



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO PERUANO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Renato Cárcamo-Seminario

Piura, diciembre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Administrativo y
Regulatorio

Cárcamo, R. (2017). *Análisis crítico del régimen de determinación de la responsabilidad administrativa en el Derecho peruano de protección al consumidor* (Trabajo de investigación de maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Administrativo y Regulatorio). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

RENATO CÁRCAMO SEMINARIO

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE
LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO
PERUANO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Y REGULATORIO**

2017

APROBACIÓN

Del Trabajo de Investigación titulado “*Análisis crítico del régimen de determinación de la responsabilidad administrativa en el Derecho peruano de protección al consumidor*”, presentada por el Abogado Renato Cárcamo Seminario, en cumplimiento con los requisitos para optar el grado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Administrativo y Regulatorio, fue aprobada por el Director Dr. Antonio Abruña Puyol.

Director de Trabajo de Investigación

DEDICATORIA

A mis hijos, por motivarme a ser mejor, a mi esposa por dirigirme indeseablemente hacia dicho propósito, a mis padres por apoyar todas mis decisiones y a mis hermanos por estar ahí siempre.

AGRADECIMIENTO

A Dios por hacerse el encontradizo, aunque a veces me esconda,
hasta que ponga la última piedra.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO	5
I.1. La libertad como principio base de nuestro ordenamiento jurídico	5
I.2. El surgimiento de la responsabilidad aparejada al análisis de culpabilidad.....	6
I.3. Breve reseña sobre la responsabilidad civil	7
I.4. Breve reseña sobre la responsabilidad penal.....	11
I.5. Coincidencias y diferencias entre la determinación de la responsabilidad civil y la penal.....	12
I.5.a) El examen del daño en la responsabilidad civil, desde la óptica de la reprochabilidad subjetiva de la acción	13
I.5.b) El distanciamiento del modelo de análisis de la responsabilidad civil de la doctrina clásica del delito.....	15
I.6. La determinación de la responsabilidad administrativa.....	18
I.6. a) ¿Existen diferencias, y de qué tipo, entre ilícitos penales e ilícitos administrativos?	19
I.6.b) Breve reseña sobre la evolución de la responsabilidad administrativa	23

CAPÍTULO II: NUESTRO DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y SU INICIAL ESTABLECIMIENTO EXPRESO DE UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PROVEEDOR	27
II.1. ¿Por qué surge un Derecho del consumidor?	27
II.2. Evolución normativa de nuestro ordenamiento protector del consumidor hasta antes de la LPAG	28
II.3. La Ley de Protección al Consumidor y su responsabilidad objetiva	29
II.4. Análisis de resoluciones del Tribunal del INDECOPI sobre la determinación de responsabilidad objetiva (¿o subjetiva?) de los proveedores, en aplicación de la LPC	35
II.4.a) Deficiente diferenciación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad civil	35
II.4.b) Determinación de responsabilidad administrativa objetiva, con fundamentos de culpabilidad	37
II.4.c) Sanción tanto para quien no hay nada que reprochar como para quien sí lo hay	42

CAPÍTULO III: LOS PRINCIPIOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SUBJETIVA Y LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD “OBJETIVA” DEL PROVEEDOR	47
III.1. La LPAG y los principios propios de una responsabilidad administrativa subjetiva	47
III.2. El ausente principio de culpabilidad en la LPAG, pero presente en la jurisprudencia	48
III.3. Más casos de determinación de responsabilidad objetiva sustentados en responsabilidad subjetiva	50
III.4. El Código de Protección del Consumidor y su indefinición sobre la responsabilidad administrativa	55
III.5. Análisis de decisiones del INDECOPI en la aplicación de la responsabilidad administrativa regulada por el CPDC y de los principios del procedimiento administrativo sancionador	59
III.5.a) Causa adecuada y responsabilidad	59
III.5.b) Principio de tipicidad	60
III.5.c) Principio de licitud	70
III.5.d) Causa adecuada, tipicidad y licitud	75
III.5.e) Principio de Verdad Material	77
III.5.f) Principio de persecución de oficio	79

III.5.g) Principio de retroactividad.....	87
III.5.h) Inaplicación de normas del proceso civil en el procedimiento administrativo de protección al consumidor.....	88
III.6. Recapitulación crítica de la aplicación de los principios sancionadores y la determinación de la responsabilidad administrativa de los proveedores.....	89
III.6.a) Una expresa e inicial, pero débil, responsabilidad objetiva.....	89
III.6.b) Responsabilidad, culpabilidad y casos fortuitos	91
III.6.c) Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba.....	93
III.6.d) Responsabilidad objetiva y principios del procedimiento sancionador	94
III.6.e) ¿Responsabilidad objetiva y subjetiva al mismo tiempo?.....	95
III.6.f) Potestad sancionadora irrenunciable.....	96
III.6.g) Tipicidad e idoneidad.....	97
III.6.h) Causalidad adecuada.....	98
III.6.i) La garantía de verdad material y el principio de retroactividad	98
III.6.j) Inaplicación de normas procesales civiles	99

CAPÍTULO IV: LA INCLUSIÓN EXPRESA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LAS MODIFICACIONES AL CPDC CONTRARIAS A SU APLICACIÓN	101
IV.1. La inclusión del principio de culpabilidad por el D. L. 1272	102
IV.2. Las modificaciones al CPDC efectuadas por el D. L. 1308.....	103
IV.3. La confusa aplicación del principio de culpabilidad en la determinación de una responsabilidad objetiva de los proveedores. Análisis de recientes resoluciones del INDECOPI.....	105
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	113
JURISPRUDENCIA.....	119
RESOLUCIONES DEL INDECOPI	121

ABREVIATURAS

AED	Análisis Económico del Derecho.
CPDC	Código de Protección y Defensa del Consumidor.
DAS	Derecho Administrativo Sancionador.
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General.
LPC	Ley de Protección al Consumidor.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual.
PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador.

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Protección al Consumidor, como su propio nombre lo indica, es un Derecho tuitivo del consumidor y, por ello, sus estudiosos suelen abordarlo desde la posición que éste tiene en la relación de consumo y la tutela de sus derechos, frente al proveedor, parte “fuerte” en la transacción.

Sin embargo, a la sombra de este anhelo protector del “débil”, creemos que en el ámbito concreto de la determinación de la responsabilidad administrativa se ha dejado olvidada la perspectiva del proveedor, que ve afectada su esfera jurídica por la regulación e intervención del Estado en su actividad, llegando a ser sancionado y obligado a cumplir ciertas medidas correctivas de su actuación antijurídica¹, sin contar con unas garantías mínimas propias de su condición de administrado.

¹ Si desde el punto de vista de la justicia, el incumplimiento de un deber implica la afectación de un derecho, cuando se regula la afectación de un derecho de los consumidores, también se está regulando el cumplimiento de un deber del empresario y, por lo tanto, se está regulando su actividad. ZEGARRA MULÁNOVICH, A. se pronuncia en similar sentido, cuando señala que “la protección del consumidor no es sino un sector o capítulo de la regulación jurídica de la actividad empresarial, que hace parte de su objeto de estudio el Derecho Mercantil”, en *Notas de Contratos Mercantiles* (Derecho Mercantil IV), pro-manuscrito, Universidad de Piura - Lima, julio 2007, p. 72. Ha sucedido en este caso lo que hace tiempo pasó con el Derecho Laboral, que se independizó del Derecho Mercantil, en aras de convertirse en un derecho tuitivo del trabajador; cuando era hasta entonces el Derecho Mercantil quien se encargaba de regular la actividad del empresario también en el aspecto relativo a la relación con sus trabajadores. PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del trabajo*, Aranzandi – Madrid, 2007, p. 31, señala al respecto que “la doctrina jurídica destacó,

Es este administrado, llamado proveedor hacia quien pretendemos voltear la mirada en el desarrollo del presente trabajo, a fin de recalcar la necesidad de mantener mínimos criterios de garantía en la determinación de su responsabilidad administrativa por parte del Estado – quien en el ejercicio de su *ius puniendi* no puede olvidarse de la debida predictibilidad -, lo cual consideramos resulta más factible desde un sistema de responsabilidad subjetiva. Sobre todo, tomando en cuenta que si bien el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI tiene el encargo de proteger a los consumidores, dentro de su misión también está incluida la defensa de las empresas (proveedores) y su actuación libre en el mercado.

