. p. 62.

Se dará entonces cumplimiento al principio de calidad de los datos personales, cuando al ser estos recopilados o sometidos a tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y las finalidades legítimas, determinadas y explícitas para las que se han obtenido, sean exactos y puestos al día, de modo que respondan a la realidad de la situación actual del afectado, ay siempre que hayan sido obtenidos de un modo lícito<sup>110</sup>.

#### **4.3.6. Principio de Seguridad.**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N° 29733, en todas las formas de tratamiento de datos se deben adoptar las medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de evitar cualquier tratamiento contrario a la normativa que regula la protección de datos personales, como son la adulteración, la pérdida, las desviaciones de información, etc.

#### **4.3.7. Principio de disposición de recurso.**

118 Todo titular de datos personales debe contar con las vías administrativas o jurisdiccionales necesarias para reclamar y hacer valer sus derechos, cuando estos sean vulnerados por el tratamiento de sus datos personales.

#### **4.3.8. Principio de nivel de protección adecuado.**

Para el flujo transfronterizo de datos personales, se debe garantizar un nivel suficiente de protección para los datos personales que se vayan a tratar o, por lo menos, equiparable a lo previsto por esta Ley o por los estándares internacionales en la materia.

### **4.4. Los derechos del titular de los datos personales: "Derechos ARCO"**

La Ley N° 29733 y su Reglamento, han dotado a quienes son titulares de los datos personales de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación, oposición y tratamiento objetivo de datos personales, los mismos que han sido denominados como los Derechos ARCO.

<sup>110</sup> Santos García, Daniel. Ob. cit. p. 63.

Estos derechos configuran uno de los elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de datos reconocido en la Constitución de 1993, en la medida que son la expresión del poder de control de los titulares de los datos personales sobre los datos o información vinculada a éste y que estén sometidos a tratamiento<sup>111</sup>.

El alcance de cada uno de los derechos reconocidos al titular de los datos personales es el siguiente:

#### **4.4.1. Derecho a la información.**

El titular de los datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca, y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o quienes pueden ser destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y el domicilio de su titular y, de ser el caso, del encargado del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles; la transferencia de sus datos personales; las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual se conserven sus datos personales; y la posibilidad de ejercer los derechos que la ley les concede.

119

En caso de que los datos personales sean recogidos en línea a través de redes de comunicaciones electrónicas, las obligaciones pueden satisfacerse mediante la publicación de políticas de privacidad de fácil acceso e identificación.

#### **4.4.2 Derecho al acceso.**

El titular de datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, y expresa de la información relativa a sus datos personales. Los medios para el ejercicio de este derecho pueden ser de distintas formas: visualización en sitio, escrito, fotocopias o facsímil, transmisión electrónica de la respuesta u otros.

---

<sup>111</sup> Almuzara Almailda, Cristina (Coord.). (2007). p. 401.

La información puesta a disposición del titular de los datos personales debe ser amplia y comprender la totalidad del registro que corresponda.

*“El derecho de acceso a los datos constituye, en todas las normas de protección de datos, el pilar de los derechos atribuidos al afectado, al otorgarle un derecho a conocer los datos sometidos a tratamiento y posibilitar su poder de control sobre los datos”<sup>112</sup>.*

#### **4.4.3. Derecho de actualización.**

El derecho del titular de los datos personales, en vía de rectificación, de actualizar los datos personales que han sido modificados a la fecha de ejercicio del derecho.

#### **4.4.4. Derecho de rectificación.**

El derecho del titular de los datos personales a que se modifiquen los datos que resulten inexactos, erróneos o falsos.

#### **4.4.5. Derecho de inclusión.**

El derecho del titular de los datos personales que, en vía de rectificación, sus datos sean incorporados a un banco de datos personales, la información faltante que la hace incompleta.

#### **4.4.6. Derecho de supresión y cancelación.**

Se podrá solicitar la supresión cancelación de sus datos personales cuando estos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad por la que fueron recopilados. Debe tenerse presente que no procede la supresión de los datos que requieran los titulares de los datos personales por razones históricas, estadísticas y científicas.

