

# El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?

Hugo Gómez Apac\*

## SUMILLA

Mediante el Procedimiento Trilateral la autoridad administrativa resuelve un conflicto entre dos o más administrados como si fuera un juez, por lo que debe actuar con independencia y neutralidad. Diez años antes de la Ley del Procedimiento Administrativo General se diseñaron estructuras procedimentales de contenido trilateral y sancionador en el ámbito de la Defensa de la Competencia y la Protección del Consumidor. En el Procedimiento Trilateral Sancionador conviven de manera dinámica y simbiótica dos relaciones jurídicas: una bilateral de carácter sancionador y la otra trilateral; lo que origina la aplicación especial de instituciones jurídicas propias de ambos procedimientos. La legislación ha reconocido a favor de la autoridad, que tramita los Procedimientos Trilaterales, facultades similares a las ejercidas por las autoridades jurisdiccionales, y ha sido el Tribunal Constitucional quien ha reconocido a favor de dichas autoridades una prerrogativa prácticamente jurisdiccional, que es el control difuso administrativo (control constitucional desconcentrado de normas con rango de Ley).

## I. Introducción

El 11 de octubre de 2011 se cumplen diez años de vigencia de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la **LPAG**), publicada el 11 de abril de 2001, norma que marca un hito en la modernización del derecho administrativo peruano. La LPAG recoge todos aquellos cambios que le dieron un nuevo rostro a la Administración Pública, ya no vista como una entelequia lenta, obstruccionista, impredecible y costosa, sino más bien ágil y dinámica, respetuosa de los derechos fundamentales y cuya actuación busca seguridad jurídica, predictibilidad y menores costos para los ciudadanos.

Durante la década de 1990 de la centuria pasada, diferentes instituciones del derecho administrativo nacieron, crecieron o mutaron al ritmo que marcaba el proceso de reforma del Estado que se dio en el país. Apostar por las privatizaciones, la promoción de la inversión privada, la desregulación, la liberalización de los mercados, la apertura comercial, la desmonopolización y concesión de los servicios públicos, entre otras acciones, implicaba también reducir los costos de transacción generados

por la actuación estatal y adoptar posturas nuevas respecto de la solución de los conflictos que se darían en el mercado, escenario donde la regla de juego sería la libre y leal competencia y donde los árbitros serían entidades administrativas -y no el Poder Judicial, quien conservaría el rol de controlador de la actuación administrativa- con nuevas facultades y mayor autonomía. El proceso de simplificación administrativa fue clave en dicho cambio; en los noventa se consolidaron las reglas vinculadas al procedimiento de aprobación automática, el silencio administrativo, el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), la presunción de veracidad, la fiscalización *ex post*, entre otras instituciones medulares del régimen de simplificación administrativa.

Estos nuevos árbitros -el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, vale decir el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)<sup>1</sup>, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

\* Abogado. Profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Es miembro de la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. En esta entidad ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia. Ha sido profesor de Derecho Administrativo I en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Ahora llamado Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

(OSITRAN) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)- iban a resolver conflictos entre empresas, entre consumidores y empresas, entre empresas prestadoras de servicios públicos y entre estas y los usuarios, por lo que necesitaban un instrumento procedimental que permitiera solucionar dichos conflictos en la vía administrativa, y ese instrumento es el Procedimiento Trilateral, el procedimiento especial regulado en el Capítulo I del Título IV de la LPAG.

El presente artículo busca explicar la naturaleza y alcances del Procedimiento Trilateral, demostrar que las estructuras procedimentales diseñadas en 1991 en los ámbitos de Defensa de la Competencia y Protección al Consumidor recogen procedimientos sancionadores trilaterales (precursores de la estructura procedimental prevista en la LPAG para el Procedimiento Trilateral), resaltar el rol del Procedimiento Trilateral como instrumento que ha permitido “desjudicializar” el esquema institucional de resolución de los conflictos entre los actores que participan en el mercado (incluyendo al Estado), mencionar los rasgos distintivos del Procedimiento Trilateral sancionador y evidenciar que en el Procedimiento Trilateral -sancionador o no- la autoridad administrativa ejerce facultades similares -y en algunos casos idénticas- a las ejercidas por las autoridades jurisdiccionales.

## II. Definición del Procedimiento Trilateral

La LPAG define al Procedimiento Trilateral como el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante un órgano administrativo<sup>2</sup>.

Con el nombre de procedimiento triangular, Ramón Parada lo define así:

“El procedimiento triangular es aquel en el que, como en el proceso civil, el órgano administrativo se sitúa en una posición de independencia e imparcialidad frente a dos o más administrados

con intereses contrapuestos (‘la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida’)<sup>3</sup>.”

En el Procedimiento Trilateral un órgano de la Administración Pública -colegiado o unipersonal- resuelve un conflicto de intereses entre dos o más administrados. El órgano administrativo actúa como un juez al resolver la contención, por lo que debe actuar con independencia e imparcialidad. Las partes en contención son “administrados”, en principio privados (personas naturales o jurídicas), pero también entidades de la Administración Pública en condición de administrados en la relación jurídico-procedimental, es decir, en igualdad procesal que la otra parte.

Lo que define al Procedimiento Trilateral no es que en él hay tres partes involucradas (la Administración y dos administrados en contención<sup>4</sup>), lo que es un asunto secundario, sino la independencia e imparcialidad de la autoridad que resuelve el conflicto y la naturaleza del conflicto suscitado entre los dos administrados, que es un conflicto intersubjetivo que podría ser resuelto en el Poder Judicial. Esas son las notas distintivas del Procedimiento Trilateral. Este procedimiento sirve para resolver conflictos que podrían ser resueltos por una autoridad jurisdiccional pero que el legislador ha decidido otorgarle competencia primaria a una autoridad administrativa para que ella actúe como si fuera una autoridad jurisdiccional, sólo que en sede administrativa, por tanto no exactamente con los mismos poderes y privilegios que un juez, aunque sí con independencia<sup>5</sup> y mayores prerrogativas (como se irá viendo más adelante) que las atribuidas a una autoridad administrativa que resuelve los clásicos procedimientos bilaterales.

Los asuntos que son materia de competencia de la autoridad administrativa en un Procedimiento Trilateral son aquellos:

<sup>2</sup> Numeral 219.1 del artículo 219° de la LPAG.

<sup>3</sup> PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I - Parte General, decimotercera edición, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2010, p. 202.

<sup>4</sup> Por eso también llamado procedimiento triangular.

<sup>5</sup> Como dice Adolfo Merkl:

“...tampoco la autoridad administrativa se convierte en tribunal ni su función en justicia, por que resuelva las cuestiones administrativas, según las reglas de la ley procesal civil; los asuntos penales administrativos, según la Ley de enjuiciamiento criminal, porque la justicia no llega a ser tal en virtud de la función y del procedimiento, sino en virtud, solamente, del órgano que la administra. Sólo cuando un órgano, y además órgano ejecutivo, se halle adornado con independencia judicial para todas o ciertas facultades suyas, posee el carácter del tribunal y comunica este carácter judicial a los actos que le competan en calidad de tal órgano independiente y en nuestro caso, si se trata de asuntos administrativos, participarán del carácter de justicia administrativa, aunque esos asuntos no sean verdaderas contiendas administrativas y aunque el procedimiento se halle lejos de alcanzar la forma judicial...”

(MERKL, Adolfo. “Teoría General del Derecho Administrativo”. Editorial Comares, S.L., Granada, 2004, p. 476).

- (i) Que fueron extraídos del ámbito del Poder Judicial (v.g. los procedimientos concursales<sup>6</sup>);
- (ii) Que ofrecen una vía de solución de conflictos alternativa al Poder Judicial (v.g. los procedimientos de protección al consumidor<sup>7</sup>);
- (iii) Que ofrecían inicialmente mecanismos de tutela judicial y administrativo, pero luego se optó por canalizar la solución de las controversias únicamente en la vía administrativa (v.g. los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas<sup>8</sup>);
- (iv) En los que desde un inicio se apostó por la vía administrativa como instancia inicial de solución de conflictos ante los nuevos escenarios post-reforma del Estado (v.g. procedimientos sobre interconexión de redes<sup>9</sup> o los procedimientos para la determinación de importaciones con precios de dumping o subsidiados<sup>10</sup>).
- (v) Que combinan con distintas intensidades los aspectos antes mencionados (v.g. los procedimientos de control de barreras burocráticas<sup>11</sup>).

<sup>6</sup> La Ley N° 7566 (llamada Ley de Quiebra) de 1932 regulaba el juicio de quiebra, el cual se iniciaba a solicitud del deudor, por uno o varios acreedores o por el Ministerio Público (en caso de ocultación o fuga del deudor). Esta Ley establecía la información que debía presentar el deudor para que se le declarara en quiebra y regulaba el apersonamiento de los acreedores para que presenten los títulos justificativos de sus créditos, la fijación de la fecha de cesación de pagos, los efectos del auto que declaraba la quiebra, el Procedimiento de Verificación de Créditos, la Junta de Acreedores, el orden de prelación del pago de créditos, los derechos y deberes de los Síndicos, el Procedimiento de Administración de la Quiebra, el Procedimiento de Liquidación de la Quiebra, etc. Todos estos procedimientos se tramitaban en el Poder Judicial.

Dicha situación cambió con la dación del Decreto Ley N° 26116 - Ley de Reestructuración Empresarial, publicada el 30 de diciembre de 1992, que estableció las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de las empresas. Con esta Ley, los procedimientos concursales se desjudicializaron y pasaron a la vía administrativa. Se otorgó competencia a la entonces Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado de INDECOPI para tramitar los procedimientos administrativos de declaración de insolvencia y de reconocimiento de créditos. Esta autoridad administrativa era la encargada de supervisar la junta de acreedores, la reestructuración de las empresas o su disolución y liquidación extrajudicial. No todo se "administrativizó", la declaratoria de la quiebra permaneció en el ámbito judicial, ante el Juez Especializado en lo Civil de turno.

<sup>7</sup> Si bien con la dación del Decreto Legislativo N° 716 - Ley de Protección al Consumidor, publicado el 09 de noviembre de 1991, se introduce en el ordenamiento peruano un marco legal de protección de los consumidores, estos no se encontraban desamparados a dicha fecha. Los consumidores podían -y lo pueden hacer hasta hoy- acudir al Poder Judicial para obtener tutela a través de instituciones jurídicas contempladas en el Código Civil, como la anulación del acto jurídico por vicio en la voluntad resultante de error (artículo 221°, numeral 2), las reglas sobre imputación de pago (artículo 1259°), el pago indebido (artículo 1267° y ss.), la invalidez de determinadas estipulaciones contenidas en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (artículo 1398°), la resolución del contrato por incumplimiento de la prestación (artículo 1428°), el saneamiento de vicios ocultos (artículo 1503° y ss.), etc. También al arbitraje ha sido -y lo es- un mecanismo alternativo de solución de controversias entre consumidores y proveedores, potenciado en la actualidad a través del Arbitraje de Consumo regulado en la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

<sup>8</sup> En 1991, la tutela de la libre competencia se manifestaba en el ámbito penal con la tipificación del delito de abuso de poder económico en el artículo 232° del Código Penal (que reprimía con pena privativa de libertad el abuso de la posición monopólica u oligopólica en el mercado, así como la participación en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia), aprobado por Decreto Legislativo N° 635 (publicado el 08 de abril de 1991), y adicionalmente en el ámbito administrativo a través del Decreto Legislativo N° 701 - Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (publicado el 07 de noviembre de 1991). Sin embargo, con la dación del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas (publicado el 25 junio 2008), se despenaliza la sanción de las conductas anticompetitivas, quedando el ámbito administrativo como el único fuero de corrección de estas conductas.

<sup>9</sup> Con la privatización de los servicios públicos se introdujo en el ordenamiento nacional la llamada regulación económica de los servicios públicos, la cual contempla figuras jurídicas novedosas como la interconexión de redes, los mandatos de acceso a facilidades esenciales y los cargos por dichos accesos, etc. Así, por ejemplo, OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con la interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo referido a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones; el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos; entre otros temas (Ver: Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-OSIPTEL que aprobó el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, publicado el 21 de abril de 2002).

<sup>10</sup> Mediante Decreto Supremo N° 133-91-EF, publicado el 13 de junio de 1991, se establecieron normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el dumping y los subsidios (actualmente esta norma se aplica respecto de las prácticas de dumping provenientes de países que no forman parte de la Organización Mundial del Comercio - OMC). Tres años después, mediante Resolución Legislativa N° 26407, publicada el 18 de diciembre de 1994 y vigente desde el 01 de enero de 1995, el Perú se adhirió al "Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay" suscrita en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. Dentro de los citados Acuerdos Comerciales Multilaterales se encuentran el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (llamado "Acuerdo Antidumping"), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Agricultura. Mediante Decreto Supremo N° 043-97-EF, publicado el 29 de abril de 1997, se reglamentaron las normas previstas en el "Acuerdo Antidumping", el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias" y el "Acuerdo sobre Agricultura", con el fin de prevenir y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el dumping y las subvenciones. El Decreto Supremo N° 043-97-EF fue sustituido por el Decreto Supremo N° 006-2003-PCM (publicado el 11 de enero de 2003), modificado por el Decreto Supremo N° 004-2009-PCM (publicado el 20 de enero de 2009).

<sup>11</sup> La actuación de los órganos administrativos está sometida a diferentes tipos de control. En sede administrativa, el control opera a pedido de los administrados perjudicados por la actuación administrativa, a instancia de la entidad pública que emitió el acto, por intervención del Sistema Nacional de Control o mediante los órganos con competencia en materia de

En los cuatro casos mencionados, la intervención del Poder Judicial es de un controlador *ex-post* (a través del Proceso Contencioso Administrativo) de las decisiones administrativas que causan estado, es decir, luego de agotada la vía administrativa.

El Procedimiento Trilateral ha permitido “desjudicializar” las controversias entre privados en asuntos de defensa de la libre y leal Competencia, la tutela de los consumidores, la protección de la Propiedad Intelectual, la regulación de servicios públicos, el sistema privado de pensiones y determinados ámbitos del mercado de valores. En palabras de Ramón Parada:

“La potestad arbitral crece en la actualidad a caballo de las nuevas formas de regulación sobre los tradicionales servicios públicos, antes en régimen de monopolio, y abiertos ahora a la libre competencia entre varios operadores o concesionarios, como ocurre en el sector de las

telecomunicaciones o de la energía, y, en general, es una herramienta capital de intervención para todas las llamadas administraciones independientes, como el Tribunal de Defensa de la Competencia, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, obligados a dirimir graves conflictos económicos entre sociedades y entre estas y sus socios...”<sup>12</sup>.