Este cambio de perspectiva lo hacemos analizando nuestro originalmente establecido sistema de responsabilidad administrativa objetiva, propio de un esquema de responsabilidad civil por daños, pero que poco a poco se ha ido amoldando a una responsabilidad subjetiva, propia del esquema punitivo que finalmente plantea, pero sin la consolidación exigida por la seguridad jurídica hasta la actualidad, pese al largo tiempo transcurrido desde entonces.

Empezamos nuestro trabajo haciendo un breve recorrido sobre la regulación de la libertad en nuestro ordenamiento, revisando los orígenes teóricos de la responsabilidad y su indudable análisis de culpabilidad, primero en el ámbito civil y luego en el penal – así como las coincidencias y diferencias en la determinación de la responsabilidad entre uno y otro ámbito - , para continuar con el abordaje de la responsabilidad administrativa, de cómo influyen en ellas las tesis diferenciadoras y las tesis unitarias de los ilícitos penales y los ilícitos administrativos, así como su evolución en la doctrina.

Luego hacemos un repaso por el surgimiento de un Derecho del Consumidor en nuestro ordenamiento jurídico nacional para, a partir de allí, concretar nuestro análisis sobre la determinación de responsabilidad administrativa de los proveedores, revisando pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI, primero desde la vigencia de la Ley de

hace más de cuarenta años, que el derecho del trabajador a ser tratado con la consideración debida a su dignidad humana, añade una actitud más exigente de estimación de la persona humana, **de limitación de la actividad del empresario**, dentro de la cual no se puede considerar a los trabajadores como una parte del instrumental” (el énfasis es agregado).

Protección al Consumidor, que como hemos dicho establece de manera expresa una responsabilidad administrativa objetiva, pero que, como veremos, en los hechos el Tribunal aplica utilizando algunos elementos propios de la responsabilidad subjetiva.

Seguidamente, evaluamos cómo la entrada en vigencia de los principios del procedimiento administrativo sancionador establecidos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada en el año 2001, influye o no en los pronunciamientos del INDECOPI, advirtiéndose que la hasta entonces tan pregonada responsabilidad objetiva no era aplicada plenamente, sino que se acudía a criterios de responsabilidad subjetiva para fundamentar la solución a los casos con mayor solvencia.

Luego, con la entrada en vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el año 2010, norma que se limita a establecer una responsabilidad administrativa de los proveedores, pero no la califica ni de objetiva ni de subjetiva, resaltamos como esta falta de definición genera diversos pronunciamientos del INDECOPI en uno y otro sentido, es decir, en algunos casos mostrándose más garantista del proveedor, debido a la observancia de criterios subjetivos de responsabilidad, mientras que en otros no tanto, recurriendo a criterios de responsabilidad objetiva.

Concluimos el presente trabajo con una breve mirada a las modificaciones efectuadas al sistema por el D. L. 1308, así como por el D. L. 1272 que si bien incluye expresamente a la culpabilidad entre los principios del procedimiento administrativo sancionador, no termina por impulsar en los pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI la consolidación de un sistema de protección al consumidor basado en una responsabilidad subjetiva o más garantista de los proveedores y con mayor seguridad jurídica para todos.

CAPÍTULO I

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO

I.1. La libertad como principio base de nuestro ordenamiento jurídico.

La libertad es el poder con el que contamos para desarrollarnos plenamente como personas. Vista en clave de derechos, implica el abanico de facultades ínsitas a la naturaleza del hombre, correlativas con su respectivo deber. Es decir, la libertad apareja responsabilidad, los deberes.

Así, el incumplimiento de uno de estos deberes, implica una injusticia para cuyo restablecimiento, además de la restitución del derecho afectado, surge el deber de reparar el daño generado al otro por la conculcación de su derecho.

El artículo 2, numeral 24, literal a) de nuestra Constitución Política de 1993 establece que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, fórmula que recoge de manera bien resumida, pero precisa, el principio conocido en Derecho público como principio de “vinculación negativa del ciudadano a la ley”, mientras que en el Derecho privado se le conoce como el principio de “libre iniciativa privada”.

Sobre la libre iniciativa privada el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en su sentencia 0008-2003-AI, fundamento jurídico 18, lo siguiente:

“La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares”.

Este principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad de los individuos para autorregular la esfera dentro de la cual se desenvuelven sus intereses², se encuentra desarrollado en los artículos 1354 y 1361 del Código Civil, según los cuales las partes pueden regular lo que sea, salvo que esté expresamente prohibido por ley. Es decir, lo que no está prohibido está permitido. Así el artículo 1355 del Código Civil señala que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Sólo excepcionalmente se puede establecer limitaciones a tal autonomía o libertad de acción³. En este marco se mueven los actores en el mercado, tales como los proveedores y los consumidores.

I.2. Surgimiento de la responsabilidad aparejada al análisis de culpabilidad

Sin embargo, incumplidos los mandatos y las prohibiciones expresamente señaladas en el ordenamiento jurídico, para la armoniosa convivencia social, el ciudadano responde por las consecuencias dañosas que ello conlleva y debe cumplir la exigencia de poner los medios para remediar la afectación al interés general y particular, medios que también son previstos por el ordenamiento jurídico.

² BULLARD GONZÁLES, A., *Economía y Derecho, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, Palestra, Lima, 2006, p. 268.

³ *Ibíd*em, p. 268. También SARMIENTO ROJAS, J., *El problema interpretativo de las leyes en las relaciones jurídico-contractuales*, Tesis para optar el grado de Magíster, Universidad Nacional de Piura, 2008, p. 35.

La justicia demanda dar a cada uno lo que es suyo, es decir, cumplir con el deber de respetar el derecho del otro; y, cuando se ha quebrantado la justicia, surge el deber de reparar. Así, los actos contrarios a Derecho tienen previstos unos medios para remediar las afectaciones que causaron, medios que son entendidos como reacción del Derecho frente a estas conductas reprochables.

Los medios de reacción ante conductas ilícitas pueden ser de lo más variados, pero por lo general y como paso inicial básico impondrán por la fuerza la realización de la conducta en que el deber inatendido consistía, pero también prevén medios para la reparación del daño generado⁴.

En su origen la determinación de la responsabilidad por daño comportaba el análisis de la culpabilidad en la conducta. Ésta debía ser reprochable y en consecuencia debía ser intencional o negligente. Se excluían las causas de fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia del propio afectado. La causalidad era necesaria, pero no suficiente⁵.

Así, una reparación exigía “la culpa” como razón suficiente para intervenir en la esfera privada de obligado a indemnizar; con lo cual las consecuencias de un suceso accidental o fortuito debían ser soportadas por quien las sufría⁶.

I.3. Breve reseña sobre la responsabilidad Civil.

Surge así la responsabilidad civil como sistema de reparación de daños, cuyo debate actual viene definido por la determinación de los mecanismos más idóneos para lograr ese propósito reparatorio⁷.

Su regulación “impone al responsable la obligación de resarcir los daños injustos que haya causado a los derechos de otras personas, ya sea

⁴ REBOLLO PUIG, M., “Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores”, en AAVV, (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, p.317.

⁵ FERNÁNDEZ CRENDE, A. Y SALVADOR CODERCH, P., “Causalidad y responsabilidad”, InDret N° 329, 3ª Ed., Barcelona, 2006, p. 1.

⁶ REGLERO CAMPOS, L., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzandi, Cizur Menor 2006, p. 163.