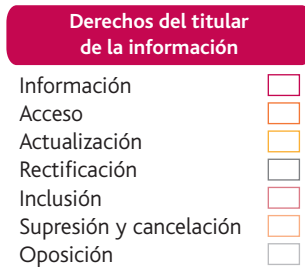
#### **4.4.7. Derecho de Oposición.**

El titular de los datos personales tiene derecho a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos personales o cese en el mismo, cuando no se hubiera prestado el consentimiento.

<sup>112</sup> Coudert, Fanny. p. 409.



Gráfico N° 18



Elaboración: ECP del Indecopi

#### 4.5. Ejercicio de los Derechos ARCO.

En el supuesto de que el titular de los datos personales haga uso del **derecho de acceso** cuando quiera conocer con exactitud los datos personales que tiene el titular o responsable del banco de datos personales, según sea el caso, respecto a él.

Al recibir la solicitud, el titular o encargado del banco de datos personales, según sea el caso, tendrá que analizarla para ver si cumple con todos los requerimientos. En caso afirmativo se procederá a dar a conocer al afectado los datos que tenemos de él, a opción del propio titular de datos personales, a través de los siguientes medios: (i) por escrito, (ii) por medios electrónicos, (iii) vía telefónica, (iv) por imágenes u otro medio idóneo para tal fin<sup>113</sup>.

121

Los datos que se tendrán que dar a conocer al titular de los datos personales son<sup>114</sup>:

- a) La información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos personales.
- b) La forma en que sus datos fueron recopilados.
- c) Las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quien se realizó la recopilación.

<sup>113</sup> De conformidad con el artículo 62° del Reglamento de la Ley N° 29733 de Protección de Datos Personales.

<sup>114</sup> De conformidad con el artículo 19° de la Ley N° 29733 de Protección de Datos Personales.

- d) Las transferencias realizadas de sus datos personales, o las que se prevén hacer de ellos.

Asimismo, y de manera complementaria, resulta pertinente señalar que la información que con ocasión del ejercicio del derecho de acceso se ponga a disposición del titular de los datos personales, debe ser amplia y comprender la totalidad del registro correspondiente al titular de datos personales, aun cuando el requerimiento sólo comprenda un aspecto de dichos datos.

El plazo legal para hacer efectivo el derecho de acceso, es el siguiente:

- Una vez que el titular de los datos personales presenta su solicitud, el titular o responsable del banco de datos realiza una evaluación, y en un plazo no mayor a 20 días debe dar respuesta la solicitud, entregando la información al titular o denegando la misma.
- En el supuesto de la denegatoria o si no se ha recibido ninguna respuesta luego del plazo señalado, el titular de los datos personales puede iniciar el Procedimiento Trilateral de Tutela ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

122

El ejercicio por el titular de los datos personales del **derecho a la actualización, inclusión, rectificación y supresión**, puede producirse cuando estos sean parcial o totalmente inexactos, incompletos, cuando se hubiere advertido omisión, error o falsedad, cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados o cuando se hubiera vencido el plazo establecido para su tratamiento<sup>115</sup>.

Es necesario tener presente que durante el proceso de actualización, inclusión, rectificación o supresión de datos personales el encargado del banco de datos personales dispone su bloqueo, quedando impedido de permitir que terceros accedan a ellos.

Los plazos legales para hacer efectivos los derechos a la actualización, inclusión, rectificación y supresión que se detallan son los siguientes:

---

<sup>115</sup> De conformidad con el artículo 20 de la Ley N° 29733 de Protección de Datos Personales.

- Una vez que el titular de los datos personales presenta su solicitud, el titular o responsable del banco de datos realiza una evaluación, y en un plazo no mayor a 10 días debe dar respuesta la solicitud, estimándola o, en su defecto, denegándola.
- En el supuesto de la denegatoria o si no se ha recibido ninguna respuesta luego del plazo señalado, el titular de los datos personales puede iniciar el Procedimiento Trilateral de Tutela ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

En el supuesto de que el titular de los datos personales ejerza su **derecho a oponerse** a que no se lleve a cabo el tratamiento de los mismos o que dicha actividad cese, cuando no hubiere prestado su consentimiento para su recopilación o por haber sido tomados de fuente de acceso al público.