En nuestro país tramitan Procedimientos Trilaterales las Comisiones y Salas del Tribunal de INDECOPI, los cuerpos colegiados y Tribunales de los Organismos Reguladores (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN), el Tribunal Administrativo de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV<sup>13</sup>), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) cuando resuelve las controversias entre las empresas administradoras privadas de fondos de pensiones y sus consumidores afiliados<sup>14</sup>, etc.

régimen disciplinario y ética pública. Los administrados pueden plantear los llamados recursos administrativos (reconsideración, apelación y revisión) para solicitar la declaración de nulidad o la revocación de aquellos actos administrativos que les son lesivos. La Administración puede declarar de oficio la nulidad de sus propios actos administrativos si estos además agravan el interés público. La Contraloría General de la República, los Órganos de Control Institucional y los Auditores Externos controlan la legalidad de la actividad administrativa. Y los funcionarios y servidores públicos pueden ser procesados y sancionados por la comisión de infracciones disciplinarias o éticas.

En sede jurisdiccional, el control por excelencia está a cargo del Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo, ante el cual se pueden impugnar actos administrativos; el Silencio Administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública; la actuación material; las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente de la Administración; y, en vía subsidiaria, las actuaciones u omisiones de la Administración sobre la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la Administración. El proceso contencioso administrativo no es el único instrumento de control jurisdiccional; los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y la acción de cumplimiento se erigen como mecanismos de protección constitucional de derechos fundamentales frente a la actividad o inactividad administrativa. Adicionalmente, la Acción Popular posibilita el control judicial de los reglamentos administrativos.

Aunado a lo anterior existe, desde 1992, un control especial sobre las barreras burocráticas ilegales o irrazonables. Este control protege a los agentes económicos de los sobrecostos que impone la Administración Pública, eliminando las barreras burocráticas ilegales o irrazonables que limitan o restringen el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. La finalidad pública del control de las barreras burocráticas no es sólo la protección de derechos fundamentales como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, sino también el procurar que en los mercados haya competencia efectiva (presión competitiva).

El control de las barreras burocráticas aparece con el Decreto Ley N° 26116, ya antes mencionado (nota a pie de página 6), cuya Segunda Disposición Complementaria creó a la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado. Su Tercera Disposición Complementaria estableció que dicha Comisión tenía por objeto supervisar que no se impusieran barreras burocráticas que impidieran u obstaculizaran el acceso o salida de las empresas de la actividad económica, velando por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa contenidas en el Título IV del Decreto Legislativo N° 757 (publicado el 13 de noviembre de 1991) Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. El Título IV del Decreto Legislativo N° 757, denominado “De la Seguridad Jurídica de las Inversiones en Materia Administrativa”, contenía normas de simplificación administrativa, como las referidas al régimen del TUPA, el procedimiento de aprobación automática, el silencio administrativo positivo y negativo, la presentación de copias simples en lugar de originales, la regla de que el monto de los derechos de tramitación no podrá exceder del costo real del servicio, entre otros.

El primer TUPA de INDECOPI se aprobó por Decreto Supremo N° 009-93-ITINCI, publicado el 05 de junio de 1993. Su Anexo, publicado el 29 de ese mes, recogía los procedimientos a cargo de la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, siendo uno de ellos el procedimiento para la eliminación de barreras burocráticas que obstaculicen el acceso de las empresas en la actividad económica (simplificación administrativa). El monto por derecho a trámite ascendía a una Unidad Impositiva Tributaria, y se mencionaba expresamente que el interesado podía solicitar la eliminación de la barrera burocrática.

<sup>12</sup> PARADA, Ramón. Ob. Cit., p. 500.

<sup>13</sup> Mediante la Ley N° 29782 - Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, publicada el 28 de julio de 2011, se ha reemplazado a la CONASEV por la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). La Cuarta Disposición Complementaria Final de esta ley establece que, de conformidad con la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, y siempre que los comitentes o partícipes ostenten la condición de consumidores finales, INDECOPI conoce las denuncias de estos contra sus Sociedades Agentes de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos o Fondos de Inversión y Empresas Administradoras de Fondos Colectivos.

<sup>14</sup> Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.- DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES.-

Hablar de procedimientos trilaterales implica diferenciarlos de los bilaterales, en los que Administración actúa como juez y parte, lo que ocurre en los procedimientos sancionadores puros; los procedimientos de habilitación conducentes al otorgamiento de permisos, licencias o autorizaciones; los procedimientos registrales; procedimientos tributarios, etc. En estos procedimientos el administrado se dirige a la autoridad administrativa a solicitar algo de ella o esta se dirige al administrado con una intención específica, por lo general en ejercicio de potestades de fiscalización, protegiendo el interés público. A diferencia de ello, en los procedimientos trilaterales la Administración actúa no sólo como gestora del interés público, sino también como árbitro entre intereses privados en conflicto, por lo que tiene que actuar con imparcialidad<sup>15</sup>.

En los procedimientos trilaterales, la Administración es juez, nunca parte. Ahora bien, debe precisarse que su rol no es exactamente igual a la de un juez director de un proceso civil, el cual siempre se mantiene distante y deja que la actividad probatoria esté en manos de las partes (demandante y demandado). En el Procedimiento Trilateral la autoridad administrativa es un juez con capacidad para actuar pruebas de oficio, consecuencia de la aplicación del principio de verdad material

(diferente a la verdad formal de los procesos civiles) y debido a la necesidad de salvaguardar el interés público involucrado. Eso es lo particular del Procedimiento Trilateral. En él se aplican tanto instituciones del derecho administrativo como las de la teoría general del proceso, en algunos casos las instituciones del proceso civil, y en otras las del proceso penal. Cuándo aplicar unas, cuándo aplicar otras, dependerá del tipo de Procedimiento Trilateral. Hay Procedimientos Trilaterales en los que el interés privado y el interés público juegan un rol casi simétrico (v.g. el procedimiento de reconocimiento de créditos), mientras que en otras el interés público es el predominante (v.g. el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas). Las intensidades varían, y este fenómeno origina la aplicación y modulación de las instituciones involucradas, tales como la forma de inicio del procedimiento, el principio de congruencia procesal, el silencio administrativo, la rebeldía, la prescripción, etc.

### III. Diseño del Procedimiento Trilateral

La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación se llama “reclamante” y cualquiera de los emplazados se denomina “reclamado”<sup>16</sup>. Tanto reclamante

“SEGUNDA.- Competencia en servicios de administración de fondos de pensiones

De acuerdo con lo establecido en su Ley y las normas reglamentarias que emita sobre el particular, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones resuelve en forma exclusiva las controversias de los consumidores afiliados a una administradora privada de fondos de pensiones o empresa de seguros en productos o mercados relacionados al Sistema Privado de Pensiones y vinculadas a los temas detallados en los títulos IV, V y VII del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y normas complementarias, que puedan constituir infracciones a las disposiciones del presente Código o a las normas complementarias en materia de protección al consumidor.

A dichos efectos, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones puede imponer medidas cautelares y disponer la aplicación de las medidas correctivas reparadoras y complementarias detalladas en el presente Código. El Indecopi es competente para conocer los demás casos de controversias de los consumidores afiliados a una administradora privada de fondos de pensiones o empresa de seguros en productos o mercados relacionados al Sistema Privado de Pensiones que puedan constituir infracciones a las disposiciones del presente Código o a las normas complementarias en materia de protección al consumidor, conforme a lo dispuesto en el capítulo III del título V. Para estos efectos, en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados ante el Indecopi, para cuya resolución se requiera interpretar los alcances de las normas que rigen el Sistema Privado de Pensiones o pronunciarse sobre materias que versan sobre la operatividad del Sistema Privado de Pensiones, el órgano funcional competente de INDECOPI a cargo del procedimiento en primera instancia debe contar con la opinión escrita de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones antes de emitir su decisión final.”

<sup>15</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández lo explican del siguiente modo:

“Normalmente, el procedimiento administrativo enfrenta a la Administración con uno o varios administrados (...) Puede ocurrir, sin embargo, y así sucede con frecuencia, que la posición de los administrados sea contrapuesta y que la Administración se presente, en consecuencia, en el procedimiento no sólo como gestora del interés público, sino también, de alguna manera, como árbitro entre los intereses contradictorios de los particulares. En estos casos (...) el procedimiento administrativo tiende a semejarse más al proceso y la Administración al Juez o Tribunal. Ello da lugar a algunas importantes peculiaridades, no bien resueltas muchas de ellas, que separan a estos procedimientos de matiz arbitral de todos los demás.  
(...)”

En muchos casos, como hemos apuntado más atrás, la Administración actúa como árbitro entre partes privadas (...el concesionario de un servicio público y los usuarios del mismo, el fabricante o comerciante y los consumidores y usuarios, etc.), posición arbitral que la obliga a acentuar su neutralidad en el procedimiento.”

(GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Versión Latinoamericana, en base a la duodécima edición. Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2006, pp. 1387 y 1411)

<sup>16</sup> Numeral 219.2 del artículo 219° de la LPAG.

como reclamado pueden ser personas naturales o jurídicas, de derecho privado o público.

Además de lo establecido en la LPAG<sup>17</sup>, el reclamo del reclamante debe cumplir con los presupuestos de admisibilidad y procedencia respectivos para que sea admitido a trámite por la autoridad administrativa. Los presupuestos de admisibilidad son los requisitos formales exigidos en el TUPA. Si el reclamante omite presentar alguno de estos requisitos, la autoridad le concede el plazo de dos días hábiles para subsanarlo<sup>18</sup>; de lo contrario, declara inadmisibile el reclamo. Un presupuesto de procedencia es la competencia de la autoridad. En algunos procedimientos constituye un presupuesto de procedencia que el reclamante tenga una situación jurídica determinada, como por ejemplo la condición de consumidor final en los procedimientos de protección al consumidor previstos en la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, Código de Consumo).

Admitida a trámite la reclamación, la autoridad corre traslado de ella al reclamado para que se

pronuncie. El plazo para contestar los descargos depende de lo establecido en la Ley especial; en su defecto, el plazo es de quince días hábiles. El reclamado debe pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos de hecho y de derecho contenidos en el reclamo. Las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o meritadas como ciertas. Si el reclamado no contesta en el plazo correspondiente será declarado rebelde por la autoridad. Si se apersona, no solamente podrá contradecir el reclamo, sino que incluso podrá presentar una réplica (una suerte de reconvencción) alegando violaciones a la legislación respectiva si la autoridad que conoce el Procedimiento Trilateral es competente para conocer este extremo. Como es evidente, en este escenario el reclamante tiene derecho a refutar las imputaciones planteadas en la réplica<sup>19</sup>.

El artículo 224° de la LPAG señala que la réplica a las contestaciones de las reclamaciones no está permitida, y que los nuevos problemas incluidos en la contestación del denunciado serán

<sup>17</sup> LPAG.-

“Artículo 222°.- Contenido de la reclamación

222.1 La reclamación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 113° de la presente Ley, así como el nombre y la dirección de cada reclamado, los motivos de la reclamación y la petición de sanciones u otro tipo de acción afirmativa.

222.2 La reclamación deberá ofrecer las pruebas y acompañará como anexos las pruebas de las que disponga.

222.3 La autoridad podrá solicitar aclaración de la reclamación de admitirla, cuando existan dudas en la exposición de los hechos o fundamentos de derecho respectivos.”

<sup>18</sup> LPAG.-

“Artículo 125°.- Observaciones a documentación presentada

125.1 Deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles.

(...)

125.4 Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, la entidad considera como no presentada la solicitud o formulario y la devuelve con sus recaudos cuando el interesado se apersona a reclamarles, reembolsándole el monto de los derechos de tramitación que hubiese abonado.

125.5 Si la documentación presentada no se ajusta a lo requerido impidiendo la continuación del procedimiento, lo cual por su naturaleza no pudo ser advertido por la unidad de recepción al momento de su presentación, así como si resultara necesaria una actuación del administrado para continuar con el procedimiento, la Administración, por única vez, deberá emplazar inmediatamente al administrado, a fin de que realice la subsanación correspondiente...”

<sup>19</sup> LPAG.-

Artículo 223°.- Contestación de la reclamación

223.1 El reclamado deberá presentar la contestación de la reclamación dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de ésta; vencido este plazo, la Administración declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado. La contestación deberá contener los requisitos de los escritos previstos en el artículo 113° de la presente Ley, así como la absolución de todos los asuntos controvertidos de hecho y de derecho, Las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o meritadas como ciertas.

223.2 Las cuestiones se proponen conjunta y únicamente al contestar la reclamación o la réplica y son resueltas con la resolución final.

223.3 En el caso de que el reclamado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la administración podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación luego del vencimiento del plazo.

223.4 Adicionalmente a la contestación, el reclamado podrá presentar una réplica alegando violaciones a la legislación respectiva, dentro de la competencia del organismo correspondiente de la entidad. La presentación de réplicas y respuestas a aquellas réplicas se rige por las reglas para la presentación y contestación de reclamaciones, excluyendo lo referente a los derechos administrativos de trámite.”

considerados como materia controvertida. Esta disposición no debe ser entendida en el sentido de que el reclamante está impedido de presentar alegaciones frente a la contestación presentada por el reclamado. El carácter contradictorio del Procedimiento Trilateral permite que ambas partes presenten las alegaciones que estimen pertinentes durante la tramitación del procedimiento<sup>20</sup>. Lo que debe entenderse a partir de lo señalado en el referido artículo es que luego de la contestación de la reclamación, el reclamante no puede agregar peticiones adicionales a su reclamo. Dicho en otros términos, el reclamante puede refutar la réplica del reclamado, pero no efectuar una nueva réplica, es decir, incorporar hechos o denuncias nuevas a su reclamo. El artículo 224° de la LPAG se entiende fácilmente si consideramos a la “réplica” como algo similar a la “reconvención” o “contrademanda”.

El artículo 225° de la LPAG<sup>21</sup> estipula que sin perjuicio de lo establecido sobre la carga de la prueba, la actuación probatoria, los medios de prueba, los gastos de las actuaciones probatorias y demás asuntos regulados en los artículos 162° a 180° de la LPAG, la autoridad administrativa únicamente puede prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes por acuerdo unánime de estas. Esta disposición es

aplicable en tanto no haya evidencia de afectación a terceros o al interés público. Si existen indicios de que el pronunciamiento puede afectar a terceros o al interés público, la autoridad puede actuar de oficio pruebas adicionales e independientemente de lo alegado por ambas partes. Un buen ejemplo de ello se da en sede concursal, en los procedimientos de reconocimiento de créditos. Si la autoridad concursal advierte indicios de que el acreedor y el deudor pretender el reconocimiento fraudulento de un crédito (la simulación de obligaciones por lo general tiene el propósito de reconocer un crédito inexistente con el fin de controlar la Junta de Acreedores), puede actuar pruebas de oficio a fin de hallar la verdad material, sin importar que, por ejemplo, el deudor se hubiera allanado a la petición del acreedor<sup>22</sup>.