⁷ REGLERO CAMPOS, L., *Tratado.....*, p. 47.

incumpliendo una obligación asumida voluntariamente (responsabilidad contractual) o fuera de esta situación (responsabilidad extracontractual)”⁸.

“Pero en uno y otro caso deben cumplirse algunos requisitos para que determinado hecho genere responsabilidad civil:

- 1) Que se produzca un daño indemnizable.
- 2) Que entre él y el acto del presunto responsable exista un nexo de causalidad.
- 3) Que se verifiquen los criterios de imputación aplicables”⁹ (imputación objetiva, o causalidad adecuada, e imputación subjetiva o culpabilidad).

Esto significa que la existencia de un daño indemnizable y un nexo causal entre éste y el hecho no es suficiente para atribuir responsabilidad a alguien, motivo por el cual se hace necesario los criterios de atribución de responsabilidad, que son las razones jurídicas valoradas por el ordenamiento como determinantes para imputar la responsabilidad al causante del daño¹⁰.

“Entre tales criterios se comprenden elementos objetivos (del propio acto) y elementos subjetivos (del autor)”¹¹. Los primeros a veces se consideran parte del nexo causal, que en general es un criterio objetivo necesario, aunque no suficiente, repetimos.

La ruptura de este criterio objetivo o nexo causal viene determinado por un evento extraordinario, al que el Código Civil denomina “caso fortuito o fuerza mayor”¹². En la doctrina y legislación se agrega el hecho determinante de tercero y la imprudencia de la víctima. En todos estos casos, más allá de la “ruptura del nexo causal”, lo

⁸ ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Descubrir el Derecho, las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas de manera sistemática*, Palestra, Lima – 2009, p. 144.

⁹ *Ibíd.*, p. 145.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 145.

¹¹ *Ibíd.*, p. 145.

¹² El artículo 1315 del Código Civil señala que “caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

que sucede realmente es que deja de existir el criterio objetivo de imputación¹³.

Una verdadera ruptura del nexo causal se da cuando el daño tuvo de hecho otra causa, independiente de la acción analizada y, por lo tanto, se hubiese producido el daño incluso sin mediar ésta¹⁴.

Por su parte, con el criterio subjetivo de imputación de responsabilidad se hace referencia sobre todo a la culpa, originada al omitirse la diligencia o cuidado ordinarios, exigidos por la actividad que se realiza y por las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Es el acto ilícito¹⁵.

La culpa tiene varios grados. Es “dolo” cuando hay una intención de omitir el cuidado debido. Es “culpa inexcusable” cuando se trata de una negligencia grave. Y es “leve” cuando el descuido es menor y no tiene las características de la inexcusable¹⁶.

La responsabilidad civil por lo general implicaba la exigencia de los tres requisitos para su determinación, es decir, se tenía que llegar hasta el análisis de culpabilidad, o imputación subjetiva (dolo o culpa); pero luego se extendió también a una responsabilidad sin culpabilidad, denominada responsabilidad objetiva, que en algunos supuestos se conocía como responsabilidad por el riesgo y por producto defectuoso.

Pasar de la culpa a la responsabilidad objetiva exigió la búsqueda de fundamentos poderosos para justificar semejante ruptura.

Al principio se señalaba que el empresario era responsable siempre que el hecho haya ocurrido en el marco de su actividad, es decir, en el interior de la empresa y en tanto su situación respecto de las pruebas impidiera al perjudicado obtener las necesarias para acreditar la negligencia¹⁷.

¹³ ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Descubrir...*, p. 146.

¹⁴ *Ibidem*, p. 146.

¹⁵ *Ibidem*, p. 146.

¹⁶ *Ibidem*, p. 146.

¹⁷ REGLERO CAMPOS, L., *Tratado...*, p. 174.

De ahí fue fácil saltar a la teoría utilitaria, según la cual “aquél que emprende una actividad generadora de riesgos para terceros con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa”¹⁸.

Esta responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa (pero provechosa) pierde fuerza con el seguro de responsabilidad civil, con el cual las primas se deducían de los beneficios o se convertían en costes que el empresario imputaba en el precio final del bien o servicio objeto de su actividad¹⁹.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 174. En este supuesto se pueden encuadrar todos los casos en los que el consumidor debe ser reparado aunque su comportamiento haya sido negligente. En protección al consumidor, aquí surge el debate sobre la protección de un consumidor razonable o un consumidor irrazonable. Recuerdo a este respecto el caso de la jurisprudencia norteamericana en el que una consumidora de café tuvo que ser indemnizada por las quemaduras que sufrió al regarse su café, pese a que ello se debió a que ella colocó el vaso de café entre sus piernas mientras conducía su vehículo.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 175. Y aquí surge la discusión en Derecho del consumidor sobre la distorsión del mercado que generaba la sanción de cualquier riesgo, aun los generados por el propio consumidor, ya que implicaba el traslado al precio final del producto de los costos del seguro que cubría todo tipo de riesgos. ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Notas ...*, pp. 65 y ss., señala que “concretamente, existe una tendencia doctrinal y, hasta cierto punto también jurisprudencial, a tomar como objetiva (por riesgo) toda la responsabilidad civil derivada de la explotación de una empresa. Y dado que la inserción de los distintos hechos en la explotación de la empresa es precisamente el criterio de mercantilidad que estamos siguiendo, ello configuraría una especie de teoría general de la responsabilidad extracontractual “mercantil”, cuando el empresario intervenga en el hecho a título de presunto responsable. La base legal general de esta doctrina se hallaría en el art. 1970 CC: el ejercicio de la empresa sería precisamente el supuesto más importante de “actividad riesgosa o peligrosa” a que dicho artículo se referiría. En palabras de TRAZEGNIES: Dos características de la empresa hacen riesgosa su actividad. De un lado, el hecho de reunir a una cierta cantidad de gente, a la que, por otra parte, es imposible controlar en todo momento y en cada uno de sus actos. De otro lado, la utilización de máquinas y técnicas de producción que suponen riesgo (bienes y actividades riesgosos o peligrosos). Es más, colocar objetivamente el costo de los riesgos que produce la empresa a cargo del empresario supone también fomentar la función de *deterrence* (erradicación) que cumple la responsabilidad civil, al colocar la incomodidad económica a cargo de quien mejor puede evitar la producción de los daños, por tener la actividad generadora bajo su control. Además, fomenta la internalización de los verdaderos costos de la actividad por quien la ejerce, lo que impide que actividades riesgosas se vean subvencionadas de manera oculta por el público; es lo que irremisiblemente ocurriría si fuera imposible o anormalmente difícil que incorporen dentro de su presupuesto todos los costos que generan. En ese sentido, según el autor —y personalmente no puedo estar más de acuerdo con él—, debería concluirse que todo “acto (o hecho) de empresa” que resulte dañoso conlleva una

I.4. Breve reseña sobre la responsabilidad penal.

Como medio de reacción ante las conductas más graves se prevén adicionalmente las penas. Es decir, además de imponer por la fuerza la realización de la conducta en la que el deber inatendido consistía, en los casos que ello sea posible (devolver la cosa robada por ejemplo), e imponer por la fuerza la reparación del daño causado al tercero (reparación civil), se establece un perjuicio al infractor, buscado como tal, directa y deliberadamente: la pena.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, “el sistema legal responde con reglas que sancionan o hacen costoso el incumplimiento de los deberes. Con ello compensan con costos legales la ventaja estratégica de quienes al ver pagado su crédito no cumplen con su obligación sinalagmática, para motivar la conducta adecuada de las partes y así reducir los costos de transacción”²⁰. Así en la estafa por ejemplo.

La pena, a diferencia de las reacciones jurídicas analizadas previamente, “requiere una especial justificación y exigencias específicas, tales como ser previsto de manera precisa sólo por ley, para aquéllas conductas ilícitas que lo merezcan; ser impuesto al caso concreto sólo por los jueces y en un proceso con especiales garantías”²¹. Además, precisamente por diferenciarse de las medidas de simple restablecimiento de la legalidad, o de la justicia, no se concibe sin alguna forma de culpabilidad de quien vaya a sufrirlo²².