Es necesario referir que aun cuando hubiera prestado consentimiento, el titular de los datos personales tiene derecho a oponerse al tratamiento de sus datos, si acredita la existencia de motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal que justifiquen el ejercicio de este.

123

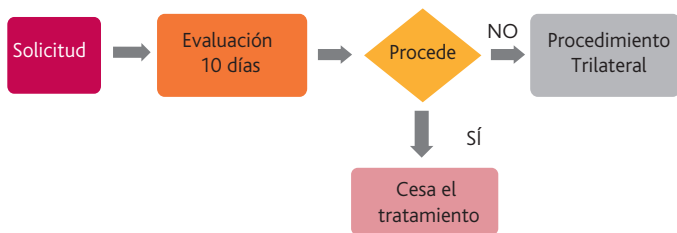
En caso que la oposición resulte justificada el titular del banco de datos personales o responsable de su tratamiento deberá proceder al cese del tratamiento que ha dado lugar a la oposición<sup>116</sup>.

El plazo legal para hacer efectivo el derecho de oposición, es el siguiente:

- Una vez que el titular de los datos personales presenta su solicitud, el titular o responsable del banco de datos realiza una evaluación, y en un plazo no mayor a 10 días debe dar respuesta la solicitud, estimándola o, en su defecto, denegándola.
- En el supuesto de la denegatoria o si no se ha recibido ninguna respuesta luego del plazo señalado, el titular de los datos personales puede iniciar el Procedimiento Trilateral de Tutela ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

<sup>116</sup> De conformidad con el artículo 71° del Reglamento de la Ley N° 29733 de Protección de Datos Personales.

Gráfico N° 19



Elaboración: ECP del Indecopi

#### 4.6. Denegatorio del ejercicio de los Derechos ARCO.

La respuesta total o parcialmente negativa por parte del titular del banco de datos personales o del responsable del tratamiento ante la solicitud para el ejercicio de los derechos descritos hasta aquí, debe estar debidamente justificada y debe señalar el derecho que le asiste al mismo para recurrir ante la Dirección General de Protección de Datos Personales en vía reclamación de conformidad con la Ley y el Reglamento de Protección de Datos Personales.

124

### V. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y LA ACTIVIDAD DE LA GERENCIA DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN (GSF) DEL INDECOPI

#### 5.1. El consentimiento en las actividades de la GSF.

El consentimiento es una de las piezas fundamentales del derecho de protección de datos personales, se ha cimentado para el control y la protección de los titulares de datos personales.

La ley de protección de datos personales, siguiendo un régimen habitual de excepciones que anulan la protección que confiere, establece numerosas excepciones en la fase de recojo de datos para el tratamiento. En este sentido, las administraciones públicas juegan por primera vez un papel importante<sup>117</sup>.

<sup>117</sup> Santos García, Daniel. Ob.Cit. p. 73.

Si bien hemos señalado con anterioridad, que el consentimiento constituye un requisito para el tratamiento de datos personales, la normativa vigente establece determinadas limitaciones al respecto. En efecto, en el presente numeral desarrollaremos los supuestos en los que no se requiere el consentimiento para realizar un tratamiento de los datos personales, y únicamente aquellos que están referidos directamente a las actividades que realiza la GSF del Indecopi:

### ***5.1.1. No se requiere el consentimiento durante el ejercicio de funciones de las entidades públicas.***

Las administraciones públicas disponen de datos de carácter personal de todos los ciudadanos. Son datos necesarios para llevar a cabo la gestión administrativa. La ley de Protección de Datos Personales exceptúa el cumplimiento de algunas obligaciones que los responsables de banco de datos personales privados deben cumplir<sup>118</sup>.

De acuerdo al numeral 1 del artículo 14º de la Ley, cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias, no se requiere el consentimiento del titular del dato personal para los efectos de su tratamiento.

125

La doctrina española, sobre este punto, señala que las administraciones públicas pueden tratar datos sin consentimiento inequívoco del titular de datos personales, cuando se recojan en ejercicio de sus funciones y según sus propias competencias, toda vez que pedir siempre el consentimiento llevaría la Administración a una lentitud en sus procedimientos<sup>119</sup>.