En cualquier etapa del Procedimiento Trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares si hubiera la posibilidad de que sin su adopción se arriesgara la eficacia de la resolución final. Si el reclamado no cumpliera lo ordenado en la medida cautelar, la autoridad administrativa le puede imponer multas coercitivas. Es necesaria la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar dentro del plazo previsto en la Ley especial o, en defecto de ello,

<sup>20</sup> La excepción podría darse si estamos ante un procedimiento sumarísimo en el que, por su breve plazo, sea necesario aplicar el principio de preclusión. Es el caso del Procedimiento Sumarísimo en materia de Protección al Consumidor regulado en los artículos 124° a 127° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y en la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI, publicada el 14 de noviembre de 2010, que aprueba reglas complementarias aplicables al Procedimiento Sumarísimo en materia de Protección al Consumidor.

El Literal b) del Numeral 4.1 de la Sección IV de la mencionada Directiva reconoce la aplicación del principio de preclusión, señalando que el Procedimiento Sumarísimo está constituido por un conjunto de actos procedimentales sucesivos y definidos, dándose por concluida cada etapa y fase procedimental ya extinguida, en consideración de la naturaleza célere de este procedimiento. La aplicación del principio de preclusión no impide la aplicación del principio de impulso de oficio y del principio de verdad material.

<sup>21</sup> LPAG.-

“Artículo 225°.- Pruebas

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 162° a 180° de la presente Ley, la administración sólo puede prescindir de la actuación de las pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes por acuerdo unánime de éstas.”

<sup>22</sup> Mediante Resolución N° 079-97-TDC (recaída en el Expediente N° 035-96-CCE-CCPL, Cuaderno de Nulidad A) de fecha 24 de marzo de 1997, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI aprobó como precedente de observancia obligatoria los siguientes criterios para la verificación de créditos invocados para la declaración de la insolvencia de un deudor o frente a éste luego de declarada su insolvencia:

“Para efectos de la verificación a cargo de la autoridad administrativa, los acreedores podrán presentar la documentación que sustente los créditos invocados que consideren pertinente.

Sin embargo, cuando a criterio de la mencionada autoridad la documentación presentada no resulte suficiente, o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia por todos los medios.

Cuando el crédito invocado está incorporado en una letra de cambio o cualquier otro título valor, resulta apropiado reconocer el crédito en mérito a la literalidad del título, en aplicación de los principios de simplicidad, celeridad y economía de los procedimientos administrativos.

Pero, al igual que el criterio general, si la autoridad administrativa presume la posible existencia de una vinculación entre las partes o tiene elementos de juicio que le haga suponer una simulación del crédito, debe necesariamente investigar la relación causal, es decir, el origen del crédito, para determinar su legitimidad.

En este caso, el reconocimiento de la obligación por parte de la empresa deudora no eximirá a la autoridad administrativa de su deber de verificación.

Tratándose de un acreedor endosatario, éste no requiere acreditar la existencia de un vínculo con la insolvente; lo que debe verificarse en este caso es que la operación que originó el título valor existió realmente y que el solicitante del reconocimiento recibió por endoso el título en forma legítima.”

en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación de la resolución que dicta la medida. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar<sup>23</sup>.

En los casos en los que la Ley lo permita y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. Sin embargo, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento pudiera comprometer el interés público<sup>24</sup>.

Finalmente, contra la resolución final recaída en un Procedimiento Trilateral expedida por una autoridad u órgano sometido a subordinación

jerárquica, procede sólo la interposición del recurso de apelación. De no existir superior jerárquico, cabe plantear recurso de reconsideración<sup>25</sup>.

En resumen, el Procedimiento Trilateral de la LPAG tiene las siguientes características:

- Se inicia de oficio o a pedido de parte.
- La reclamación o denuncia debe cumplir con los presupuestos de admisibilidad y procedencia correspondientes.
- Si el reclamado o denunciado no presenta sus descargos, se le declarará rebelde, lo que supone considerar como ciertos los hechos y alegaciones invocados en la reclamación o denuncia.
- En principio, los hechos alegados por las partes deben ser probadas por ellas. No obstante, la autoridad puede actuar pruebas de oficio para alcanzar la verdad material y salvaguardar el interés público involucrado.
- El reclamante o denunciante puede solicitar medidas cautelares a su favor que garanticen la eficacia de la resolución final.

<sup>23</sup> LPAG.-

“Artículo 226°.- Medidas cautelares

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

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

226.3 Cabe la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar solicitada por alguna de las partes dentro del plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación de la resolución que dicta la medida. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar.

La apelación deberá elevarse al superior jerárquico en un plazo máximo de (1) día, contado desde la fecha de la concesión del recurso respectivo y será resuelta en un plazo de cinco (5) días.”

<sup>24</sup> LPAG.-

“Artículo 228°.- Conciliación o transacción extrajudicial

228.1 En los casos en los que la Ley lo permita y antes de que se notifique la resolución final, la autoridad podrá aprobar acuerdos, pactos, convenios o contratos de los administrados que importen una transacción extrajudicial o conciliación, con el alcance, requisitos, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos poner fin al procedimiento administrativo y dejar sin efecto las resoluciones que se hubieren dictado en el procedimiento. El acuerdo podrá ser recogido en una resolución administrativa.

228.2 Los citados instrumentos deberán constar por escrito y establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes y el plazo de vigencia.

228.3 Al aprobar los acuerdos a que se refiere el numeral 228.1, la autoridad podrá continuar el procedimiento de oficio si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general.”

<sup>25</sup> LPAG.-

“Artículo 227°.- Impugnación

227.1 Contra la resolución final recaída en un procedimiento trilateral expedida por una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica, sólo procede la interposición del recurso de apelación. De no existir superior jerárquico, sólo cabe plantear recurso de reconsideración.

227.2 La apelación deberá ser interpuesta ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días de producida la notificación respectiva. El expediente respectivo deberá elevarse al superior jerárquico en un plazo máximo de dos (2) días contados desde la fecha de la concesión del recurso respectivo.

227.3 Dentro de los quince (15) días de recibido el expediente por el superior jerárquico se correrá traslado a la otra parte y se le concederá plazo de quince (15) días para la absolución de la apelación.

227.4 Con la absolución de la otra parte o vencido el plazo a que se refiere el artículo precedente, la autoridad que conoce de la apelación podrá señalar día y hora para la vista de la causa que no podrá realizarse en un plazo mayor de diez (10) días contados desde la fecha en que se notifique la absolución de la apelación a quien la interponga.

227.5 La administración deberá emitir resolución dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia.”

- El procedimiento puede concluir si las partes concilian o transan extrajudicialmente. Sin embargo, la autoridad puede continuar de oficio si el asunto controvertido puede afectar a terceros o al interés público.
- El reclamante o denunciante puede impugnar la decisión que declara infundado su reclamo o denuncia<sup>26</sup>.

Si uno observa el diseño del Procedimiento Trilateral previsto en la LPAG apreciará que la “trilateralidad”; es decir, la conjunción de 3 partes (los dos administrados en conflicto y la autoridad llamada a resolverlo), se presenta desde un inicio, no por aplicación de la figura de la “intervención de terceros”, no como consecuencia de una “apelación”, sino porque desde el inicio del procedimiento el campo de juego está marcado para la pelea entre dos oponentes. Como un partido de fútbol: dos equipos y un árbitro. La excepción a esta regla lo constituyen los procedimientos de reclamos de usuarios de servicios públicos. En estos, la primera instancia consiste en un procedimiento bilateral que involucra al usuario que reclama y a la empresa prestadora del servicio público reclamada, siendo esta quien actúa como juez y parte. La apelación del usuario contra la decisión de la empresa prestadora ante la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - JARU<sup>27</sup> (para los servicios públicos de electricidad y gas natural), el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios - TRASU<sup>28</sup> (para los servicios públicos de telecomunicaciones), el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos - TRASS<sup>29</sup> (para los servicios de saneamiento) o el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN<sup>30</sup> (para los servicios relativos a la infraestructura de transporte de uso público) origina un Procedimiento Trilateral, en el que el órgano administrativo es el juzgador y las partes en controversia el usuario final y la empresa prestadora del servicio correspondiente.

El esquema del Procedimiento Trilateral es muy parecido al del proceso civil, donde demandante y demandado discuten sobre intereses privados. La diferencia estriba en que en el Procedimiento Trilateral está presente el interés público, el cual

convive con los intereses privados en controversia. Si no hubiera interés público, no tendría razón de ser la presencia de la autoridad administrativa. Y es la presencia de intereses privados disponibles en conflicto lo que justifica la aplicación de determinadas instituciones jurídicas. Para empezar, la rebeldía. Si el reclamado no contesta la reclamación en el plazo correspondiente, la autoridad administrativa lo declarará en rebeldía, lo que supone que las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación se tendrán por aceptadas o merituadas como ciertas.

Si el reclamado no refuta lo alegado por el reclamante, lo que ocurre precisamente cuando está en rebeldía, la autoridad administrativa tomará por ciertas las alegaciones del reclamante. La rebeldía así concebida tiene rasgos similares a la rebeldía del proceso civil. Según los artículos 458° y 460° del Código Procesal Civil, si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado no lo hace, el juez lo declarará rebelde, siendo el efecto de esta declaración la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda.

A diferencia del proceso civil, caracterizado por el rigor formal y en el que el principio de preclusión es severo, en los procedimientos administrativos, incluyendo al trilateral, la flexibilidad, el informalismo y la verdad material son reglas que marcan el devenir del procedimiento. Por ello, el numeral 223.3 del artículo 223° de la LPAG establece que en el caso de que el reclamado no cumpliera con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la autoridad administrativa podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación luego del vencimiento del plazo.

El que haya intereses privados disponibles en conflicto en un Procedimiento Trilateral también tiene repercusión en la actividad probatoria. Para empezar, hay una especial modulación del principio de verdad material. El numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece que en un procedimiento administrativo

<sup>26</sup> Resulta pertinente mencionar que si se trata de un Procedimiento Sancionador trilateral, el denunciante no puede impugnar la cuantía de la multa pero sí la decisión que declara la ausencia de responsabilidad del denunciado.

<sup>27</sup> Ver Directiva del Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural, aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 671-2007-OS/CD, publicada el 09 de noviembre de 2007.

<sup>28</sup> Ver Directiva que establece las Normas aplicables a los Procedimientos de Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 015-99-CD/OSIPTEL, publicada el 26 de julio de 1999.

<sup>29</sup> Ver Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, publicado el 14 de enero de 2007.

<sup>30</sup> Ver Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN, publicado el 11 de junio de 2011.

común, la autoridad administrativa deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, debiendo actuar todos los medios probatorios autorizados por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. Sin embargo, al abordar el Procedimiento Trilateral, dicha norma precisa que la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Y es que en el Procedimiento Trilateral se aplica el principio procesal de que quien alega un hecho debe probarlo. Por tanto, de entrada, es el reclamante el que debe probar los hechos que alega en su reclamación y el reclamado los hechos que menciona a título de descargo en su contestación. Ahora bien, como el interés público también está presente en un Procedimiento Trilateral, la norma citada finaliza señalando que la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

Es la ponderación entre intereses privados (disponibles) y el interés público (no disponible para las partes) lo que origina la aplicación de diversas instituciones jurídicas. La carga probatoria está en principio en manos de reclamante y reclamado; no obstante, el interés público en juego puede originar que la autoridad administrativa decida actuar pruebas de oficio no sólo para alcanzar la verdad material sino, especialmente, para no dejar de tutelar el interés público subyacente en las normas que le otorgan sus respectivas potestades administrativas.

Vemos pues que, en lo relativo a la actuación probatoria, mientras en el procedimiento general la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio<sup>31</sup>, en el Procedimiento Trilateral la carga de la prueba está primero en los administrados en contención debido a que son estos los interesados en defender sus intereses privados, pero si el pronunciamiento puede involucrar el interés público, entonces la autoridad queda habilitada a actuar de oficio las pruebas

que considere necesarias para esclarecer los hechos que pudieran afectar dicho interés público.

El que ambas partes discutan sobre intereses privados disponibles genera la inmersión de instituciones propias del proceso civil. Un ejemplo emblemático de esto es que el Procedimiento Trilateral puede concluir por conciliación o transacción extrajudicial de los administrados inicialmente en conflicto. Claro está, si la autoridad advierte la existencia de indicios de que el asunto controvertido podría afectar a terceros o al interés público (interés general), aprobará la conciliación o transacción extrajudicial, expulsando al reclamante del procedimiento, pero continuará de oficio el procedimiento con el fin de salvaguardar a dichos terceros o al interés público.

#### IV. Antecedentes del Procedimiento Trilateral

La LPAG no creó al Procedimiento Trilateral, lo que hizo fue definirlo, establecer sus formas de inicio (a pedido de parte y de oficio), delimitar la actuación de las dos partes en conflicto (el reclamante y el reclamado), mencionar los requisitos de la reclamación y de la contestación a la reclamación y regular la actividad probatoria, las medidas cautelares, la impugnación de la decisión de la autoridad administrativa y la eventual existencia de conciliación o transacción extrajudicial.

Su antecesora, la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos<sup>32</sup>, establecía en su artículo 1° -conforme a la modificación efectuada por el Decreto Ley N° 26111 (en adelante, el DL 26111), publicado el 30 de diciembre de 1992- que una modalidad de procedimiento administrativo era aquella seguida ante las diversas entidades de la Administración Pública que resolvían cuestiones contenciosas entre dos o más particulares, entre estos y la Administración Pública o entre entidades de esta última.

Lo que hizo el DL 26111 de 1992 fue reconocer que ya existían procedimientos administrativos que resolvían conflictos (cuestiones contenciosas)

<sup>31</sup> LPAG.-

"Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones."

<sup>32</sup> El artículo 1° del Decreto Ley N° 26111 modificó la denominación del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 006-67-SC del 11 de noviembre de 1967, por "Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos". Después se expidió el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS, publicado el 31 de enero de 1994.

entre dos o más particulares (administrados)<sup>33</sup>. Precisamente, un año antes, en noviembre de 1991, se expidieron una serie de decretos legislativos que contenían en su seno procedimientos trilaterales<sup>34</sup>.