Sobre el particular, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional peruano tiene dicho en su Sentencia recaída en el Expediente 2868-2004-AA que “un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista la sanción penal o disciplinaria sólo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico” (FJ. 21).

responsabilidad objetiva, aunque la responsabilidad objetiva no se limite a los daños causados en el contexto de las actividades empresariales”.

²⁰ BULLARD GONZALES, A., *Derecho...*, cit., p. 278.

²¹ REBOLLO PUIG, M., “Derecho...”, p. 325.

²² *Ibídem*, p. 318.

La culpabilidad exige la existencia de dos niveles de imputación. “Así, el operador de justicia, en un primer nivel, determinará la llamada imputación objetiva del comportamiento y –de ser el caso- del resultado. Afirmada la imputación objetiva, tendrá lugar el segundo nivel de imputación constituido por la llamada imputación subjetiva”²³ (culpabilidad en sentido restringido o tipicidad subjetiva).

Pero además, el carácter aflictivo de las penas exige un proceso especialmente garantista.

Estas garantías se convirtieron en derechos públicos subjetivos de los ciudadanos y es en el Derecho Penal y en el Procesal Penal donde el Estado de Derecho ha avanzado mucho en el sometimiento del poder a límites efectivos.

Es decir, además del ineludible análisis de culpabilidad, la aplicación de una sanción requiere que la infracción esté debidamente prevista en la ley y que haya un cumplido procedimiento para ello, con diversas garantías como el derecho de defensa.

I.5. Coincidencias y diferencias entre la determinación de responsabilidad civil y penal.

El profesor TRAGZEGNIES señala al respecto que, históricamente, “(...) la diferencia entre lo penal y lo civil no estaba en la naturaleza del acto (doloso o por culpa) sino en la perspectiva desde la cual el mismo acto era tratado desde el Derecho: si se perseguía descubrir y castigar al autor de un hecho doloso debía intervenir el Derecho Penal; si se perseguía más bien reparar a la víctima de un hecho, doloso o no, debía intervenir el Derecho Civil”²⁴.

²³ PINEDO SANDOVAL, C., *La imputación objetiva en el marco de un sistema penal funcional – normativista*, Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, Piura, 2012, p. 20. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2008, p. 317, señala que “se encuentra en un primer nivel la llamada tipicidad objetiva, la cual se encarga de determinar fundamentalmente la incidencia social de la conducta. Una vez determinada la parte objetiva, hay que pasar a la llamada tipicidad subjetiva, la que está referida a las formas subjetivas de participación en el hecho: dolo o culpa”.

²⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La Responsabilidad Extracontractual*, ARA, Lima – 2016, p. 146.

En atención a ello “(...) la inocencia penal del causante no lo libera automáticamente de la responsabilidad civil, sino que ésta tiene que ser evaluada con criterios civilistas. Y ello es obvio si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil cubre una hipótesis más amplia que la responsabilidad penal, ya que no sólo comprende los daños resultantes del delito (normalmente doloso y por excepción culposos), sino también aquéllos que se derivan de descuido e imprudencia no delictual, así como los que deben ser resarcidos sin culpa, como los ocasionados mediante bienes o actividades riesgosas”²⁵.

Por ello “al apreciar la existencia del daño y la naturaleza de la responsabilidad, el Juez civil no se encuentra sujeto a las disposiciones del Derecho Penal que regulan la imputabilidad ni a la sentencia penal absolutoria del responsable de los daños, salvo en cuanto se haya pronunciado sobre la responsabilidad civil a petición de la parte interesada”²⁶. Asimismo, “aun cuando la víctima opte por exigir la reparación en la vía penal por razones de economía procesal o cualesquiera otras, el Juez penal debía resolver este punto de acuerdo con las disposiciones civiles sobre responsabilidad”²⁷.

Para ahondar más en las diferencias y coincidencias entre la responsabilidad civil y la penal nos resulta útil la doble crítica que hace ZEGARRA MULÁNOVICH²⁸ al modelo de análisis de la responsabilidad civil heredado de los autores clásicos, que exponemos a continuación de manera resumida.

I.5.a) El examen del daño en la responsabilidad civil desde la óptica de la “reprochabilidad” subjetiva de la acción.

La primera crítica que hace este autor es que, por un lado, el modelo de análisis de la responsabilidad civil resulta demasiado apegado al modelo penalista del acto ilícito, o sea, de la doctrina clásica del delito.

²⁵ *Ibíd.*, p. 150.

²⁶ *Ibíd.*, p. 151.

²⁷ *Ibíd.*, p. 151.

²⁸ ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Las cláusulas de Hardship en la contratación mercantil*, Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, Facultad de Derecho, A Coruña, 2007, pp. 451 y ss. De donde tomamos ampliamente ambas críticas.

Lo cual explica señalando que “se introdujo una tendencia, innecesaria para la responsabilidad civil, a examinar el daño desde la óptica de la reprochabilidad subjetiva de la acción.

Como es sabido, una innovación del Derecho penal fue la de trasladar la imputación subjetiva (el dolo y la culpa) de la teoría de la culpabilidad (exigibilidad personal de una conducta distinta en el caso concreto) a la teoría del injusto mismo como “elementos subjetivos” del tipo²⁹.

Pues bien, su apegiamiento a la doctrina clásica del delito no le permitió a la doctrina de la responsabilidad civil adoptar esta innovación del Derecho penal.

ZEGARRA MULÁNOVICH considera que la incardinación sistemática de la “imputación subjetiva” en el juicio de antijuridicidad es conveniente y necesaria, con mayor razón desde la perspectiva preponderantemente objetiva de la antijuridicidad civil del daño (o sea, como juicio de desvalor del resultado).

Es decir, el traslado del dolo y la culpa desde la “culpabilidad” (en sentido general) a la esfera del injusto mismo como elementos subjetivos suyos, en la responsabilidad civil no sólo serviría para distinguirlos claramente de las cuestiones que el Derecho Penal examina bajo la rúbrica de la “culpabilidad” (es decir: la imputabilidad, o capacidad socio-psico-somática del autor de motivarse por la norma; la exculpación de quien actúa bajo un error de prohibición insuperable; y el examen de otras causas de inexigibilidad de la conducta debida en el caso concreto³⁰); sino, sobre todo, para sentar las bases para una convincente justificación dogmática de por qué estas cuestiones deberían dejarse, en principio, al margen del juicio de atribución de responsabilidad civil.

²⁹ En palabras de GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones...*, p. 317, “el tipo subjetivo”, como uno de los dos “aspectos de la tipicidad”.

³⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones...*, pp. 505 a 550. También. ALCOCER POVIS, E., *Introducción al Derecho penal, Parte General*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima – 2014, po. 101 a 114.

La razón sería que tales cuestiones interesan sólo en medida limitada al Derecho Civil, en el que se trata en primer lugar de una justa compensación del daño.

O sea, el juicio de reprochabilidad, tan natural y característico (y por tanto ineludible) de la responsabilidad penal, apenas tiene que ver con las funciones (resarcitorias, reparadoras, internalizadoras de costos) de la responsabilidad civil.

La estructura del injusto propiamente dicho, y salvo las lógicas diferencias de enfoque y de énfasis (evidentes en materia de tipicidad), no puede dejar de coincidir en muchos aspectos en ambas ramas del Derecho. La principal virtud de estas coincidencias sería una cierta unificación terminológica del Derecho de la responsabilidad civil y el Derecho Penal, porque la verdad es que en el primero, bajo la rúbrica de la “culpabilidad”, sólo se estudian los que el segundo denomina “elementos subjetivos del tipo” [o sea: del injusto], es decir, el dolo y la culpa”³¹.