En atención a lo antes expuesto, la GSF es un órgano de línea del Indecopi, que tiene entre sus principales funciones, efectuar acciones de supervisión, fiscalización, verificación de hechos y recopilación de información, a fin de asegurar el cumplimiento de diversas obligaciones legales y contractuales por los agentes económicos, brindando apoyo a diversos órganos del Indecopi.

<sup>118</sup> Santos García, Daniel. Ob.Cit. p. 178.

<sup>119</sup> Santos García, Daniel. Ob.Cit. p. 173.

En ese sentido, de conformidad con la normativa vigente, las acciones de supervisión y/o fiscalización que se sustenten en recopilación o transferencia de datos personales en el ejercicio de las funciones asignadas a la GSF, no requerirán el consentimiento de los titulares de los datos personales para su tratamiento.

Ahora bien, con relación a dicha limitación, debe tenerse presente que la misma aplicará únicamente respecto de aquellos datos personales recopilados o transferidos que se encuentren vinculados directamente con la finalidad de la acción de supervisión y/o fiscalización. En efecto, la GSF podrá recopilar información sobre datos personales sin el consentimiento de los titulares, únicamente si dicha información es idónea y/o guarda relación directa con el objetivo de la acción de supervisión y/o fiscalización.

Ciertamente, tal y como hemos indicado con anterioridad, la finalidad constituye un principio por el cual la GSF, en su calidad de autoridad administrativa, debe especificar el objeto que tendrá el tratamiento de datos personales, lo mismo que deberá ser expresado con claridad y sin lugar a discusión. En consecuencia, implica que, en el marco de una acción de supervisión y/o fiscalización, la GSF no se encuentra facultada a requerir u obtener información que no se encuentre referida estrictamente al objeto de dichas acciones, toda vez que, de lo contrario, deberá obtener el consentimiento del titular del dato personal.

La recopilación de datos tiene que ser dentro del ámbito de competencias de las administraciones públicas, y debe responder a una finalidad establecida, por lo que no podrá recoger datos para otros fines que no sean los que una concreta Administración tiene encomendados<sup>120</sup>.

Al respecto, debe considerarse que en el marco de dichas acciones, la GSF podría encontrarse frente a determinados datos denominados "*sensibles*", los mismos que son definidos por el numeral 6 del artículo 2º del Reglamento, como aquellos datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de la vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden

126

---

<sup>120</sup> Santos García, Daniel. Ob. cit. p. 73.

a la esfera más íntima, información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten la intimidad de la persona.

Con base en lo expuesto, debemos señalar que, según el artículo 14° del Reglamento, para realizar el tratamiento de datos sensibles se requiere que el consentimiento del titular sea otorgado por escrito, a través de su firma manuscrita, firma digital o cualquier otro mecanismo de autenticación que garantice la voluntad inequívoca del titular.

En ese sentido, reiteramos que en el presente caso, resulta de vital importancia que la finalidad de las acciones de supervisión y/o fiscalización de la GSF, se encuentren previa y expresamente delimitadas por la autoridad administrativa, a fin de que las acciones materiales de recopilación o transferencia de datos personales, no requieran el consentimiento del titular del dato personal. Asimismo, en virtud del Principio de Proporcionalidad, la recopilación a la que hacemos referencia, debe ser adecuada, relevante y no excesiva a la finalidad prevista en las acciones de supervisión y/o fiscalización.

Por citar un ejemplo, en el hipotético caso que la GSF pretenda realizar determinadas acciones de supervisión ante diversas compañías de seguros para evaluar el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor en el caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT. En dicho supuesto, la GSF no requerirá el consentimiento para obtener toda aquella documentación que contenga datos personales, siempre que la misma esté referida al objeto de dichas acciones. Sin embargo, la documentación vinculada a los antecedentes (historias clínicas), que contenga datos personales, no puede ser recopilada sin el consentimiento de los titulares de dichos datos, en la medida que la misma no se encuentra referida al objeto de la acción de supervisión.