El primero de ellos, el Decreto Legislativo N° 691 que dictó Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (en lo sucesivo, el DL 691), publicado el 06 de noviembre de 1991, cuyo Artículo 18° (conforme a su texto inicial) regulaba un procedimiento administrativo trilateral sancionador en los términos siguientes:

- La denuncia podía ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica. La denuncia era calificada por el Consejo Nacional de Supervisión de la Publicidad (CONASUP) en un plazo de diez días, pudiendo declararla procedente o improcedente.
- Antes de iniciar el correspondiente procedimiento, sea de oficio o por denuncia de parte, el CONASUP citaba al presunto infractor y al denunciante, si lo hubiere, a fin de solucionar el problema de manera sencilla, directa y amistosa.
- Si no se llegaba a un arreglo amistoso en un lapso de cinco días, las acciones de oficio o las denuncias calificadas como procedentes eran formalmente notificadas al presunto infractor para que ejerza su derecho de defensa dentro del plazo de cinco días.
- Vencido el plazo precedente, con o sin la contestación del presunto infractor, el CONASUP resolvía en cinco días, aplicando la sanción respectiva.
- En caso se declarara fundada la denuncia, el CONASUP sancionaba al denunciado infractor

con amonestación, multa, cesación del anuncio y rectificación publicitaria<sup>35</sup>.

- Contra cualquier resolución era factible interponer los recursos impugnativos de reconsideración, o apelación ante el CONASUP, caso en el cual el expediente se elevaba al Viceministro de Comercio Interior. El plazo para interponer estos recursos era de cinco días.

Al día siguiente de publicado el DL 691<sup>36</sup>, el 07 de noviembre de 1991, se publicó el Decreto Legislativo N° 701 - Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (en adelante, el DL 701). Conforme al texto primigenio de esta norma, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia era la autoridad encargada de tramitar los procedimientos en los que una parte (reclamante) denunciaba a otra (reclamado) por abuso de posición de dominio o por la realización de una práctica colusoria.

El procedimiento administrativo contemplado en el DL 701 era uno que podía ser iniciado de oficio o a pedido de parte<sup>37</sup>, y en este caso el denunciante (reclamante) era parte del procedimiento, es decir, no era un mero “avisador” propio de una denuncia informativa, sino una persona que se identificaba (si se apersonaba el apoderado, debía acreditar sus poderes), pagaba una tasa por concepto de derecho de trámite (ascendente a una Unidad Impositiva Tributaria) y tenía derecho a presentar pruebas, a que se le notifiquen las actuaciones procesales, a solicitar el uso de la palabra y a impugnar la resolución final. El denunciante tenía que cumplir con los requisitos previstos en el primer TUPA<sup>38</sup> de INDECOP para que se admitiera a

<sup>33</sup> En opinión de Juan Carlos Morón Urbina, con la dación del Decreto Ley N° 26111 se introduce en la legislación peruana la regulación normativa del procedimiento trilateral. Ver: MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los procedimientos trilaterales”. En: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” (Jorge Danós Ordóñez - Compilador), Ara Editores, Lima, 2001, pp. 330-331.

<sup>34</sup> Con anterioridad a la reforma legislativa operada a finales de 1991 ya se habían expedido leyes otorgando competencia a autoridades administrativas para resolver conflictos entre privados. Es el caso, por ejemplo, del Decreto Ley N° 18302, publicado el 03 de junio de 1970, que creó la Comisión Nacional de Valores como entidad encargada de normar las actividades bursátiles del mercado. El literal l) del artículo 6° del Decreto Ley N° 18302 facultó al Directorio de la Comisión Nacional de Valores a resolver en última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Bolsas de Valores y las entidades emisoras o los Agentes de Bolsa, o entre éstos y sus comitentes.

<sup>35</sup> Según el texto primigenio del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 691.

<sup>36</sup> En un trabajo anterior [ver: GÓMEZ APAC, Hugo. “Redescubriendo al Procedimiento Trilateral”. En: “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante” (Milagros Maraví Sumar, Compiladora). Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2009, p. 373] señalamos que coincidíamos con la afirmación de Richard Martín Tirado [ver: MARTÍN TIRADO, Richard. “El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Segunda Parte” (Jorge Danós Ordóñez - Compilador), Ara Editores, Lima, 2003, p. 468] de que el antecedente más claro de la regulación del procedimiento trilateral era el procedimiento previsto en el Decreto Legislativo N° 701. Ambos nos equivocamos. Un antecedente más claro sería el procedimiento previsto en el Decreto Legislativo N° 691.

Ahora bien, el DL 691 no es la norma que por primera vez otorga competencia a una autoridad administrativa para resolver un conflicto entre dos o más administrados, sino la norma con rango de ley que por primera vez incorporó en su seno una regulación procedimental relativamente similar a la prevista en la LPAG para el procedimiento trilateral.

<sup>37</sup> Regla similar a la contemplada en el Numeral 221.1 del artículo 221° de la LPAG.

<sup>38</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-ITINCI, publicado el 05 de junio de 1993.

trámite su denuncia. En dicho TUPA se señalaba que a dicho procedimiento se aplicaba el silencio administrativo negativo.

Nuestra aceptación de que el procedimiento administrativo contemplado en el DL 701 era un trilateral parte del reconocimiento de la existencia de los procedimientos trilaterales sancionadores. El procedimiento previsto en la norma de defensa de la libre competencia era uno de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, por tanto, un Procedimiento Sancionador, pero con la particularidad de que el denunciante jugaba un rol activo al interior del procedimiento. Era un colaborador con el estatus de "parte procesal". Su escrito de denuncia era trasladada al denunciado para que este presentara sus descargos. El hecho de que el denunciante actuara como parte, presentando alegatos y aportando pruebas, generaba una situación de contención entre dos administrados<sup>39</sup>.

El Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización de INDECOPI (en lo sucesivo, el DL 807), publicado el 18 de abril de 1996, agregó el artículo 21° al DL 701 estableciendo que en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a **pedido de parte**, la Comisión de Libre Competencia podía, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas anticompetitivas investigadas.

El hecho de que el denunciante, considerado "parte procesal" dentro del procedimiento, pudiera solicitar el dictado de medidas cautelares con la aptitud de beneficiar su situación jurídica, evidencia una particularidad propia de un Procedimiento Sancionador Trilateral. Si bien se puede afirmar que las medidas cautelares buscan cautelar el bien jurídico de interés público involucrado (el proceso competitivo), en determinados asuntos, como por ejemplo una denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar, la medida cautelar solicitada por la empresa denunciante tiene una repercusión directa en sus intereses, como sería la medida cautelar consistente en ordenar a la empresa denunciante (presuntamente abusadora de su posición de dominio) que contrate provisionalmente con la

empresa denunciante (en condiciones similares a otras empresas ubicadas en la misma situación que la empresa denunciante) hasta que culmine el procedimiento.

En definitiva, el rol de colaborador activo del denunciante, su condición de "parte procesal" si cumplía los requisitos previstos en el TUPA de INDECOPI, su capacidad para presentar alegatos y ofrecer pruebas y su derecho a ser notificado de las actuaciones procedimentales, solicitar medidas cautelares, pedir el uso de la palabra en audiencia pública e impugnar la decisión final de la autoridad administrativa (primero llamada Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, luego Comisión de Libre Competencia y hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia), demostraban la presencia de una contención entre dos administrados: el que denunciaba la existencia de una conducta anticompetitiva que lo afectaba (abuso de posición de dominio o prácticas colusorias horizontales o verticales) y el denunciado o denunciados por la presunta comisión de dicha conducta. Si el procedimiento previsto en el DL 701 es un antecedente del Procedimiento Trilateral es porque era un Procedimiento Trilateral sancionador.

Y también trilateral sancionador el procedimiento previsto en el Título V del DL 807, denominado Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, cuyas características son:

- Se inicia de oficio (por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico) o a pedido de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico.
- El Secretario Técnico tramita el procedimiento con facultades de órgano de instrucción, esto es, con la capacidad para actuar pruebas.
- La denuncia debe cumplir con los presupuestos de admisibilidad y procedencia correspondientes. La Comisión (o el Secretario Técnico por delegación) se pronuncia sobre la admisión a trámite de la denuncia.
- Una vez admitida a trámite la denuncia, se corre traslado de ella al denunciado, para que presente sus descargos. El plazo para la presentación del descargo es de cinco días, vencido el cual el Secretario Técnico declarará en rebeldía al denunciado que no lo hubiera presentado.

<sup>39</sup> Para quienes niegan la existencia de los procedimientos trilaterales sancionadores, el procedimiento previsto en el DL 701 sería sólo sancionador, y por tanto no sería un antecedente del procedimiento trilateral.

- El denunciante puede solicitar medidas cautelares a su favor que garanticen el cumplimiento de la decisión definitiva.
- El procedimiento puede concluir por conciliación ante el Secretario Técnico. Asimismo, las partes pueden someter la controversia a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros. En ambos casos, la Comisión puede continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.
- Se señalan las pruebas que puede ser presentadas por las partes, lo que no impide que la Comisión o el Secretario Técnico decidan de oficio la actuación de pruebas adicionales.
- De declararse fundada la denuncia, la Comisión sanciona al denunciado.
- El único recurso impugnativo que pueden interponer las partes es la apelación
- Los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del proceso serán de cargo de la parte que solicita la prueba, salvo pacto en contrario. En todos los casos, la resolución final determinará si los gastos deben ser asumidos por alguna de las partes, o reembolsados a la otra parte o a INDECOPI, según sea el caso, de manera adicional a la sanción que haya podido imponerse.

De lo expuesto se aprecia que los procedimientos trilaterales sancionadores contemplados en los DL 691 (1991), 701 (1991) y 807 (1996) guardan bastante similitud, uno más que otro evidentemente, con el diseño estructural del Procedimiento Trilateral previsto en la LPAG, de modo que constituyen sus antecedentes normativos. Pero en los antecedentes no solo hay Procedimientos Trilaterales Sancionadores, también los hay trilaterales no sancionadores, como los procedimientos de declaración de insolvencia, de reconocimiento de créditos, de imposición de derechos antidumping o compensatorios, de eliminación de barreras burocráticas, etc.

La doctrina nacional reconocía la existencia de procedimientos trilaterales con anterioridad a la dación de la LPAG. Hacia 1997, Juan Carlos Morón Urbina, al momento de clasificar a los procedimientos administrativos, alude entre ellos al procedimiento cuasijurisdiccional o procedimiento administrativo contencioso (jurisdicción retenida), el cual está dirigido a decidir un conflicto de

intereses suscitado con motivo de la actuación pública o en asuntos de interés público y en donde la autoridad ejerce el rol de instructor de la causa con facultades inherentes a la jurisdicción retenida. Menciona como modalidad de esta clase de procedimientos a aquellos en los que la Administración Pública obtiene competencia para conocer, instruir y resolver conflictos de intereses entre administrados sobre asuntos bajo tutela estatal, denominados de competencia primaria de la autoridad administrativa debido a que la situación contenciosa no ha sido conocida anteriormente por ninguna autoridad administrativa o judicial, y que es preexistente a la participación de cualquier funcionario gubernativo. Cita como ejemplos los asuntos materia de conocimiento de la Comisión de Publicidad, la Comisión de Acceso al Mercado, etc.<sup>40</sup>.

## V. Los Procedimientos Trilaterales sancionadores en los ámbitos de competencia y consumo

La legislación peruana reconoce de modo expreso la existencia de los procedimientos trilaterales sancionadores. El numeral 18.2 del artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante el DL 1034), publicado el 25 de junio de 2008, califica como trilateral sancionador al procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) iniciado por denuncia de parte. El numeral 28.2 del artículo 28° del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en lo sucesivo, el DL 1044), publicado el 26 de junio de 2008, califica como trilateral sancionador al procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal (actos que afectan la transparencia del mercado, de explotación indebida de la reputación ajena, que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena y los de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria) iniciado por denuncia de parte.

El Subcapítulo II del Título III del Título V del Código de Consumo hace referencia al "Procedimiento Sancionador" en materia de protección al consumidor. ¿Esto significa que no es trilateral? Para responder esta interrogante conviene empezar señalando que en el referido subcapítulo no hay una estructura procedimental.

<sup>40</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Derecho Procesal Administrativo". Página Blanca Editores, Perú, 1997, p. 89.

Su artículo 107° se limita a establecer las reglas sobre la postulación del proceso, indicado que 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..."

Decir que el procedimiento se inicia de oficio, bien por iniciativa de la autoridad o por denuncia de parte, no nos lleva a descartar la "trilateralidad", pues idéntica o similar redacción encontramos en los procedimientos trilaterales sancionadores previstos en los DL 1034 y 1044. En efecto, el numeral 18.1 del artículo 18° del DL 1034 señala que el "Procedimiento Sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte"; mientras que el numeral 28.1 del artículo 28° del DL 1044 establece que el "Procedimiento Sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica". Es el denunciante quien, como parte en el procedimiento y manteniendo el estatus de colaborador activo, introduce la "trilateralidad" al manifestar la situación de contención entre dos privados, y es lo mismo que sucede en los procedimientos de protección al consumidor promovidos por denuncia de parte, donde la contención se da entre el consumidor denunciante y el proveedor denunciado.

Además, al no haber diseñado el Código de Consumo una estructura procedimental, se aplica el procedimiento previsto en el Capítulo V del DL 807, que, como hemos señalado, es un Procedimiento Trilateral Sancionador. Y también trilateral sancionador es el Procedimiento Sumarísimo creado en dicho Código (Subcapítulo III del Título III del Título V), el cual, a diferencia de los anteriores, si bien también se inicia de oficio (por ser sancionador), solamente puede ser promovido a pedido de parte, lo que acentúa su carácter trilateral. Para comprender esta afirmación resulta necesario conocer lo estipulado en los numerales 3.1.3 y 4.3.1 de la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI<sup>41</sup>, que se citan a continuación:

"3.1.3. Los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor que, en el ejercicio de sus funciones, hayan conocido hechos que pudieran ameritar el inicio de un procedimiento de oficio por iniciativa de la autoridad informarán sobre el particular

a la Comisión que estimen competente. Sobre la base de dicha información, la Comisión correspondiente podrá ejercer sus facultades para desarrollar investigaciones preliminares e iniciar de oficio, por propia iniciativa, alguno de los demás procedimientos previstos en el Capítulo III del Título V del Código. (...)

4.3.1. El Procedimiento Sumarísimo se inicia de oficio, por denuncia de parte, lo que le otorga una condición trilateral que no altera la naturaleza sancionadora de dicho procedimiento. (...)"

El procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor ha sido concebido como un mecanismo de tutela rápida en beneficio de los consumidores. Se trata en principio de un Procedimiento Sancionador; de ahí la precisión de que se inicia de oficio, en el entendido que quien decide la admisión a trámite del procedimiento es la autoridad que ejerce la potestad sancionadora. Y en este sentido deben leerse también los DL 1033 y 1034; es decir, que la mención de que se inician de oficio tuvo el propósito de dejar establecido que la admisión a trámite no lo decide el denunciante, sino la autoridad administrativa, pues es ella y no el denunciante el titular de la potestad sancionadora.

De modo que la estipulación de que el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor se inicia de oficio solo sirve para denotar su carácter sancionador, pero ello no significa que el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos (en adelante, ORPS) pueda decidir iniciar un procedimiento en ausencia de denuncia del consumidor, lo que le está vedado. Dicho en otras palabras, ORPS solamente conoce denuncias de parte efectuadas por consumidores. No realiza investigaciones preliminares para iniciar de oficio procedimientos administrativos. Si hay necesidad de iniciar de oficio un procedimiento administrativo para salvaguardar el interés público, dicha competencia le corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor, y por delegación a su Secretaría Técnica.

Lo dicho evidencia que en un Procedimiento Trilateral sancionador hay, en realidad, dos relaciones jurídicas. Por un lado, la relación entre la autoridad administrativa (ORPS, titular de la potestad sancionadora) y el denunciado, respecto de la cual se tramita un Procedimiento Sancionador, y en el que obviamente se aplican los principios de la potestad sancionadora (legalidad,

<sup>41</sup> Aprobada por Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de INDECOPI N° 159-2010-INDECOPI/COD, publicada el 14 de noviembre de 2010.

debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, retroactividad benigna, causalidad, culpabilidad, presunción de licitud, in dubio pro reo, prohibición de reforma en peor, *non bis in idem*, entre otros) y las instituciones del Procedimiento Sancionador (la imputación de cargos, la prescripción de la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones y, de ser el caso, la diferenciación entre autoridad de instrucción y órgano de decisión, lo que no se da en el procedimiento sumarísimo, pues sólo hay un órgano, ORPS). Por el otro, la relación jurídica que integran el denunciante (consumidor), el denunciado (proveedor) y la autoridad que juzga (ORPS), con respecto a la cual se tramita un Procedimiento Trilateral con las instituciones propias de esta vía procedimental (que el denunciante deba cumplir los presupuestos de admisibilidad y procedencia para que su denuncia sea admitida a trámite, la rebeldía, el silencio administrativo negativo, la culminación del procedimiento por conciliación o transacción extrajudicial, la condena de pago de costas y costos, entre otros).

Por tanto, cuando decimos que el Procedimiento Ordinario de protección al consumidor (regulado en el Título V del DL 807 y en los artículos 107° y 109° del Código de Consumo) y el Procedimiento Sumarísimo de protección al consumidor (regulado en el subcapítulo III del capítulo III del título V del Código de Consumo y en la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI) son procedimientos trilaterales sancionadores lo que estamos afirmando es que en ellos existen dos relaciones jurídicas procedimentales: una bilateral, de carácter sancionador, donde prima el interés público; y la otra trilateral, donde se discuten intereses privados. El hecho de que en dichos procedimientos los denunciados puedan solicitar el dictado de medidas correctivas reparadoras, de naturaleza eminentemente privada, resalta el carácter trilateral de dichos procedimientos. La tarea de la autoridad es aplicar de manera armónica y coherente los principios e instituciones del Procedimiento Sancionador con las instituciones propias del Procedimiento Trilateral.

La jurisprudencia de INDECOPI ha aceptado esta doble dimensión. Para la Sala de Defensa de la

Competencia 2 del Tribunal de INDECOPI y para la Comisión de Protección al Consumidor 1, los procedimientos administrativos sobre protección al consumidor iniciados a instancia de parte son sancionadores y trilaterales. A modo de ejemplo, en la Resolución N° 0961-2011/SC2-INDECOPI de fecha 25 de abril de 2011, se afirma lo siguiente:

“...En efecto, pese a que los procedimientos administrativos sobre protección al consumidor iniciados a instancia de parte, como el presente, implica el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, no es menos cierto que en ellos se discuten derechos subjetivos e intereses legítimos de índole particular, por lo que también tienen naturaleza trilateral (nota a pie de página) y se justifica la aplicación subsidiaria las condiciones de procedencia del proceso civil...”

En la doctrina nacional, Juan Espinoza Espinoza afirma que en el procedimiento administrativo de tutela al consumidor, este no solo obtiene una medida correctiva (situación que lo calificaría como trilateral), sino que también la autoridad administrativa (INDECOPI) puede imponer una multa al proveedor, lo cual también haría que este procedimiento sea, a la vez, sancionador<sup>42</sup>.

Lo dicho para los procedimientos de protección al consumidor es aplicable también para los procedimientos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y actos de competencia desleal. En estos procedimientos la relación jurídica bilateral de carácter sancionador convive con la relación jurídica trilateral caracterizada por el enfrentamiento de dos o más administrados.

## VI. La vinculación dinámica y simbiótica de las dos relaciones jurídicas presentes en el interior del Procedimiento Trilateral sancionador

El Procedimiento Trilateral Sancionador contiene en su interior dos relaciones jurídicas procedimentales. La base es la relación bilateral existente entre la

<sup>42</sup> Juan Espinoza (estimado amigo y reconocido maestro), a diferencia del autor del presente trabajo, considera innecesario y tautológico hablar de procedimiento trilateral sancionador, pues según él, el procedimiento trilateral no excluye el poder sancionador de la Administración Pública. (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Circulación de los modelos jurídicos de la responsabilidad civil en la tutela administrativa de los derechos del consumidor”. En: “Actualidad Jurídica”, Gaceta Jurídica Editores, N° 197, Lima, abril 2010, p. 304.)

Sobre el particular, consideramos pertinente señalar que no todos los procedimientos trilaterales son sancionadores (v.g. los procedimientos de declaración de insolvencia, reconocimiento de créditos, control de barreras burocráticas, imposición de derechos antidumping, etc.), y existen diferencias entre unos y otros. Como se explica más adelante, hay instituciones jurídicas que se aplican en los procedimientos trilaterales sancionadores que no se aplican en los trilaterales no sancionadores; así como hay instituciones del procedimiento trilateral sancionador que no se aplican en un Procedimiento Sancionador puro.

Administración y el presunto infractor (reclamado). En esta relación jurídica lo determinante es el ejercicio de la potestad sancionadora y el interés público que esta potestad pretende salvaguardar. Es más, en la relación jurídica procedimental de carácter sancionador la presencia del denunciante (reclamante) es prescindible; lo relevante es la actuación de la autoridad y la aplicación de los principios e instituciones propias de un Procedimiento Sancionador. En cambio, en la relación jurídica de carácter trilateral, lo determinante es el conflicto de intereses suscitado entre denunciante (reclamante) y el presunto infractor (reclamado); se trata de una relación trilateral en la que la autoridad debe actuar con neutralidad frente a las dos partes en conflicto, y en donde no solo se aplican las instituciones propias del Procedimiento Trilateral, sino también, supletoriamente, las instituciones del proceso civil, máxime si tenemos presente la discusión de asuntos eminentemente privados como las medidas correctivas reparadoras (resarcitorias).

La vinculación entre las dos relaciones jurídicas no tiene un carácter estático, sino dinámico, en el que las instituciones de ambas relaciones jurídicas se interrelacionan simbióticamente. Dependiendo de las fluctuaciones del interés público y de los intereses privados involucrados, en un momento una institución se superpondrá y otra cederá. Es la autoridad que tramita el procedimiento la que determinará qué institución se aplicará en función de si lo que está en juego son solo intereses privados disponibles o si lo que hay que salvaguardar es el interés público. El diseño mismo del Procedimiento Trilateral en la LPAG, consciente o inconscientemente, responde a esta dualidad.

Para empezar, el procedimiento se inicia a pedido de parte, esto es, a interés del denunciante. Sin embargo, la misma norma reconoce que la autoridad puede iniciar el procedimiento de oficio (numeral 221.1 del artículo 221° de la LPAG), pues si está en juego el interés público, resulta irrelevante si no hay denunciante. La autoridad efectúa la investigación preliminar e imputa de oficio los cargos al presunto infractor. Los Secretarios Técnicos de las Comisiones de Defensa de la Libre Competencia, Fiscalización de la Competencia Desleal y Protección al Consumidor pueden iniciar de oficio procedimientos con la finalidad de proteger el interés público correspondiente.

Si hay un denunciante, la relación jurídica de carácter trilateral exige que su denuncia cumpla con los presupuestos de admisibilidad y procedencia para que la autoridad admita a trámite la denuncia.

Si se cumplen dichos presupuestos, corresponde la admisión a trámite, lo que se da en el plano la relación jurídica trilateral. Ahora bien, como lo que se va a imputar son cargos de presuntas infracciones administrativas, la relación jurídica sancionadora hace presencia y exige que el inicio sea de oficio, dado el reconocimiento de que sólo la autoridad, y no un privado, puede imputar cargos a título de infracción administrativa. Esta es la explicación de porqué en los procedimientos mencionados siempre se dice que estos se inician de oficio, bien por denuncia, bien por iniciativa de la autoridad. Como se ve, no hay contradicción alguna si se toma en consideración la existencia de las dos relaciones jurídicas.

Visto así, tiene lógica y coherencia lo establecido en la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI. Dice este reglamento administrativo que el procedimiento sumarísimo se inicia de oficio, por denuncia de parte, lo que le otorga una condición trilateral que no altera la naturaleza sancionadora de dicho procedimiento. Este procedimiento únicamente puede ser promovido por denuncia de un consumidor. En esta parte se aplica la relación jurídica trilateral, pues para que haya contención entre dos administrados debe haber siempre uno que se apersona denunciando a otro. Sin embargo, como lo que se va a iniciar implica la imputación de cargos a título de infracción administrativa, la norma precisa, considerando la relación jurídica bilateral sancionadora, que es la autoridad la que imputa los cargos a título de infracción administrativa.

Este juego simbiótico y dinámico entre la relación jurídica trilateral y la relación bilateral de carácter sancionador opera en Procedimiento Trilateral sancionador. Cuando decimos que la carga probatoria está en manos de las partes, nos apoyamos en la relación jurídica trilateral. Pero cuando agregamos que la autoridad puede actuar pruebas de oficio con el fin de proteger el interés público, nos apoyamos en la relación jurídica bilateral de carácter sancionador. De igual forma, cuando decimos que el procedimiento puede concluir con la conciliación o transacción extrajudicial, lo hacemos desde la relación jurídica trilateral; pero cuando precisamos que la autoridad puede continuar de oficio si el asunto controvertido puede afectar a terceros o al interés público, nos apoyamos en la relación jurídica bilateral de carácter sancionador.

No debe extrañarnos por tanto la dinámica y simbiosis de los Procedimientos Trilateral y del sancionador al interior del Procedimiento Trilateral

sancionador. Y esto ocurre debido a que el legislador, al momento de “desjudicializar” temas como la protección al consumidor, optó porque la intervención administrativa sea a través de la potestad sancionadora. Por ello, un asunto tan privado como la adquisición de un inmueble nuevo con vicios ocultos (v.g. con las instalaciones eléctricas defectuosas), cuya controversia entre comprador (consumidor) y vendedor (proveedor) podría resolverse en el Poder Judicial bajo instituciones propias del Código Civil, ahora también puede resolverse ante la Comisión de Protección al Consumidor en el marco de una relación jurídica procedimental en la que constituye infracción administrativa el vender un inmueble con el referido defecto, por lo que el proveedor será sancionado con una multa si se prueba su responsabilidad administrativa, y en la que el consumidor puede solicitar como medida correctiva reparadora que el proveedor repare las instalaciones eléctricas y pague los gastos ocasionados al consumidor como consecuencia de dicho defecto.

Para finalizar esta sección, creemos oportuno diferenciar con ejemplos la operatividad de un Procedimiento Sancionador puro (v.g. cuando la autoridad municipal inicia un Procedimiento Sancionador contra un administrado imputándole operar un establecimiento sin licencia de funcionamiento), de un Procedimiento Trilateral sancionador (v.g. el procedimiento de protección al consumidor) y de un Procedimiento Trilateral puro (v.g. el procedimiento de reconocimiento de créditos).

## Por el inicio del procedimiento

El procedimiento de reconocimiento de créditos se inicia únicamente a pedido de parte; no puede iniciarse de oficio. El acreedor solicitante ejerce el derecho de petición administrativa de interés particular a que se refiere el artículo 107° de la LPAG<sup>43</sup>. El Estado no puede apersonarse en lugar de un acreedor. Y esto ocurre porque el reconocimiento de un crédito importa un interés privado disponible<sup>44</sup>. El acreedor debe cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia correspondientes<sup>45</sup> para iniciar el trámite del procedimiento de reconocimiento de créditos, tendrá la condición de “parte procesal”, podrá ofrecer medios probatorios, se le notificarán las actuaciones procesales y tendrá derecho a impugnar la decisión que declare inadmisibles, improcedentes o infundadas su solicitud.

El Procedimiento Sancionador Municipal se inicia de oficio. Puede haber un denunciante (v.g. un vecino informando a la municipalidad que determinado establecimiento carece de licencia de funcionamiento), pero en ejercicio de la llamada denuncia informativa a que se refiere el artículo 105° de la LPAG<sup>46</sup>. La denuncia informativa puede ser hecha por escrito, correo electrónico (e-mail), teléfono o en persona. El denunciante puede solicitar reserva de su identidad, para evitar represalias respecto del presunto infractor (v.g. un trabajador denunciando a su empleador ante la autoridad administrativa de trabajo por infracción de las normas laborales). El administrado no tiene que pagar una tasa administrativa para presentar

<sup>43</sup> LPAG.-

“Artículo 107°.- Solicitud en interés particular del administrado

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.”

<sup>44</sup> No obstante, puede darse el caso que en un procedimiento trilateral puro predomine el interés público sobre el privado, lo que puede generar que el procedimiento se inicie de oficio, como ocurre con el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas o el procedimiento de imposición de derechos antidumping.

<sup>45</sup> Esta es una particularidad de los procedimientos trilaterales. El reclamante, para lograr la admisión a trámite de su reclamo, debe cumplir con los presupuestos de admisibilidad y procedencia previstos en el respectivo ordenamiento. Un ejemplo claro de esto se da en el “Procedimiento Administrativo de Reclamo de Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural” (ver Nota a pie de página 27), cuyos numerales 2.7 y 2.9 mencionan los requisitos de admisibilidad y procedencia de los reclamos de los usuarios de los servicios públicos de electricidad y gas natural.