I.5.b) El distanciamiento del modelo de análisis de la responsabilidad civil de la doctrina clásica del delito.

La segunda crítica de ZEGARRA MULÁNOVICH resulta ser, “por otro lado, que el modelo de análisis de la responsabilidad civil, heredado de los autores clásicos, se ha distanciado excesivamente del modelo penalista del acto ilícito, o sea, de la doctrina clásica del delito.

“Esto ha ocurrido al perder el paso la doctrina de la responsabilidad civil de la notable evolución experimentada por la teoría penal del delito, donde se han sucedido las teorías neoclásica, finalista, social y personalista de la acción y del delito, cada vez con explicaciones más satisfactorias del comportamiento antijurídico relevante”³².

³¹ ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Las cláusulas...*, pp. 451 y ss,

³² *Ibídem*.

“El único avance en el análisis del injusto que parecen haber compartido en su momento la doctrina civilista de la responsabilidad por acto ilícito y la teoría penal del delito es la noción de causalidad “adecuada”, como criterio para la determinación del vínculo entre la conducta (acción u omisión) del presunto responsable y el resultado dañoso. Se entiende que hay “causalidad adecuada” entre un hecho y su consecuencia cuando ésta se sigue previsible y normalmente de aquél, según la común valoración social, lo que finalmente ha conducido a reconocer que no se trata de una cuestión de causalidad, sino de un problema de imputación”.

“Precisamente, una de las más importantes innovaciones en la teoría penal del delito ha consistido en definir un ámbito de “imputación objetiva”, distinguiéndolo netamente de la cuestión causal (elemento meramente fáctico de los tipos de resultado), como elemento normativo del injusto penal. No cabe retrasar más —es un proceso ya en curso, aunque lamentablemente aún no consolidado, precisa ZEGARRA MULÁNOVICH — la recepción e incorporación de esta doctrina en la teoría de la responsabilidad civil”³³.

Recalca este autor que “el problema del nexo causal nunca debe ser confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso así causado puede o no atribuirse al posible responsable. El primero de ellos sólo puede resolverse a partir del conocimiento empírico de la realidad y, en consecuencia, no cabe más teoría causal que la de la *condicio sine qua non* (o, si se prefiere, de la causalidad “ajustada a la experiencia científica”). El segundo responde más bien a criterios normativos. En definitiva, la atribución de responsabilidad exige tomar en cuenta dos nexos bien diferentes: el nexo entre el resultado y un curso causal determinado, cuestión enteramente fáctica, cuya verificación obedece sólo a criterios empíricamente verificables (usualmente mediante pericias científicas); y, el nexo de imputación objetiva de dicho curso causal al ámbito de responsabilidad de una persona determinada, cuestión de derecho que debe decidirse con sujeción a las normas aplicables en cada caso. Además, sólo cuando un curso

³³ *Ibidem*.

causal está objetivamente imputado a alguien cabe atribuirle un deber de cuidado o diligencia sobre dicho curso causal y, en consecuencia, preguntarse por la “imputación subjetiva” del resultado a la eventual violación o incumplimiento de dicho deber, en el que se materializan precisamente, como se ha visto, el “dolo” y la “culpa”. Es decir, no sólo no basta con los clásicos criterios de imputación subjetivos —el dolo y la culpa—, para atribuir razonablemente la responsabilidad por un resultado, sino que la correcta delimitación de tales criterios requiere la previa imputación objetiva del curso causal en el que intervino, o debió intervenir, la conducta libre del responsable”³⁴.

El punto es tan obvio, agrega ZEGARRA MULÁNOVICH, que “sorprende lo poco que habitualmente se repara en él. Si la culpa es la infracción de un deber de diligencia, no es posible definirla sin ningún marco objetivo de referencia. Demasiadas veces se despacha la cuestión con generalidades, o remisiones en blanco a estándares jurídicos imprecisos, como “la diligencia del buen padre de familia” (o la del “ordenado comerciante y representante leal”), sin osar ir más allá”³⁵.

“Según esto, las condiciones de atribución de responsabilidad civil son, en general:

- 1) el daño,
- 2) la identificación de las cadenas causales de las cuales deriva (según el criterio de equivalencia de condiciones), y
- 3) la imputación objetiva de al menos uno de esos cursos causales a un presunto responsable; pero
- 4) además, muchas veces —quizás la mayoría, pero desde luego no siempre—, su imputación subjetiva por culpa o dolo.

Este esquema tiene la ventaja de ser en su núcleo uno y el mismo para todos los casos, sin tener que distinguir, como suele hacer la doctrina tradicional que toma parte de considerar tres ámbitos enteramente distintos de responsabilidad civil (por hechos

³⁴ ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Las cláusulas...*, pp. 454 y ss

³⁵ *Ibíd.*

propios, por hechos ajenos, y por el “hecho de las cosas”), con supuestos irreductibles entre sí”³⁶.

I.6. La determinación de la responsabilidad administrativa.

Pero, además de los civiles y los penales, también existen ilícitos administrativos, representados por conductas cuyo reproche es ejercido a través de reacciones por parte de la Administración Pública, primero frente a los funcionarios de la Administración, comprendidos en lo que se conoce como Derecho administrativo disciplinario, y extendidos después a los aspectos generales de actuación de la Administración, al compás de la creciente intervención administrativa en distintos sectores³⁷.

En todo caso, de acuerdo a la doctrina, se trató de una concesión necesaria, o por conveniencia práctica, pues se consideró que de otro modo el colapso de la jurisdicción hubiera sido inevitable, ya que se necesitarían miles de jueces dedicados por entero a sancionar la comisión de todo tipo de infracciones, las más graves y las más leves³⁸.

Además, se ha dicho que la potestad sancionadora es también la otra cara de la moneda de la potestad administrativa de policía, de regulación, pues podría no servir de mucho otorgarle a la Administración la potestad para regular o exigir determinados requisitos para actuar, y luego no permitirle sancionar los incumplimientos, obligándola a acudir a un colapsado Poder Judicial³⁹.

No obstante esta insoslayable concesión, cabe preguntarse si para la aplicación de una sanción por una Administración deberá observarse las garantías aludidas y desarrolladas por el Derecho Penal, tales como la culpabilidad. Ello depende de si el *ius puniendi* aplicado administrativamente es el mismo *ius puniendi* del Estado aplicado en el Derecho penal o no. La doctrina mayoritaria ha respondido que sí⁴⁰.

³⁶ *Ibídem*.

³⁷ REBOLLO PUIG, M., “Derecho...”, pp. 319 y 320.

³⁸ BACA ONETO, V., “¿Responsabilidad ...”, p.7.

³⁹ *Ibídem*, p. 7.

⁴⁰ BACA ONETO, V., *Protección al Consumidor, Colección por el vigésimo aniversario. Análisis de las Funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. INDECOPI, Lima – 2013, p. 64.

Compartimos esta postura mayoritaria, cuyos fundamentos pasaremos a explicar resumidamente, con algunas pinceladas sobre las posturas minoritarias.

I.6.a) ¿Existen diferencias, y de qué tipo, entre ilícitos penales e ilícitos administrativos?

Para dar respuesta a esta pregunta existen dos posiciones: la diferenciadora y la unitaria. A las que se puede sumar una ecléctica⁴¹.

El primer bloque, el de las tesis diferenciadoras, postula que se trataría de fenómenos de distinta naturaleza jurídica.

Según esta postura los delitos conllevan un especial juicio de desvalor ético, mientras que la infracción se agota en la mera desobediencia de la norma. Los delitos serían malos *in se* y las infracciones se sancionarían porque están prohibidas⁴². Por lo tanto, hay una diferencia cualitativa y no meramente cuantitativa, entre una y otra figura⁴³.

⁴¹ GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzandi, España – 2013, III Edición, p. 76.

⁴² *Ibidem*, P. 77.