Finalmente, debe considerarse que, en virtud del artículo 17° de la Ley, el personal supervisor y/o fiscalizador, y en general todos los funcionarios de la GSF del Indecopi que intervengan en cualquier parte del tratamiento de datos personales, están obligados a guardar **confidencialidad** respecto de los mismos y de sus antecedentes. El obligado puede ser eventualmente relevado de la obligación de confidencialidad, sólo si media consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales,

resolución judicial consentida o ejecutoriada, o cuando existan razones fundadas relativas a la defensa nacional, seguridad pública o la sanidad pública, sin perjuicio del derecho a guardar el secreto profesional.

**5.1.2. No se requiere consentimiento del titular de datos personales, cuando éstos estén contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público.**

Según lo establece el artículo 17° del Reglamento, se consideran “fuentes accesibles al público” las siguientes:

- Los medios de comunicación electrónica, óptica y de otra tecnología, siempre que el lugar en el que se encuentren los datos personales esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta general.
- Las guías telefónicas, independientemente del soporte en el que estén a disposición y en los términos de su regulación específica.
- Los diarios y revistas independientemente del soporte en el que estén a disposición y en los términos de su regulación específica.
- Los medios de comunicación social.
- Las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección postal, número telefónico, número de fax, dirección de correo electrónico y aquellos que establezcan su pertenencia al grupo. En el caso de colegios profesionales, podrán indicarse además los siguientes datos de sus miembros: número de colegiatura, fecha de incorporación y situación gremial en relación al ejercicio profesional.
- Los repertorios de jurisprudencia, debidamente anonimizados<sup>121</sup>.
- Los Registros Públicos administrados por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP, así como todo otro registro o banco de datos calificado como público conforme a ley.
- Las entidades de la administración pública, en relación a la información que deba ser entregada en aplicación de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

128

<sup>121</sup> Que se impida la identificación del titular de datos personales.



Conforme lo dispone la glosada norma, debe estarse a que todo dato personal contenido en información administrada por las entidades sujetas a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sea considerado información pública accesible. La evaluación del acceso a datos personales en posesión de entidades de administración pública deberá realizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

Asimismo, debe tenerse presente que el tratamiento de los datos personales obtenidos a través de fuentes de acceso público deberá respetar los principios establecidos en la Ley y el Reglamento.

Por consiguiente, cada vez que la GSF realice actividades de supervisión y/o fiscalización, no requerirá el consentimiento de los titulares de datos personales cuando dicha información esté contenida o destinada a ser contenida en fuentes de acceso al público, como las descritas con anterioridad. Cabe reiterar que las acciones materiales que se ejecuten en el marco de dichas acciones, deberán estar directamente relacionadas con la finalidad prevista y deberán realizarse con la debida proporcionalidad atendiendo a cada caso en particular.

129

### ***5.1.3. No se requiere consentimiento en el caso de información sobre solvencia patrimonial y de crédito.***

De acuerdo al numeral 3 del artículo 14º, no se requerirá el consentimiento del titular de datos personales, cuando se trate de datos personales relativos a la solvencia patrimonial y de crédito, conforme a la normativa aplicable.

Es importante destacar que esta excepción al consentimiento del titular de datos personales, se enmarca necesariamente, para su aplicación, en la ley especial de la materia; razón por la cual, en estricto, su aplicación depende de la lectura conjunta de la Ley de Protección de Datos Personales y de la normativa específica. De esta forma, una vez recopilados los datos personales, en ejercicio de sus funciones, los funcionarios de la GSF, y en general, las autoridades competentes de las entidades públicas, deberán guardar la confidencialidad a la que hicimos referencia con anterioridad, respecto de los datos personales que sean tratados y que estén referidos a la solvencia patrimonial y/o de crédito de las personas naturales.

#### **5.1.4. No se requiere consentimiento en la interoperabilidad entre entidades públicas.**

De acuerdo al artículo 11° del Reglamento, no se requerirá el consentimiento del titular de los datos personales, en caso resulte imprescindible realizar dicho tratamiento para ejecutar la *"interoperabilidad"* entre las entidades públicas. Dicho concepto se encuentra vinculado al esquema de *"colaboración entre entidades"* previsto en el artículo 76° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), según el cual, las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia otorgada por ley.

La doctrina extranjera sostiene que en este caso opera una excepción al consentimiento de los afectados cuando una administración pública obtenga o elabore datos con destino a otra. La obtención por parte de la administración que cede los datos se puede concretar en una obtención específica o una elaboración de datos<sup>122</sup>.