<sup>46</sup> LPAG.-

“Artículo 105°.- Derecho a formular denuncias

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

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.”

una denuncia informativa. El administrado no es parte en el procedimiento que iniciará la Administración para investigar los hechos denunciados (sin perjuicio de que la presentación de la denuncia obligue a la Administración a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, iniciar de oficio la respectiva fiscalización). Al no ser parte en el procedimiento, no es notificado de los actuados o diligencias, como tampoco está habilitado para impugnar las decisiones de la autoridad. A lo más, como lo indica el numeral 105.3 del artículo 105° de la LPAG, el rechazo de la denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizada.

El procedimiento de protección al consumidor puede iniciarse de oficio o a pedido de parte. De oficio en atención a una denuncia informativa. A pedido de parte como consecuencia de la petición administrativa presentada por el consumidor interesado en ser parte del procedimiento. Cuando estamos frente a una denuncia en ejercicio del derecho de petición administrativa por interés particular, son dos actos administrativos distintos la admisión a trámite de la denuncia y la imputación de cargos al presunto infractor, aunque ambos consten en la misma resolución.

El acto de admisión a trámite es el pronunciamiento por medio del cual la autoridad certifica que el denunciante ha cumplido con los presupuestos de admisibilidad y de procedencia. A continuación, la autoridad procede a imputar cargos al presunto infractor. Son dos pronunciamientos distintos, pero siempre inmersos en la misma resolución.

### Por la aplicación del principio de congruencia procesal

El principio de congruencia procesal tiene aplicación diferente según el procedimiento que se trate. En el procedimiento de reconocimiento de créditos, el referido principio implica que debe haber correspondencia entre la solicitud del acreedor y el pronunciamiento de la autoridad. Dada la predominancia del interés privado en juego, el pronunciamiento no puede ser ultra petita. Así, si el acreedor invoca el reconocimiento de S/. 10 000,00 derivado de una letra de cambio, la Comisión de Procedimientos Concursales no puede reconocer S/. 20 000,00 por dicha letra, o S/. 10 000,00 derivado de una pagaré que no ha sido mencionado por el acreedor.

En el Procedimiento Sancionador Municipal el principio de congruencia procesal exige identidad entre la imputación de cargos y la decisión de la

autoridad. Se viola este principio si la autoridad municipal imputa la presunta inexistencia de licencia de funcionamiento y sanciona por la inexistencia de licencia de construcción.

En el procedimiento de protección al consumidor el principio de congruencia procesal se aplica en dos momentos:

- (i) En un primer momento exigiendo correspondencia entre la denuncia y la admisión a trámite -imputación de cargos. Es preciso advertir, sin embargo, que el ejercicio de la potestad sancionadora origina que la autoridad (y esto evidencia la presencia de la relación jurídica bilateral sancionadora) no se encuentra constreñida a los extremos denunciados por el consumidor, pues si la Secretaría Técnica advierte indicios de infracciones adicionales a las mencionadas por el consumidor, podrá agregar estos nuevos hechos en la resolución de imputación de cargos. De igual forma, también podría declarar improcedente uno o más extremos de la denuncia, sea por no ser competente (v.g. por ser un asunto de competencia de un Organismo Regulador) o por la ausencia de un presupuesto de procedencia (v.g. por no existir relación de consumo en uno de los extremos denunciados). Por tanto, según el principio de congruencia procesal, no es que deba haber identidad exacta entre lo denunciado (en manos del reclamante) y la imputación de cargos (en manos de la autoridad titular de la potestad sancionadora), sino que si hay más o menos cargos de los denunciados, la autoridad deberá explicar las razones que lo motivaron para incrementar los cargos o para declarar improcedente uno o más de los inicialmente denunciados por el consumidor.
- (ii) En un segundo momento exigiendo coherencia entre la imputación de cargos y la decisión final de la autoridad. En este extremo, se aplica lo mismo que en el Procedimiento Sancionador Municipal, es decir, que debe haber identidad entre los cargos imputados por la Secretaría Técnica y los cargos por los cuales se sanciona al proveedor. Se violaría el principio de congruencia procesal si, en el caso de protección al consumidor, se imputa como presunta infracción la falta de idoneidad de un servicio y luego se sanciona por discriminación.

### Por la rebeldía

La rebeldía es otra institución que evidencia la diferencia existente entre los procedimientos

aludidos. En el Procedimiento Sancionador Municipal, donde prima el interés público, no se aplica la rebeldía. Sería absurdo suponer que por el hecho de que el presunto infractor no contesta los descargos, la autoridad puede asumir por ciertos los hechos imputados a título de cargo, pues ello violaría el principio de licitud (presunción de inocencia). La autoridad debe probar la existencia de la infracción administrativa, independientemente de si el presunto infractor se defiende o no.

En el procedimiento de reconocimiento de créditos se aplica en principio la rebeldía, pues lo que se discute son intereses privados disponibles. Si el deudor calla, la autoridad puede presumir como cierto lo alegado por el acreedor. En este caso la rebeldía tiene un efecto similar a lo establecido para el proceso civil, pero en los términos expuestos en el numeral 223.1 del artículo 223° de la LPAG. No obstante, en caso la autoridad sospeche la existencia de un crédito simulado, en aplicación del principio de verdad material y con el fin de proteger a terceros (los demás acreedores), la autoridad concursal puede actuar pruebas de oficio. Es el interés público lo que modula la aplicación de la rebeldía.

En un Procedimiento de Protección al Consumidor en principio resulta factible la aplicación de la rebeldía debido a la presencia de intereses privados disponibles. Se violaría el principio de licitud si la autoridad de protección al consumidor presumiera que el proveedor ha cometido una infracción pero dicha autoridad nunca hace esta presunción.

En la medida que todo proveedor ofrece una garantía implícita respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado, en función de la información transmitida expresa o tácitamente, para acreditar la infracción administrativa el consumidor, o la autoridad administrativa, **debe probar la existencia del defecto**, y será el proveedor el que tendrá que demostrar que dicho defecto no le es imputable para ser eximido de responsabilidad. La acreditación del defecto origina la presunción de responsabilidad (culpabilidad) del proveedor, pero esta presunción puede ser desvirtuada por el propio proveedor.

Así, **una vez que se ha probado el defecto**, sea con los medios probatorios presentados por

el consumidor o por los aportados de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor, si el proveedor pretende ser eximido de responsabilidad, deberá aportar pruebas que acrediten la fractura del nexo causal o que actuó con la diligencia requerida.

El *quid* está en cómo se prueba el defecto. En principio, la autoridad administrativa valora los medios probatorios presentados por ambas partes para tener certeza sobre si hay o no un defecto en el producto o servicio. En determinadas circunstancias, ni siquiera las pruebas presentadas por ambas partes serán suficientes, sino que será necesario actuar pruebas adicionales como pericias, inspecciones, entrevistas a testigos, etc. ¿Y qué sucede cuando el proveedor no se apersona al procedimiento? En este caso, por virtud de la ley, la declaración de rebeldía ocasiona que la autoridad crea las alegaciones del consumidor en lo relativo al defecto del producto o servicio.

Por tanto, un primer elemento a tener en cuenta es que la rebeldía no significa presumir que hay infracción administrativa, sino presumir que es cierta la alegación del consumidor sobre el defecto del producto o servicio vendido o prestado por el proveedor denunciado. Claro está, presumir la existencia del defecto por la sola alegación del consumidor, en caso de rebeldía del proveedor, tendrá como consecuencia la declaración de infracción y la aplicación de una sanción, lo que podría afectar, ya no de forma directa, sino indirecta, el principio de licitud propio de un Procedimiento Sancionador.

Si bien la estructura procedimental prevista en el capítulo V del DL 807 reconoce expresamente en su artículo 26<sup>47</sup> la figura de la rebeldía, la relación jurídica bilateral de carácter sancionador inmersa en el Procedimiento Trilateral sancionador tendrá reparos en presumir inflexiblemente como cierto lo alegado por el consumidor sobre el defecto del producto o servicio, pues ello podría afectar, aunque sea indirectamente, el principio de licitud.

El legislador fue consciente, desde un principio, de que el procedimiento previsto en el DL 807 tenía por objeto investigar la existencia de una conducta infractora y sancionarla si se acreditaba tal cosa. La rebeldía prevista en el capítulo V del DL 807 no es un mero accidente o descuido, sino una institución

<sup>47</sup> Decreto Legislativo N° 807.-

"Artículo 26°.- Una vez admitida a trámite la denuncia, se correrá traslado de la misma al denunciado, a fin de que éste presente su descargo. El plazo para la presentación del descargo será de cinco (5) días contados desde la notificación, vencido el cual, el Secretario Técnico declarará en rebeldía al denunciado que no lo hubiera presentado. (...)"

puesta allí intencionalmente. Su propósito, incentivar la participación de los proveedores en el procedimiento. Recordemos que en el ámbito de la contratación masiva muchas relaciones de consumo se dan prácticamente de forma oral, teniendo el consumidor como únicos medios probatorios de la transacción el comprobante de pago (extendido por el proveedor) y su palabra -la declaración de parte, por cierto, es un medio probatorio-, por lo que dichos medios probatorios pueden resultar en ocasiones insuficientes para arribar a un convencimiento pleno de los hechos y materia de controversia. La contestación del proveedor resulta importante para corroborar lo afirmado por el consumidor o para actuar pruebas adicionales. Y dado que en estos procedimientos lo que se discute es principalmente intereses privados disponibles y considerando la especial protección que debe darse a los consumidores, el legislador decidió que los proveedores debían ayudar a esclarecer los hechos denunciados, incentivando su participación en el procedimiento mediante la aplicación del instituto de la rebeldía. De modo que, si el proveedor no se apersona, la autoridad de protección al consumidor puede considerar como cierto lo afirmado por el consumidor respecto del defecto en el producto o servicio de lo que se trate.

Si el pronunciamiento de la autoridad de protección al consumidor se limitará al dictado de medidas correctivas reparadoras -con lo cual el procedimiento sería un trilateral puro-, no habría problema en aplicar la figura de la rebeldía en toda su extensión, es decir, presumiendo como cierto lo alegado por el consumidor denunciante. Sin embargo, la relación jurídica bilateral de carácter sancionador no puede ser marginada. Ella reclama atención debido a que el resultado del procedimiento puede ser la aplicación de una sanción al proveedor. ¿Cómo armonizar la rebeldía con la presunción de licitud? ¿Una institución prima sobre la otra? Creemos que no. Tiene que haber equilibrio. Una no puede avasallar a la otra. La preeminencia de la rebeldía (presunción favorable sobre el defecto del producto o servicio) podría significar una afectación indirecta

al principio de licitud (presunción de inocencia), lo que sería inconstitucional. Pero olvidar los efectos de la rebeldía en determinados escenarios puede llevar a una desprotección de los consumidores, lo que también sería inconstitucional. Dos derechos fundamentales indirectamente enfrentados: la presunción de inocencia y el derecho del consumidor a recibir una especial tutela por parte de los órganos estatales<sup>48</sup>. La respuesta, como decimos, es el equilibrio. La autoridad administrativa debe buscar una forma armónica de equilibrar ambas figuras.

Dicho equilibrio se logra modulando el instituto de la rebeldía al carácter sancionador del procedimiento.

La primera modulación es que lo denunciado por el consumidor debe ser verosímil. Frente a la rebeldía del proveedor, no cabe asumir como cierto lo alegado por el consumidor sobre el defecto del producto o servicio si lo que este denuncia no es verosímil. Por tanto, si bien en principio la autoridad de protección al consumidor puede considerar como cierto lo alegado por el consumidor sobre el defecto del producto o servicio, dicha presunción no debería aplicarse si el escrito de denuncia y pruebas aportadas por el denunciante se aprecia con claridad la inexistencia de dicho defecto y, por tanto, la inexistencia de infracción administrativa. Ello ocurre, por ejemplo, cuando:

- Los hechos mencionados en la denuncia no son verosímiles, son contradictorios o constituyen un imposible físico o jurídico.
- De la denuncia se advierte la fractura del nexo causal por hecho fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o la propia negligencia del consumidor denunciante.
- En la denuncia se reconoce, tácita o expresamente, la actuación diligente del proveedor, como es el hecho de que el servicio o producto ofrecido por el proveedor fue idóneo, que este brindó información relevante, u otros similares.

<sup>48</sup> En Sentencia de fecha 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

"...Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, la primera parte del artículo 65° de la Constitución contiene un genérico deber especial de protección del consumidor y usuario que asume el Estado, cuyas formas como puede concretizarse, se traducen, sólo de manera enunciativa en garantizar 'el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado', así como en velar, 'en particular, por la salud y la seguridad de la población'.

Estas concretizaciones del deber especial de protección sobre los derechos e intereses de los consumidores y usuarios no se agotan allí, puesto que incluyen la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración.

...A criterio del Tribunal, tras los deberes impuestos al Estado en el artículo 65° de la Norma Suprema, subyacen una serie de exigencias que recaen sobre diversos órganos del Estado. En primer lugar, sobre el legislador ordinario, al que se le impone la tarea, mediante la legislación, de crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios. Además la tarea de establecer procedimientos apropiados para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses."

- El hecho denunciado, al margen de si es cierto o no, e independientemente de la actuación de pruebas, no constituye infracción a las normas de protección al consumidor.

Una segunda modulación que equilibra la aplicación de ambas figuras opera con la aplicación del principio de verdad material. Así, si el proveedor está rebelde y la autoridad aprecia indicios de que el consumidor está mintiendo o de que su denuncia esconde intereses distintos de una auténtica tutela hacia el consumidor (v.g. cuando el denunciante actúa por encargo de un competidor del proveedor), ella puede actuar pruebas de oficio con el fin de esclarecer los hechos denunciados.

Una tercera modulación se da cuando la autoridad de protección al consumidor aprecie indicios de que la cuestión controvertida puede afectar a terceros o al interés público<sup>49</sup>. En estos casos, al margen de lo alegado por el consumidor denunciante y de la condición de rebelde del proveedor, la autoridad deberá actuar pruebas de oficio a fin de esclarecer los hechos y tomar las medidas correctivas correspondientes.

Una cuarta modulación la introduce el numeral 223.3 del artículo 223° de la LPAG, norma según la cual en caso el denunciado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la autoridad administrativa podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación luego del vencimiento del plazo. De hecho, en la jurisprudencia de INDECOPI, y desde antes de la vigencia de la LPAG, las autoridades que tramitan los Procedimientos Trilaterales Sancionadores han tenido en consideración los descargos presentados en forma extemporánea en aplicación de los principios de informalismo y verdad material.