⁴³ Entre sus principales críticos figura el profesor alemán ROXÍN, K., quien señala que las normas de circulación vial también protegen la vida y la salud y, por lo tanto, su infracción también resulta éticamente reprochable. Igual sucede con las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Mientras que en el Derecho Penal, señala, hay normas cuya infracción en sí misma considerada es éticamente neutra, como sucede con la tenencia ilícita de armas. Sin embargo, el penalista nacional GARCÍA CAVERO, P., insiste en la diferenciación, por la diversidad de objeto entre los delitos y las infracciones administrativas: “las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tienen como finalidad únicamente que estos sectores no se colapsen (...). Las normas penales por el contrario protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, los aspectos que permiten en el sistema social concreto una realización personal”. Por eso, continúa el profesor GARCÍA, las primeras operan con criterios de persecución e imputación más flexibles, como la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas y a la aceptación del concepto unitario de autor. Ambos autores son citados por GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho ...*, pp. 78 y 79.

Por su parte, el segundo bloque, el de las tesis unitarias o cuantitativas, defiende que ambos fenómenos poseen la misma naturaleza y que sus diferencias son meramente cuantitativas. Con los matices que convengan, infracción penal e infracción administrativa son, esencial, material y sustancialmente idénticas⁴⁴, concluyen.

Es contraria, por tanto, a la primera, así como a la consecuente diversificación de los regímenes.

La tesis unitaria no niega que existan diferencias entre ambos tipos de sanciones, pero defiende claramente que se trata de castigos impuestos por el Estado, con una potestad punitiva única, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en la que se produzca, viene sujeto por los mismos principios⁴⁵.

Delito e infracción administrativa son diferentes manifestaciones de la misma potestad punitiva del Estado, la cual le ha sido otorgada por medio del contrato social para la tutela de bienes jurídicos⁴⁶.

Los elementos en los que se basa la tesis unitaria son:

- Ambos persiguen la tutela de bienes jurídicos, pues de otra forma se conduciría a la arbitrariedad sancionatoria⁴⁷. Se critica así la tesis diferenciadora, para la cual las infracciones administrativas no tutelan bienes jurídicos. Ejemplo de que ello no es así resulta la prohibición de baño en el litoral con bandera roja.
- Con el paso del tiempo algunas infracciones penales se convierten en administrativas y viceversa. Si se sigue la tesis diferenciadora resultaría que por una simple decisión del legislador cambiarían de naturaleza.
- En ambos casos se trata de acciones típicas, antijurídicas y culpables.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 94.

⁴⁵ REBOLLO PUIG, M., "Derecho...", cit., p. 321.

⁴⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., SANZ RUBIALES, I., *Derecho...*, p. 94.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 96.

- Su diferencia es cuantitativa, hasta un punto matemático incluso. Ejemplo: en nuestro ordenamiento, si eludo el control aduanero con mercancía con un valor mayor a 4 UITs cometo delito de contrabando, pero si lo hago con mercadería con un valor menor sólo incurro en infracción administrativa.
- Tienen las mismas consecuencias jurídicas, salvo la privación de la libertad. Lo cual sitúa a las infracciones administrativas en igualdad de condiciones y manifiesta la necesidad de someterla a controles semejantes a los del Derecho Penal en sentido estricto⁴⁸. De igual forma, tanto uno como otro sector, pueden llevar aparejados el comiso como la responsabilidad civil, y no se le niega el carácter civil a ésta última por ser determinada por una administración. Y finalmente la aplicación del principio de *non bis in ídem* para casos de sanciones administrativas y penales concurrentes.⁴⁹

Se le ha criticado a este segundo bloque que la responsabilidad administrativa incluye a las personas jurídicas, mientras que el Derecho Penal las excluye, porque no tienen capacidad de resocialización. Pero ha respondido válidamente con la evidencia de que, como ha sucedido de manera relativamente reciente en nuestro ordenamiento⁵⁰ y vienen sucediendo desde hace tiempo en otros países, también en el Derecho Penal se sanciona a las personas jurídicas.

Cabe agregar que en esta discusión han surgido posiciones eclécticas que, partiendo de la teoría cuantitativa, matizan que entre infracciones administrativas y los delitos más graves no cabe duda que existe una diferencia cualitativa (delito de violación y aparcamiento indebido por ejemplo). Hay un punto en el que la diferencia cuantitativa se transforma en cualitativa, concluyen. Sin embargo, como no proporcionan un criterio que permita afirmar donde se produce ese salto, se agregan a las tesis cualitativas, con independencia de la etiqueta que use⁵¹.

⁴⁸ *Ibíd.* Pp. 107.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ El 21 de abril de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley 30424, que regula los delitos cometidos por personas jurídicas.

⁵¹ Para un mayor detalle de estas tesis puede revisarse el citado libro de los profesores GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho...*, pp. 94 a 124.

Como dijimos ya, comulgamos con la tesis mayoritaria, denominada unitaria o cuantitativa, según la cual al tratarse en ambos casos de *ius puniendi* estatal, deben compartir también las garantías bastamente desarrolladas en el Derecho Penal.

Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que aun desde la defensa de la tesis diferenciadora o cualitativa, la doctrina ha señalado que existen tres razones que explican la necesidad de que en ambos supuestos sancionatorios, tanto penales como administrativos, se apliquen las mismas garantías:

- “1.- La primera se refiere a que, en el plano normativo, la utilización de dichos principios no se hace con las estructuras propias del Derecho Penal, sino con una reproducción que el Derecho Administrativo Sancionador hace de los criterios de aplicación del Derecho Penal.
De esta manera, los principios se acomodarán a la estructura propia del Derecho Administrativo Sancionador y, como consecuencia, se darán las matizaciones, o la adaptación de los principios del Derecho Penal en el ámbito administrativo sancionador.
- 2.- La segunda se refiere a que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador son derechos punitivos, porque penan; en ese sentido, en busca de una mayor garantía al administrado, deben aprovecharse las técnicas, experiencia y desarrollo del Derecho penal en el procedimiento administrativo sancionador.
- 3.- Finalmente, la tercera se basa en la llamada “unidad del sistema jurídico”. Esta unidad, además de permitir trasladar sistemáticamente decisiones de un sistema jurídico parcial a otro, debe ser entendida como ausencia de contradicción. Es decir, los principios del Derecho penal se aplicarán al Derecho administrativo sancionador, siempre que no entren en contradicción con la finalidad que este último persigue”⁵².

⁵² CHINGUEL RIVERA, A., *El principio de ne bis in ídem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento*, Repositorio Institucional de la Universidad de Piura – PIRHUA, Septiembre de 2015. Ps. 39 y 40.

I.6.b) Breve reseña sobre la evolución de la responsabilidad administrativa.

Al parecer nuestro ordenamiento ha seguido el mismo derrotero de otros como el español pues, luego de un largo período, ha recogido a la culpabilidad⁵³ como uno de los principios del procedimiento administrativo sancionador, en adelante PAS; permitiendo que, hasta entonces, en sectores como el que nos ocupa, rija un sistema de responsabilidad objetiva, sin mayores cuestionamientos, pero con no leves afectaciones a la seguridad jurídica, como las que analizaremos en este trabajo.

Para NIETO GARCÍA el punto de partida de la evolución de la responsabilidad administrativa “se encuentra en el rechazo absoluto de la culpabilidad, por ser ésta incompatible con la responsabilidad objetiva que preside originalmente el campo de las infracciones administrativas. En una segunda fase se abandona la dura responsabilidad objetiva y se introduce un elemento subjetivo que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la mera voluntariedad: el autor ha de querer el resultado. Lo que significa que se elimina ya la responsabilidad en los supuestos de fuerza mayor, caso fortuito y *vis compulsiva* y se abren las puertas a la aceptación del error y la ignorancia. Con lo cual se llega a la tercera fase en que hoy nos encontramos y que supone la exigencia de culpabilidad: no basta querer el resultado (que era lo que se llamaba voluntariedad psicológica) sino que es necesario querer el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad)”⁵⁴.