130

En virtud de dicha actividad de colaboración, las entidades debe proporcionar los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, observando las disposiciones en materia de protección de datos personales previstas en la Ley y el Reglamento, para lo cual se recurrirá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares.

Sobre la base de lo anterior, la GSF del Indecopi puede proporcionar y recibir datos personales de otras entidades públicas, sin el consentimiento de los titulares, siempre que dicho intercambio se encuentre directamente relacionado a la finalidad de la acción de supervisión y/o fiscalización, y respetando la debida proporcionalidad en las medidas adoptadas.

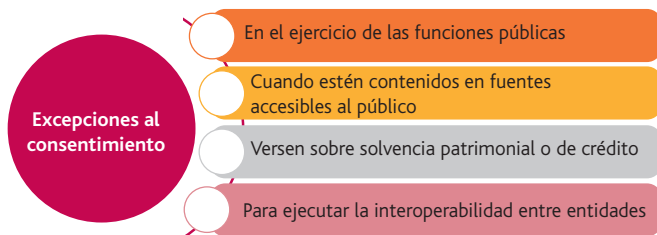
Nótese que la finalidad *"acción de supervisión y/o fiscalización"* es el aspecto determinante en virtud del cual se considera legal, la transferencia de datos entre entidades públicas.

---

<sup>122</sup> Santos García, Daniel. Ob.cit. p. 179.

Ahora bien, los funcionarios de la GSF, y en general, las autoridades competentes de las entidades públicas, deberán guardar la confidencialidad a la que hicimos referencia con anterioridad, respecto de los datos personales que sean tratados en el ejercicio de sus funciones.

Gráfico N° 20



Elaboración: ECP del Indecopi

## 5.2. Aspectos de seguridad en el tratamiento de datos personales.

131

La protección y la seguridad de los datos personales es uno de los aspectos más importantes de la normativa de Protección de Datos Personales y esto queda reflejado en que aparte de los artículos contenidos en la Ley y en su Reglamento de desarrollo se ha aprobado una directiva de seguridad específica para su aplicación.

La Ley establece el Principio de Seguridad como uno de los principios rectores, así en su artículo 9 especifica que *“El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate.”*

El Reglamento de desarrollo en su artículo 10 especifica que *“En atención al principio de seguridad, en el tratamiento de los datos personales deben adoptarse las medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de evitar cualquier tratamiento contrario a la Ley o al presente reglamento, incluyéndose en ellos a la adulteración, la pérdida, las*

*desviaciones de información, intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado”.*

Los dos artículos anteriores reflejan la obligatoriedad, del titular del banco de datos, a adoptar todas las medidas de seguridad necesarias para proteger los datos personales en los aspectos legales, organizativos y técnicos.

El Reglamento en el Capítulo V del Título III, hace referencia a algunas medidas de seguridad a adoptar en el tratamiento de los datos personales que pueden quedar resumidas en el primer apartado del artículo 40, que especifica lo siguiente *“Los ambientes en los que se procese, almacene o transmita la información deberán ser implementados, con controles de seguridad apropiados, tomando como referencia las recomendaciones de seguridad física y ambiental recomendados en la “NTP ISO/IEC 17799 EDI. Tecnología de la Información. Código de Buenas Prácticas para la Gestión de Seguridad de la Información” en la edición que se encuentre vigente.”.*

132

Es en la Directiva de Seguridad de la Información, donde se detallan específicamente las medidas de seguridad a aplicar en el tratamiento de los datos personales.

La Directiva de Seguridad de la Información tiene varios objetivos. Un objetivo general que especifica lo siguiente *“Garantizar la seguridad de los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales, mediante medidas de seguridad que protejan a los bancos de datos personales, en conformidad con la Ley N° 29733 y su reglamento.”.*

Y unos objetivos específicos, a cumplir por el titular del banco de datos personales, que se resumen en:

brindar lineamientos para determinar las condiciones de seguridad en el tratamiento de datos personales; brindar lineamientos para determinar las medidas organizativas; brindar lineamientos para determinar las medidas legales; brindar lineamientos para determinar medidas técnicas; brindar lineamientos para determinar las medidas de seguridad que resulten apropiadas, en función a las características de cada caso concreto, a partir de

considerar criterios de diferenciación basados en las características del tratamiento de datos personales que se vaya a efectuar y en las características de datos personales que se tratan.