Aunada a las cuatro modulaciones indicadas, no debe perderse de vista que la presunción legal consecuencia de la rebeldía tampoco se aplicará en los casos expresamente excluidos en el Artículo 461° del Código Procesal Civil; esto es, cuando

habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda; la pretensión se sustente en un derecho indisponible; requiriendo la Ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, este no fue acompañado a la demanda; o el juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción.

### Por el silencio administrativo

El Procedimiento Sancionador Municipal no es uno que se inicie en ejercicio del derecho de petición administrativa. Por tanto, no tiene que estar consignado en el TUPA de la municipalidad ni en él se aplica el silencio administrativo<sup>50</sup>. Al no haber un administrado que inicie el procedimiento en su condición de parte procesal, no hay quien alegue la aplicación de silencio administrativo, sea positivo o negativo.

En cambio, en los procedimientos de reconocimiento de créditos y de protección al consumidor se aplica el silencio administrativo negativo al ser trilaterales.

### Por la condena de costas y costos

En un Procedimiento Sancionador puro, como el Procedimiento Sancionador Municipal de nuestro ejemplo, no hay condena de costas y costos, simplemente porque no hay un denunciante en calidad de **parte procesal**. En este procedimiento solo hay dos partes: la administración que imputa los cargos y el administrado presuntamente infractor.

Tampoco se aplica la condena de costas y costos en el Procedimiento Trilateral de reconocimiento de créditos. El que el acreedor inicie el procedimiento no es consecuencia de un acto ilícito, y por tanto reprochable, realizado por el deudor; por lo que no tiene sentido castigar a este con el pago de costas y costos por el solo hecho de que la autoridad declare fundada su solicitud de reconocimiento de créditos<sup>51</sup>.

La figura de la condena de costas y costos se aplica plenamente en los Procedimientos Trilaterales

<sup>49</sup> En los procedimientos trilaterales (sancionadores o no) donde solo importa el interés público (v.g. el control de barreras burocráticas,) o donde el interés público tiene preeminencia sobre los intereses privados en contienda (v.g. los temas de defensa de la libre competencia, los procedimientos de investigación de prácticas de *dumping* o subsidios, etc.) no tiene sentido aplicar la rebeldía. La figura de la rebeldía solo tiene sentido cuando lo determinante son los intereses privados en controversia.

<sup>50</sup> Es necesario precisar que no se aplica silencio administrativo a la primera instancia del Procedimiento Sancionador. Una vez sancionado el administrado, el procedimiento recursivo (reconsideración o apelación) se inicia a pedido de parte, caso en el cual procede la aplicación del silencio administrativo negativo. El numeral 188.6 del artículo 188° de la LPAG señala que en los Procedimientos Sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutorias.

<sup>51</sup> Sin perjuicio de ello, el pago de la tasa por derecho de trámite, que efectúa el acreedor, puede calificar como gasto para efectos del reconocimiento de un crédito posconcurral.

Sancionadores que se tramitan en INDECOPI, incluyendo el procedimiento de protección al consumidor. El artículo 7° del DL 807 (conforme a la última modificación efectuada por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Código de Consumo) establece lo siguiente:

**“Artículo 7°.-** En cualquier procedimiento contencioso seguido ante INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o INDECOPI. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier comisión o dirección de INDECOPI puede aplicar las multas de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 118° del Código de Protección y Defensa del Consumidor...”

Cuando la autoridad de Protección al Consumidor, se pronuncia sobre la condena de costas y costos, aplica supletoriamente la regulación sobre costas y costos prevista en el artículo 410° y ss. del Código Procesal Civil<sup>52</sup>. Así, por ejemplo, el proveedor que se allana a la denuncia dentro del plazo para contestarla está exonerado del pago de costas y costos en aplicación del artículo 413° del mencionado Código.

### Por la prescripción

Respecto del Procedimiento Sancionador Municipal, la prescripción opera en función de la única relación jurídica existente, la bilateral de carácter sancionador. Así, se aplica el artículo 233° de la LPAG que señala que la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo

que establezcan las leyes especiales, y en defecto de ello a los 4 años desde que se cometió la infracción o desde que cesó si fuera una acción continuada<sup>53</sup>.

Tratándose del procedimiento de reconocimiento de créditos, hay que distinguir el plazo de prescripción para solicitar el reconocimiento del derecho de crédito del plazo con el fin de ejercer los derechos de voz y voto en Junta de Acreedores. Con respecto a lo primero, conforme a lo establecido en el numeral 1 del artículo 2001° del Código Civil, a los diez años prescribe la acción personal, como es la acción para solicitar el pago de una obligación. En consecuencia, si el crédito invocado por el acreedor tiene más de diez años, el deudor puede alegar en su contestación que la deuda invocada por el solicitante es inexigible. Con relación a lo segundo, los numerales 34.1 y 34.3 de la Ley N° 27809 -Ley General del Sistema Concursal- establecen que solo los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de 30 días posteriores a la fecha de publicación del aviso, que informa sobre la situación de concurso, tienen derecho a participar con voz y voto en las juntas de acreedores, careciendo de dicho derecho los que obtengan el reconocimiento tardío de sus créditos.

En materia de protección al consumidor, el artículo 121° del Código de Consumo establece que el plazo de prescripción de la infracción administrativa es de dos años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó si fuera una infracción continuada. Este plazo de prescripción se encuentra vinculado a la relación jurídica bilateral de carácter sancionador. El referido código no establece un plazo de prescripción vinculado a la relación jurídica trilateral; es decir, con referencia al plazo

<sup>52</sup> Es el caso de la Resolución N° 0919-2008/TDC-INDECOPI (Expedientes N° 1865-2005/CPC y 087-2007-LCC/CPC) de fecha 12 de mayo de 2008, la Resolución N° 1191-2010/SC2-INDECOPI (Expedientes N° 1134-2007/CPC y 114-2008-LCC/CPC) de fecha 2 de junio de 2010, la Resolución N° 1876-2010/SC2-INDECOPI (Expedientes N° 0130-2007/CPC-INDECOPI-LAM y 003-2008-LCC/CPC-INDECOPI-LAM) de fecha 23 de agosto de 2010, etc.

<sup>53</sup> LPAG.-

“Artículo 233°.- Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del Procedimiento Sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235°, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del Procedimiento Sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.”

que tiene el consumidor para solicitar el dictado de medidas correctivas reparadoras. Dado que, el legislador ha vinculado el dictado de medidas correctivas reparadoras con la verificación de la infracción administrativa, se entiende que el plazo que tiene el consumidor para solicitar dichas medidas es el mismo plazo de prescripción de la infracción administrativa.

En atención al deber especial de protección que deben recibir los consumidores, el plazo de prescripción recibe una modulación especial al computarse su inicio, no desde el momento en que el proveedor vende el producto defectuoso o presta el servicio de manera deficiente, sino desde el momento en que el consumidor toma conocimiento del referido defecto. Y es que en determinadas circunstancias el defecto del producto no puede ser advertido por el consumidor al momento de la transacción, sino mucho después. Un caso frecuente es cuando los bancos reportan a un consumidor ante la central de riesgos por una deuda inexistente. Así, puede ocurrir que un consumidor sea reportado indebidamente por el Banco A ante la central de riesgos, y tomar conocimiento de ello tres años después cuando solicita un crédito al Banco B. Mientras no necesitaba el crédito, no se enteró de que el Banco A lo había reportado de manera indebida. Y por culpa de este reporte indebido, el Banco B le niega el crédito que necesita con urgencia, razón suficiente para denunciar al Banco A ante la Comisión de Protección al Consumidor y solicitar a su favor una medida correctiva reparadora. ¿Acaso el Banco A puede alegar en su defensa que ya transcurrió el plazo de prescripción de dos años y que la autoridad no lo puede sancionar, porque el reporte (que es un hecho instantáneo con efecto permanente) ocurrió hace tres años? El deber especial de protección a los consumidores obliga a desestimar lo alegado por el banco denunciado. El cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse desde el momento en que el consumidor tomó conocimiento del reporte indebido ante la central de riesgos.

En lugar de una infracción instantánea, como el caso del reporte indebido, pensemos en un ilícito continuado, como sería el caso de que un banco cobra a un consumidor mensualmente por un seguro no contratado por este. Así, cada mes aparece en el estado de cuenta del

consumidor el monto de la prima de un seguro que el consumidor nunca contrató. Asumamos que el cobro del seguro no contratado se viene realizando durante diez años, y desde hace diez años el consumidor ha tomado conocimiento de esta infracción continuada a través de los estados de cuenta que el banco notifica en su domicilio. Al tratarse de una infracción continuada (que aún no ha cesado) y en aplicación de lo establecido en el artículo 121° del Código de Consumo, podría afirmarse que después de diez años el consumidor puede denunciar al banco y solicitar como medida correctiva reparadora que se le devuelva todo lo que pagó indebidamente durante diez años. ¿Pero acaso no estaríamos avalando una conducta negligente del consumidor? Durante diez años supo que el banco le cobraba mensualmente por un seguro que no contrató y no hizo nada. Como se trata de una infracción continuada, luego de diez años recién presenta su denuncia solicitando el dictado de una medida correctiva reparadora a su favor.

El ejemplo del párrafo precedente nos lleva a considerar la pertinencia de separar las dos relaciones jurídicas existentes, en el interior del Procedimiento Trilateral Sancionador y tratar cada una conforme a su naturaleza. Por el lado de la relación jurídica bilateral de carácter sancionador, qué duda cabe, aún no ha prescrito la acción para sancionar por la infracción administrativa, debido a que esta es continuada y no han pasado dos años desde que cesó. Sin embargo, por el lado de la relación jurídica trilateral, resulta reprochable amparar la conducta negligente del consumidor de no haber acudido oportunamente a INDECOPI a solicitar tutela, por lo que respecto de él podría señalarse que su interés para obrar estaba supeditado al plazo de dos años, desde que tomó conocimiento de la infracción. De esa manera, desde la perspectiva del ejercicio de la potestad sancionadora, y al ser la conducta infractora continuada, todavía no habría prescrito la acción para sancionar al banco a pesar de haber transcurrido diez años; mientras que desde la figura del interés para obrar, relevante para la relación jurídica trilateral, salta a la vista la desidia del consumidor, quien negligentemente esperó diez años para presentar su denuncia<sup>54</sup>.

Distinguiendo las relaciones jurídicas existentes en el interior del Procedimiento Trilateral sancionador

<sup>54</sup> En nuestro ejemplo, al haber pasado diez años, la autoridad de protección al consumidor debería declarar improcedente la denuncia por falta de interés para obrar. Esto supone que el consumidor no será parte procesal en el procedimiento ni será beneficiario del dictado de medidas correctivas reparadoras. Pero como no ha prescrito la infracción administrativa, el consumidor podrá efectuar la denuncia informativa (Artículo 105° de la LPAG), quedando en manos de la Secretaría Técnica iniciar de oficio un Procedimiento Sancionador si considera necesario salvaguardar derechos de terceros o el interés público.

podemos afirmar que, en materia de protección al consumidor, lo que está regulado en el artículo 121º del Código de Consumo es el plazo de dos años, que tiene la autoridad administrativa para sancionar por infracciones a dicha Ley, y que si bien no hay una regulación expresa del plazo para solicitar medidas correctivas reparadoras (resarcitorias), el referido plazo de dos años debe aplicarse en la relación trilateral pero direccionado hacia el instituto del interés para obrar. Así las cosas, sería válido afirmar que:

- La Comisión de Protección al Consumidor tiene dos años para sancionar una infracción administrativa desde que se realizó o desde que cesó si es continuada, computándose el plazo en terminadas circunstancias desde que el consumidor tomó conocimiento de la infracción; y,
- El interés para obrar del consumidor para solicitar el dictado de medidas correctivas reparadoras es de dos años desde que tomó conocimiento de la infracción administrativa.

Solo comprendiendo la existencia de dos relaciones jurídicas, dentro del Procedimiento Trilateral Sancionador en materia de protección al consumidor, es factible armonizar el interés de proteger adecuadamente a los consumidores con el interés de incentivar comportamientos diligentes en ellos.

## VII. Los procedimientos que no son trilaterales

Como lo hemos afirmado en una anterior oportunidad<sup>55</sup>, los procedimientos de apelación tramitados ante el Tribunal Fiscal (TF) o el Tribunal de Contrataciones del Estado del Estado (TCE) no son en estricto trilaterales. Si bien en estos procedimientos

hay tres partes involucradas -por un lado; TF, administración tributaria (cuyo acto administrativo ha sido impugnado) y contribuyente (apelante); por el otro, TCE, entidad pública convocante (cuyo acto administrativo ha sido impugnado) y postor (apelante)-, ello no debería llevarnos a asumir que estamos ante un Procedimiento Trilateral. La razón es que en estos procedimientos recursivos, si bien la administración tributaria y la entidad convocante son parte en el procedimiento, y en esa medida no gozan de alguna prerrogativa frente al administrado apelante, dichas entidades públicas no actúan como administrados, sino como autoridades sometidas a un control de revisión de acto administrativo por parte de una instancia superior. En todo caso, y a diferencia de los procedimientos recursivos tramitados ante el JARU, TRASU o TRASS, los procedimientos tramitados ante el TF o el TCE no se rigen supletoriamente por el Procedimiento Trilateral previsto en la LPAG.

No son trilaterales los procedimientos de selección de personal ni los procedimientos de selección para la compra de bienes o la contratación de servicios u obras públicas. Tampoco son trilaterales los bilaterales donde intervienen terceros<sup>56</sup> con un interés distinto del que tiene el administrado que inició el procedimiento.

Richard Martin<sup>57</sup> menciona que no deben confundirse los Procedimientos Trilaterales con el arbitraje (sea este administrativo o no). Tiene razón en tanto estamos ante auténticos procedimientos arbitrales jurisdiccionales, caracterizados por ser voluntarios (los trilaterales son obligatorios<sup>58</sup> en la medida que su competencia está predeterminada), por ser de derecho o de equidad (los trilaterales son siempre de derecho) y porque en ellos no está presente la figura del agotamiento de la vía administrativa ni el consecuente control jurisdiccional a través

<sup>55</sup> GÓMEZ APAC, Hugo. Ob. cit., pp. 375 - 384.

<sup>56</sup> LPAG.-

"Artículo 60º.- Terceros administrados

60.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

60.2 Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

60.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él."

<sup>57</sup> MARTÍN TIRADO, Richard. Ob. Cit., pp. 489-491.