Consideramos que NIETO se confunde al identificar a la segunda fase como “una de abandono de la responsabilidad objetiva al introducirse un elemento subjetivo que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la mera voluntariedad”⁵⁵. De acuerdo con ZEGARRA MULÁNOVICH⁵⁶, esta segunda fase se corresponde

⁵³ Véase *ut infra* punto IV.1.

⁵⁴ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 335.

⁵⁵ Aunque, considera este autor, en esta fase sí se tenga en cuenta la culpabilidad (intencionalidad) como un elemento modal o de graduación de la sanción. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 326.

⁵⁶ Véase *ut supra* punto 2.5.2.

todavía con una responsabilidad objetiva, o con lo que él llama “el problema de la causa adecuada o criterio más bien normativo de imputación objetiva”⁵⁷. Así los supuestos de fuerza mayor, caso fortuito y *vis compulsiva* excluyen la responsabilidad por tratarse de factores que desvían la atribución objetiva de responsabilidad.

Esta tendencia evolutiva hacia la inclusión de la culpabilidad también en los ilícitos administrativos se ha basado, como hemos visto, en la tesis del ilícito como supra-concepto, del que son manifestaciones el ilícito penal y el ilícito administrativo, aplicándose al Derecho Administrativo Sancionador, en adelante DAS, los principios del Derecho punitivo, que por razones históricas tienen su sede en el ámbito penal⁵⁸.

En nuestro ordenamiento penal el principio de culpabilidad ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que señala que “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”, definiendo así la necesidad de sustentar la atribución de responsabilidad penal en la culpabilidad del autor⁵⁹.

Si bien el principio de culpabilidad no ha sido recogido expresamente en nuestra Constitución, podríamos deducirlo⁶⁰ del contenido esencial del derecho a ser presumido inocente reconocido en su artículo 2, numeral 24, literal 3e)⁶¹. “De forma que el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva o de responsabilidad subjetiva presunta supone la vulneración del

⁵⁷ Vid punto I.5.b) *ut supra*.

⁵⁸ DE PALMA DEL TESO, A., “Principio de culpabilidad: definición y aplicación a las personas físicas”, en AAVV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., Diccionario de sanciones administrativas, Iustel, Madrid, 2010, p. 703.

⁵⁹ GUEVARA CORNEJO, M., *Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, PIRHUA, Piura – 2016, p. 52.

⁶⁰ Tal como lo ha hecho el Tribunal Constitucional español, según señala DE PALMA DEL TESO, A., “Principio...”, p. 704.

⁶¹ Cuyo texto dice que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

citado precepto constitucional y abre las puertas del recurso de amparo”⁶².

En la doctrina española, a diferencia de la peruana, ya ha sido superada la discusión sobre si se debe aplicar el principio de culpabilidad del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador. El verdadero problema radica en “precisar el grado de su operatividad, es decir, las peculiaridades que en este campo ofrece la regulación propia del Derecho penal”⁶³.

Para dar respuesta a este problema NIETO acude al hecho de que vivimos hoy en una “sociedad de riesgo en la que el Estado adopta medidas preventivas directas” y (...) “en la mayor parte de los casos la infracción más generalizada no consiste en la producción de un daño ni en la producción de un riesgo concreto sino en la de un peligro abstracto. Así es como se explica entonces que las infracciones administrativas sean consecuencia de una inobservancia: el simple incumplimiento de un mandato o de una prohibición de crear riesgos, habida cuenta de que tal inobservancia basta para producir el peligro abstracto”⁶⁴.

“Vistas así las cosas – continúa este autor – se comprende fácilmente el descenso de nivel de exigencia de a culpabilidad”. (...) “El Estado no busca culpables, ni siquiera autores sino responsables, hasta tal punto que la mera inobservancia se corresponde con la mera responsabilidad”⁶⁵.

En el ámbito administrativo sancionador, dentro de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, el principio de culpabilidad resulta de necesaria aplicación como límite al *ius puniendi* del Estado⁶⁶. “Porque si es bueno que el DAS abandone definitivamente las actitudes autoritarias del pasado, tampoco es deseable que pierda su identidad ahogándose en los moldes del Derecho penal, que no son los suyos. Con lo cual volvemos a lo de

⁶² DE PALMA DEL TESO, A., “Principio...”, p. 704.

⁶³ NIETO GARCÍA, A., Derecho..., p. 322., agrega en la misma línea que “admitido el principio de culpabilidad, no se sabe exactamente en qué ha de consistir”.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 325.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 325.

⁶⁶ DE PALMA DEL TESO, A., “Principio...”, p. 703.

siempre: la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal y a los juristas corresponde determinar cuáles son sus peculiaridades”⁶⁷, concluye NIETO.

Pero ¿cuáles son esas peculiaridades del principio de culpabilidad propias del DAS?

Según DE PALMA, en el DAS “la culpabilidad se concreta en la exigencia del elemento subjetivo de la culpa o el dolo para la existencia de cualquier infracción administrativa. A su vez, la responsabilidad subjetiva comporta la aplicación del principio de responsabilidad personal por actuaciones propias o de personalidad de las sanciones. El principio de culpabilidad también comprende, pues, el principios de personalidad de las sanciones que excluye el traslado de responsabilidad punitiva a persona ajena al hecho infractor, ya que ello supondría un régimen de responsabilidad objetiva”⁶⁸.

De igual forma cabe precisar que en el DAS la culpa es la protagonista y el dolo tiene un papel secundario⁶⁹, a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal en el cual la regla es el dolo y sólo si la ley lo prevé expresamente se sanciona por culpa. Y esto se debe a que en el Derecho penal la mayoría de los ilícitos son de lesión, mientras que en el DAS “la mayoría de los ilícitos son de peligro, el tipo prevé la simple puesta en peligro – concreto o abstracto – del bien jurídico protegido sin requerir su efectiva lesión”⁷⁰. Por eso en el DAS cabe sancionar a un a título de simple inobservancia⁷¹.

⁶⁷ NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 326.

⁶⁸ DE PALMA DEL TESO, A., “Principio...”, p. 706.

⁶⁹ DE PALMA DEL TESO, A., “La Culpabilidad”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario (2001), Madrid, 2001, p. 27. De la misma autora “Principio ...”, p. 707. También NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 349.

⁷⁰ DE PALMA DEL TESO, A., “Principio...”, p. 707.

⁷¹ *Ibíd.* También NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 325.

CAPÍTULO II

NUESTRO DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y SU ESTABLECIMIENTO DE UNA INICIAL RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PROVEEDOR

II.1. ¿Por qué surge un Derecho del consumidor?

Podemos responder citando lo expuesto por DURAND CARRIÓN, ex presidente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, en su libro *El Derecho del Consumidor*:

“Cuando surge la empresa como el principal actor económico dentro de la economía liberal, trajo consigo el aumento incontenible del tráfico comercial, y la necesaria estructuración de nuevos mecanismos jurídicos que hicieran posible la rápida interrelación de la empresa con el resto de la comunidad receptora de sus productos.

De esta nueva relación empresa – comunidad surgen dos temas importantes. Primero el nacimiento de los mecanismos jurídicos que facilitan tal relación, es decir, el contrato por adhesión y todas las otras formas de contratación en masa, tema que es tratado en otros esquemas jurídicos; y, en segundo lugar, surge un nuevo tipo de actor económico, el individuo dentro de la sociedad, que pretende satisfacer sus necesidades a través de su relación con la empresa, que consume los

productos o bienes que se ofrecen en el mercado. Este individuo, debido a esta característica será conocido como El Consumidor”⁷².

“Actualmente el perfeccionamiento de los instrumentos jurídicos, la aparición del estado social de derecho y el desarrollo en el campo de la responsabilidad civil donde prima la teoría objetiva y en virtud de la cual se considera el daño en sí mismo independiente de la intencionalidad, hace necesario que ya no se siga considerando al consumidor sólo como un individuo, sino que ahora se piense en él como parte de un estatus, el de los consumidores. (...) la defensa recae plenamente sobre todo este grupo humano llamado los consumidores”⁷³.