Los contenidos de la Directiva de Seguridad de la Información los podríamos resumir a grandes rasgos en los puntos siguientes:

- Clasificar los datos personales, según el contenido, la cantidad, el tipo de dato, el periodo, la titularidad, la localización y el tipo de tratamiento, en cinco categorías: básico, simple, intermedio, complejo y crítico.
- Definir un Marco legal apropiado (leyes, reglamentos, o similares).
- Tener conocimiento y conciencia sobre la importancia de la protección de los datos personales.
- Compromiso del titular del banco de datos personales para brindar los recursos y dirección en la protección de los datos personales.
- Determinar y dar a conocer una Política de protección de datos personales: Una declaración breve y directa que demuestre el compromiso institucional y el involucramiento de sus autoridades con la protección de los datos personales en el tratamiento que se dé a los datos contenidos en el banco de datos personales bajo su titularidad.
- Desarrollar y mantener actualizado un documento de compromiso de confidencialidad en el tratamiento de datos personales, aplicable al personal relacionado con el tratamiento de datos personales.
- Comprender el contexto institucional en el tratamiento y protección de los datos personales (Contexto organizativo, tecnológico, jurídico, legal, contractual, regulatorio, físico, etc.).
- Realizar un enfoque de gestión del riesgo de los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en los bancos de datos personales.
- Adecuación de los procesos del negocio involucrados en el tratamiento de datos personales a los requisitos establecidos en la normativa vigente de protección de datos.
- Adecuación de los sistemas de gestión u aplicaciones existentes que intervengan en el tratamiento de datos personales, conforme a la normativa vigente de protección de datos.
- Desarrollar procedimientos documentados adecuados para el tratamiento de datos personales.

- Mantener la gobernabilidad completa de los procesos involucrados en el tratamiento de los datos personales, es decir conocer los procesos y procedimientos y tener control de las decisiones sobre los procesos involucrados en el tratamiento de datos personales cuando estos sean tercerizados o no.
- Alineamiento a los requisitos según NTP-ISO/IEC 27001 o ISO/IEC 27001 en su edición vigente, incorporando dentro del alcance del SGSI los bancos de datos personales.
- Desarrollar y mantener un documento maestro de seguridad de la información del banco de datos personales.
- Desarrollar una estructura organizacional roles y responsabilidades de acuerdo a la proporcionalidad de los datos a proteger.
- Determinar claramente las responsabilidades y roles organizacionales apropiados con la suficiente autoridad y recursos para liderar y hacer cumplir la política de seguridad para la protección de datos personales.
- Designar un responsable de seguridad del banco de datos personales, quien coordinará en la institución la aplicación de la presente directiva. El rol de responsable de seguridad del banco de datos personales debe asignarse a una persona que tenga las capacidades y autoridad necesaria para el desarrollo de sus funciones.
- Revisar periódicamente la efectividad de las medidas de seguridad adoptadas y registrar dicha verificación en un documento adjunto al banco de datos personales.
- Desarrollar un procedimiento de auditoría respecto de las medidas de seguridad implementadas, teniendo como mínimo una auditoría anual.
- Desarrollar un programa de creación de conciencia y entrenamiento en materia de Protección de Datos Personales.

### **5.3. Consecuencias jurídicas por el tratamiento inadecuado de datos personales.**

Es necesario que la información proporcionada al titular de los datos personales especifique el tratamiento y la finalidad o finalidades para las que se recaban los datos. De lo contrario, según lo establece el artículo 39° de la Ley, se podrá imponer sanciones disciplinarias sobre el personal de las entidades públicas, en caso se realice un tratamiento

inadecuado de los datos personales, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios<sup>123</sup> y de las sanciones penales a que hubiere lugar. En dicho supuesto, la sanción disciplinaria será impuesta por el órgano interno del Indecopi que resulte competente para dichos efectos.