<sup>58</sup> Al hablar de la actividad arbitral de la Administración Pública, Gaspar Ariño menciona que en ella la Administración Pública decide conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos, en algunos casos con carácter obligatorio y en otros por sumisión voluntaria de las partes (ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial Comares, S.L., Granada, 1999, p. 245). Evidentemente, cuando lo es por sumisión voluntaria de las partes (a través de un compromiso arbitral), no estamos ante un procedimiento trilateral sino ante el arbitraje.

del proceso contencioso administrativo (lo que sí sucede en los trilaterales).

Sin embargo, la doctrina comparada también denomina “actividad administrativa arbitral” a aquellos procedimientos administrativos en los que la autoridad administrativa resuelve controversias entre dos o más administrados en sede administrativa (y no jurisdiccional), la competencia de la autoridad administrativa está predeterminada (la cual resulta obligatoria para las partes), el pronunciamiento es de derecho y está presente la figura del agotamiento de la vía administrativa y el consecuente control jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo; es decir, auténticos Procedimientos Trilaterales<sup>59</sup>.

### VIII. Las potestades cuasijurisdiccionales

Una vez decidido legislativamente que determinados órganos administrativos tendrán competencia primaria para resolver controversias entre dos o más administrados (conflictos intersubjetivos), el camino se fue allanando paulatinamente para el reconocimiento, inevitable a veces, de potestades cuasi-jurisdiccionales, por no decir plenamente jurisdiccionales, a favor de dichos órganos. Como dice Claudia del Pozo, el desarrollo de Tribunales Administrativos que dicen derecho en la resolución de conflictos intersubjetivos ha dado lugar a la creación de una cuasijurisdicción administrativa<sup>60</sup>.

La principal característica que debe tener un órgano administrativo para ejercer competencias cuasi-jurisdiccionales es su independencia<sup>61</sup> e imparcialidad. Precisamente, Juan Carlos Cassagne señala, citando a la Corte Suprema argentina en el famoso caso Ángel Estrada, que no es inconstitucional otorgar facultades jurisdiccionales a entidades de la Administración Pública para resolver conflictos entre particulares si tenemos presente que han sido

creados por Ley, su independencia e imparcialidad están aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos ha sido razonable y sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente<sup>62</sup>.

Una revisión de las normas que regulan las competencias de los órganos que tramitan los Procedimientos Trilaterales, sancionadores o no, permite identificar potestades especiales a favor de dichos órganos, potestades que en otros tiempos serían impensables en cabeza de órganos administrativos, potestades que la tradición doctrinaria exigiría sean exclusividad de autoridades jurisdiccionales. Para no alargar demasiado este trabajo, hagamos un recuento de las más importantes.

El artículo 46° del DL 1034 faculta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia a imponer, además de la sanción, medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, tales como ordenar la obligación de contratar (de acuerdo con las circunstancias y según determinadas condiciones), declarar la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos, entre otras. El numeral 23.2 del artículo 23° de dicha ley señala que la referida comisión podrá adoptar la medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, siendo una de ellas la suspensión de los efectos de actos jurídicos.

Los artículos 114° y 115° del Código de Consumo facultan a la Comisión de Protección al Consumidor a dictar a favor del consumidor denunciante medidas correctivas reparadoras, las que tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior<sup>63</sup>. El artículo 116° de dicho

<sup>59</sup> Al respecto ver: PARADA, Ramón. Ob. cit., pp. 498-501.

<sup>60</sup> DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 180.

<sup>61</sup> Como dice Adolfo Merkl:

“...Si una autoridad administrativa se halla revestida de independencia judicial para determinados asuntos de su campo de acción, asuntos que, por lo general, se caracterizan también por un objeto o procedimientos especiales, nos hallamos ante la forma de organización de la justicia administrativa de que nos venimos ocupando y que puede designarse también, brevemente, aunque un poco equivocadamente, como justicia administrativa de la autoridad administrativa.” (MERKL, Adolfo. Ob. Cit., p. 476)

<sup>62</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”. Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 520.

<sup>63</sup> Las medidas correctivas reparadoras pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resultara posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.

Código faculta a la referida autoridad a declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento de protección al consumidor, en calidad de medida correctiva complementaria.

Pero quizá la potestad que con mayor claridad refleja la naturaleza cuasi-jurisdiccional de los procedimientos trilaterales es aquella que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido a favor de los tribunales administrativos que imparten justicia administrativa: el control difuso administrativo; esto es, la potestad de inaplicar leyes manifiestamente inconstitucionales<sup>64</sup>. En Sentencia de Amparo de fecha 14 de noviembre de 2005 (publicada el 24 de octubre de 2006), recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlenque), el Tribunal Constitucional estableció como precedente constitucional vinculante, la siguiente regla sustancial:

“... Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la Ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”

La Sentencia del caso Salazar Yarlenque fue aclarada mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2006, oportunidad en la cual el Tribunal Constitucional señaló que el Control Difuso Administrativo se realiza a pedido de parte y que los órganos administrativos que tienen competencia para ello son “...aquellos

tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten ‘justicia administrativa’ con **carácter nacional**, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”.

Posteriormente, en Sentencia de fecha 19 de octubre de 2007, recaída en el Expediente N° 06135-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el recurso de agravio constitucional presentado por Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Hatuchay E.I.R.L., la que había demandado por vía del amparo al INDECOPI y a la Asociación Peruana de Autores y Compositores (APDAYC) solicitando se inaplique el primer párrafo del artículo 147° del Decreto Legislativo N° 822<sup>65</sup> -Ley sobre el Derecho de Autor por considerar a esta norma contraria a los derechos fundamentales de igualdad ante la Ley y a la libertad de empresa y comercio. El antecedente del proceso de amparo era la sanción administrativa que había impuesto la Oficina de Derechos de Autor de INDECOPI a la referida empresa en el marco del Procedimiento Trilateral sancionador (regulado en el Capítulo V del DL 807) iniciado por APDAYC contra ella. Pues bien, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional mencionó lo siguiente:

“...En este contexto, debe resaltarse que, además, en mérito al deber de protección de los derechos fundamentales que tiene todo el poder público y, en este caso, en particular, los Tribunales Administrativos, ellos deben ejercer el poder-deber de control difuso de constitucionalidad cuando en la resolución de un procedimiento administrativo resulta relevante la aplicación de una norma y ella es incompatible con derechos fundamentales o con principios constitucionales que los garantizan (v.gr. legalidad, reserva de Ley, entre otros). En tal sentido, la omisión del control

- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
- f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
- g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
- h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
- i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

<sup>64</sup> No obstante, el reconocimiento de esta potestad por el Tribunal Constitucional debe mencionarse la oposición que sobre el particular tiene la mayoría de profesores de Derecho Administrativo, entre ellos nuestro amigo y maestro Jorge Danós Ordóñez.

<sup>65</sup> Ley sobre el Derecho de Autor.-

“Artículo 147°.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más título que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos, nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite.”

de constitucionalidad en sede administrativa, como en el supuesto antes mencionado, representa, a su vez, la omisión del deber de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, dado que los Tribunales Administrativos y órganos colegiados están vinculados por el deber de protección, ellos han de ejercer el control difuso cuando el caso lo demande.

...En consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual debe tener presente el ejercicio de esta potestad en la resolución de las controversias que conoce.”

Finalmente, en la Sentencia de fecha 25 de agosto de 2010 recaída en el Expediente N° 00014-2009-PI/TC (demanda de inconstitucionalidad planteada por el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima en contra del artículo 3° de la Ley N° 28996 - Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, norma que modificó el artículo 48° de la LPAG con el objeto de restituir la competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI para disponer la inaplicación en el caso concreto de la barrera burocrática ilegal o irrazonable contenida en una ordenanza regional o municipal), el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente:

“(...) Al respecto, es evidente que las consideraciones expuestas en la demanda cuestionan las razones sostenidas por este Tribunal en la STC 03741-2004-AA/TC, específicamente en los fundamentos 7 al 17 y el 50 a). En efecto, ello es claramente expuesto cuando el demandante afirma: “No hay en el texto constitucional una sola atingencia a que el Poder Ejecutivo puede ejercer el control de legalidad o de constitucionalidad de las normas municipales.” Al respecto, es de traerse a colación lo sostenido en el considerando 5 de la Resolución de Aclaración de la STC aludida, en el que, citándose a Kelsen, se sostuvo que: si el orden jurídico no contiene una regla explícita en contrario, hay la presunción de que todo órgano aplicador del derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales. Como los órganos tienen a su cargo la tarea de aplicar ‘leyes’, naturalmente están obligados a investigar si la regla cuya aplicación se propone es realmente una Ley. Pero la restricción de esta

facultad necesita de una prescripción explícita. (...)”<sup>66</sup>.

Es en los procedimientos trilaterales, sancionadores o no, en lo que la autoridad administrativa puede efectuar el control difuso administrativo, claro está dentro de los límites establecidos por el Tribunal Constitucional en el caso Salazar Yarlénque. La potestad de efectuar el control difuso administrativo hace evidente el ejercicio de facultades similares a las de las autoridades jurisdiccionales. Es a raíz del reconocimiento de esta potestad administrativa que, últimamente, se ha perdido temor en afirmar que determinados órganos de Administración Pública están facultados para ejercer competencias prácticamente jurisdiccionales. Así, resultan ilustrativas las siguientes palabras de Raúl Ferrero Costa:

“Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad tienen aplicación *erga omnes* (oponibles a todos) y no solamente a quienes hayan solicitado el pronunciamiento, ejerciendo así lo que se denomina el control concentrado de la Constitución, a diferencia del control difuso que le corresponde ejercer a los jueces del Poder Judicial **y también a quienes ejercen labor jurisdiccional en la administración pública**, los que, en un proceso específico, están facultados para preferir la norma constitucional dejando de lado la de rango legal, en cuyo caso la resolución solo se aplica a quienes son parte.” (Resaltado agregado)<sup>67</sup>.

## IX. Conclusiones

El Procedimiento Trilateral ha permitido “desjudicializar” el esquema institucional de resolución de los conflictos asociados a las temáticas de libre competencia, competencia desleal, protección al consumidor, propiedad intelectual, sistema privado de pensiones y determinados ámbitos del mercado de valores, etc.

A través del Procedimiento Trilateral un órgano administrativo resuelve un conflicto de intereses entre dos o más administrados. Los rasgos distintivos del Procedimiento Trilateral son que la autoridad que dirige el procedimiento actúa con independencia y neutralidad y que la controversia

<sup>66</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. México D.F.: Trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, 2.ª edición revisada, 1958. p. 317].”

<sup>67</sup> FERRERO COSTA, Raúl. “Los precedentes vinculantes”. En: El Comercio, 14 de julio de 2011, Lima, p. a4.

suscitada entre los administrados es una que, tradicionalmente, podría ser resuelta por una autoridad jurisdiccional.

Los asuntos que son materia de competencia de la autoridad administrativa en un Procedimiento Trilateral son aquellos que fueron extraídos del ámbito del Poder Judicial; ofrecen una vía de solución de conflictos alternativa al Poder Judicial; ofrecían inicialmente mecanismos de tutela judicial y administrativo, pero luego se optó por canalizar la solución de las controversias únicamente en la vía administrativa o, en los que desde un inicio se apostó por la vía administrativa como primera instancia de solución de conflictos antes los nuevos escenarios posreforma del Estado.

Antes de la expedición de la Ley N° 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General-, las leyes expedidas en materia de publicidad en defensa del consumidor y libre competencia (los Decretos Legislativos N° 691, 701 y 807) ya habían regulado estructuras procedimentales similares a la prevista en la Ley N° 27444 para el Procedimiento Trilateral, con la particularidad de que eran procedimientos trilaterales sancionadores.

En el Procedimiento Trilateral Sancionador conviven en forma dinámica y simbiótica dos relaciones jurídicas: una bilateral de carácter sancionador y la otra trilateral. La primera explica la aplicación de principios de la potestad sancionadora (legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, retroactividad benigna, causalidad, culpabilidad, presunción de licitud, *in dubio pro reo*, prohibición de reforma en peor, *non bis in idem*, entre otros) y de instituciones del Procedimiento Sancionador (la imputación de cargos, la prescripción de la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones y, de ser el caso, la diferenciación entre autoridad de instrucción y órgano de decisión); la segunda alberga los intereses contrapuestos entre denunciante y denunciado y justifica la aplicación de instituciones propias del Procedimiento Trilateral (que el denunciante deba cumplir los presupuestos de admisibilidad y procedencia para que su denuncia sea admitida a trámite, la rebeldía, el silencio administrativo negativo, la culminación del procedimiento por conciliación o transacción extrajudicial y, eventualmente, la condena de pago de costas y costos).

En un Procedimiento Sancionador puro la denuncia de un administrado es meramente

informativa, el principio de congruencia procesal opera entre la imputación de cargos y la decisión final de la autoridad, no se aplica la figura de la rebeldía; no se aplica en la primera instancia el silencio administrativo negativo (con anterioridad a la presentación de recursos administrativos); no procede la condena de costas y costos y la prescripción opera respecto del plazo que tiene la autoridad para sancionar por la infracción administrativa. En cambio, en un Procedimiento Trilateral Sancionador, la denuncia traduce el ejercicio del derecho de petición administrativa de interés particular, el principio de congruencia procesal se aplica en dos momentos (primero, entre la denuncia y la admisión a trámite -imputación de cargos; luego, entre la imputación de cargos y la decisión final de la autoridad) se aplica la figura de la rebeldía con modulaciones en atención al principio de licitud; se aplica el silencio administrativo negativo (con anterioridad a la presentación de recursos administrativos) procede la condena de costas y costos y, finalmente, el plazo de prescripción para determinar la existencia de la infracción administrativa corre en paralelo al interés para obrar del denunciante para solicitar medidas correctivas a su favor, extremo que puede sufrir modulaciones en materia de protección al consumidor debido al derecho fundamental de los consumidores de recibir una especial protección por parte de las autoridades administrativas y el carácter pro consumidor y tuitivo de la legislación de la materia.

La legislación ha otorgado potestades cuasijurisdiccionales a los órganos administrativos que tramitan Procedimientos Trilaterales, como en materia de defensa de la libre competencia, en la que la autoridad administrativa puede suspender los efectos de actos jurídicos, o los casos de protección al consumidor, en los que la autoridad puede ordenar medidas correctivas de carácter resarcitorio a favor del consumidor denunciante o declarar inexigibles las cláusulas contractuales identificadas como abusivas.

Pero quien ha reconocido una potestad prácticamente jurisdiccional a favor de las autoridades que tramitan procedimientos trilaterales -sancionadores o no- es el Tribunal Constitucional, el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú, al reconocer a favor de los órganos de la Administración Pública que resuelven conflictos intersubjetivos de intereses la facultad de efectuar el control difuso administrativo, asunto nada pacífico en la doctrina nacional.