Las disposiciones sobre la Responsabilidad de la Administración Pública y del personal, se encuentran previstas con carácter general en el Título V de la LPAG. De conformidad con el numeral 9 del artículo 239° de la referida norma, las autoridades y personal al servicio de las entidades públicas, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurrir en **falta administrativa** y por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente con amonestación, suspensión, cese o destitución, atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de incurrir en **ilegalidad manifiesta**.

En ese sentido, en el supuesto que el personal de la GSF o las autoridades competentes de dicho órgano, realicen un tratamiento inadecuado de los datos personales en el ejercicio de sus funciones, o contravengan las disposiciones de la Ley o su Reglamento, serán pasibles de ser sancionados administrativamente, sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan y de las indemnizaciones por daños y perjuicios que resulten pertinentes.

135

## VI. CONCLUSIONES

1. La supervisión y/o fiscalización son potestades cuyo énfasis se encuentra en el carácter preventivo, en perjuicio del represivo, por lo que se les considera actividad administrativa de limitación del derecho.
2. Los principios vinculados con el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales o de autodeterminación, no se trata meras enunciaciones teóricas o elucubraciones retóricas sin uso práctico, sino de reglas materiales concebidas para desarrollar y asegurar la consecución de los fines de las normas sobre tratamiento de datos personales.

<sup>123</sup> Artículo 25° de la Ley.

3. Si bien el consentimiento es una de las piezas fundamentales del derecho de protección de datos personales porque cimienta el control y la protección de los titulares de datos personales, la GSF podrá recopilar información sobre datos personales sin el consentimiento de los titulares, únicamente si dicha información es idónea y/o guarda relación directa con el objetivo de la acción de supervisión y/o fiscalización, de lo contrario, deberá obtener el consentimiento del titular del dato personal.
4. En el supuesto de que la GSF realice actividades de supervisión y/o fiscalización, no requerirá el consentimiento de los titulares de datos personales cuando dicha información esté contenida o destinada a ser contenida en fuentes de acceso al público. La referida limitación al consentimiento también es aplicable en el caso de datos personales relativos a la solvencia patrimonial y de crédito, conforme a la normativa aplicable.
5. La GSF del Indecopi puede proporcionar y recibir datos personales de otras entidades públicas, sin el consentimiento de los titulares, siempre que dicho intercambio se encuentre directamente relacionado a la finalidad de la acción de supervisión y/o fiscalización, y respetando la debida proporcionalidad en las medidas adoptadas.

136

## VII. REFERENCIAS

### Publicaciones

- Almuzara Almáida, Cristina. (2007) (Coord.). Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal. Valladolid: Lex Nova.
- Bermejo Vera, José. (1998). "La Administración inspectora", en *Revista de Administración Pública* No. 147, Setiembre-Diciembre, 1998.
- Coudert, Fanny. (2007). Ejercicio de derechos. En: *Estudio Práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. Valladolid: Lex – Nova
- Del Castillo Vasquez, Isabel-Cecilia. (2007). *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas*. Madrid: Thomson-Civitas.
- García Ureta, Agustín. (2006) La potestad inspectora de las administraciones públicas. Madrid – Barcelona: Ed. Marcial Pons.
- Magide Herrero, Mariano. (2000). Límites constitucionales de las Administraciones independientes. Madrid: Ed. INAP.



- Rebollo Delgado, Lucrecia. (2004). *Derechos Fundamentales y Protección de Datos*. Madrid: Dykinson.
- Remolina Angarita, Nelson. (2013). *Tratamiento de datos personales*. Bogotá: Legis.
- Sanchez Moron. (2011). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Santos García, Daniel. (2012). *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento*. Madrid: Tecnos.
- Veleiro, Belén. (2008). *Protección de Datos de Carácter Personal y Sociedad de la Información*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

### **Normas legales**

Ley 29733.

D.S. 003-2013-JUS.

### **Internet**

García Marcos, José, "Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental", en *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. Disponible en: <http://huesoedes.cica.es/aliens/gimadus>.

### **LISTADO DE ACRÓNIMOS**

GSF	Gerencia de Supervisión y Fiscalización.	137
Indecopi	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	
LPAG	Ley de Procedimiento Administrativo General	
SOAT	Seguro obligatorio de accidentes de tránsito	

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  
JULIO 2014 LIMA - PERÚ



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