II.2. Evolución normativa de nuestro ordenamiento protector del consumidor.

Como señala BACA⁷⁴, nuestra Constitución de 1979 ya establecía en su artículo 110 la defensa de los intereses de los consumidores y a partir de esta regulación constitucional se dictó primero el Decreto Supremo 036-83-JUS, para establecer derechos, prohibiciones y una serie de regulaciones, aunque sin señalar una única autoridad encargada de supervisar su cumplimiento⁷⁵.

Por su parte, de acuerdo con BULLARD, nuestro Código Civil de 1984 recoge dos modalidades de la llamada contratación masiva: los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación. Mientras el contrato de adhesión es aquél en el que una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente estipulaciones fijadas por la otra, las cláusulas generales son aquellas que, habiendo sido redactadas previa y unilateralmente en forma general y abstracta, tienen por objeto fijar el contenido normativo de una serie de futuros contratos particulares. En otras palabras, mientras adhesión se refiere al íntegro del contenido contractual, las cláusulas generales se refieren al contenido parcial del contrato⁷⁶; figuras con la cuales se muestra pro-consumidor, o protector de la parte más débil de la relación de consumo.

⁷² DURAND CARRIÓN, J., *El Derecho del Consumidor*, Cultural Cuzco, Lima – 2006, p. 44 y ss.

⁷³ *Ibíd.*, pp. 55 y ss.

⁷⁴ BACA ONETO, V., *Protección...*, p. 21.

⁷⁵ *Ibíd.* P. 22.

⁷⁶ *Ob. Cit.* P 593.

En el año 1991 se emitió el Decreto Legislativo N° 716, que aprobó la Ley de Protección al Consumidor, en adelante LPC, como norma general de protección al consumidor, a través de la cual nuestro ordenamiento se decantó por un sistema punitivo, pero basado en una responsabilidad objetiva⁷⁷ del proveedor, aunque no reconocía la posibilidad de que la autoridad establezca una medida de restitución y menos de reparación o indemnización en favor del consumidor afectado⁷⁸.

En el año 1992, mediante Decreto Ley 25868 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, en adelante INDECOPI, como organismo independiente y, entre otros encargos, asumió la protección de los consumidores.

En 1993 la Constitución, aún vigente hasta nuestros días, refuerza la protección a los consumidores mediante su artículo 65, precisando que la protección al consumidor se basa sobre su derecho a estar adecuadamente informado sobre los bienes y servicios que adquiere, debiendo buscarse la corrección de los efectos negativos de la asimetría de información inevitable entre consumidor y proveedor⁷⁹.

Recién en el año 2000 se otorgó facultades al INDECOPI para que otorgue a los consumidores medidas correctivas, mas no indemnizatorias, a través de la Ley 27311, Ley del Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor.

II.3. La Ley de Protección al Consumidor y su responsabilidad objetiva.

Como hemos dicho ya la LPC estableció en su artículo 41 una responsabilidad administrativa objetiva de los proveedores sin mayor explicación. Entendemos nosotros que se debió a la influencia del Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, promovido en nuestro país por el, entonces, presidente del Tribunal del INDECOPI, Alfredo Bullard Gonzáles, según el cual los sistemas objetivos de

⁷⁷ Cfr. el artículo 41 de la norma.

⁷⁸ BACA ONETO, V., *Protección...*, p. 22.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 23.

responsabilidad “significan menores costos de ejecución, aunque quizá no conduzcan a mejores resultados en términos de prevención”⁸⁰.

Probar la culpa resultaba muy complejo y por ello mismo costoso, predicaban los defensores del AED. Y también por eso, entendemos nosotros, se establecía la no exigibilidad de participación de abogados de las partes en los procedimientos, en tanto implicaba más costos, para tramitar una denuncia de protección al consumidor ante el INDECOPI. En este afán por evitar mayores costos de transacción es que se remite a una “jurisdicción administrativa” la solución de las controversias entre consumidores y proveedores, ya que los altos costos de transacción que implican recurrir al Poder Judicial, traducidos en tiempo y dinero, representaba una injusticia para el consumidor. Sin embargo, no se le otorgó una facultad resarcitoria a los órganos administrativos, pese a que ese es el fin principal de la responsabilidad objetiva que se propugnaba con la creación de esta “jurisdicción”.

Surge así el sistema de protección al consumidor con una básica contradicción en su seno: **intentó conjugar un sistema punitivo, cuyo principio básico es la culpabilidad (responsabilidad subjetiva), con un sistema de responsabilidad objetiva civil, es decir, sin culpabilidad; y, además, sin prever la reparación o indemnización que le es propia a éste último.**

El, hasta hace poco, presidente de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, del Tribunal del INDECOPI, Dr. DURAND CARRIÓN, en su citado libro tiene dicho que el debate se centraba en si se trataba “de responsabilidad civil objetiva o de responsabilidad administrativa”⁸¹. En opinión de este autor “la ley contempla un principio de responsabilidad objetiva y en tal sentido un proveedor infractor responderá administrativamente por la infracción a las normas de

⁸⁰ BULLARD GONZÁLES, A., en su citado libro *Economía ...*, pp. 728 y ss., señala que en un país pobre como el Perú resulta muy caro un sistema subjetivo de responsabilidad, por cuyo motivo debe preferirse uno objetivo. Este autor dice textualmente que “de hecho, gran parte de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil están marcados, antes que por especulaciones teóricas, por facilitar la prueba de lo ocurrido. Por ejemplo, si bien hay otros factores que explican el surgimiento de la responsabilidad objetiva, quizás el más importante se vincula a la reducción de los costos de prueba al no requerirse saber cómo ocurrieron las cosas, bastando probar quién causó el accidente para atribuirle responsabilidad”, p. 758.

⁸¹ DURAND CARRIÓN, J., *Derecho...*, p. 345.

protección del consumidor, pero a su vez responderá también objetivamente si a consecuencia de la infracción administrativa ha causado daños al consumidor en cualquiera de sus dimensiones, es decir daños materiales o patrimoniales y daños personales”⁸².

Se puede advertir el error en el que incurre la apreciación del Dr. DURAND CARRIÓN, dado que el debate se debía centrar en si, para la determinación de la responsabilidad administrativa, se requería además del nivel objetivo de imputación la faceta de imputación subjetiva (dolo o culpa), como sucede cumplidamente en la responsabilidad penal y en determinados casos en la responsabilidad civil, o si, por el contrario, se podía limitar a la sola etapa de imputación objetiva, como sucede en otros casos en la responsabilidad civil.

Debemos precisar que, tal como lo señala BULLARD en su libro⁸³ ya citado, el AED influyó en el sistema de protección al consumidor peruano desde la dación de la LPC, pues debía;

“sustentarse en un marco conceptual relativamente simple pero consistente en sus premisas básicas.

La primera de ellas se refiere a que el consumidor es quien está en mejor situación para decidir qué es bueno para él. Esta idea, que los economistas identifican como el principio de soberanía del consumidor, conduce a que el Estado devuelva al consumidor la facultad de autodeterminar su destino, y de decidir qué consumir y en qué condiciones.

La segunda premisa es que el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente cuenta con la información suficiente para tomar las decisiones que le competen. En ese marco, existe asimetría entre lo que los proveedores pueden saber y lo que el consumidor sabe sobre un producto o servicio. Esta asimetría puede, en ocasiones, generar distorsiones que nos alejan de soluciones adecuadas.

La tercera premisa es que, normalmente, el propio mercado genera incentivos para que los consumidores obtengan información adecuada que los ayude a decidir. Así, la propia competencia estimula a los proveedores a suministrar información precisa y adecuada para ganar las preferencias de los consumidores, tanto sobre sus propios productos como sobre los productos de sus competidores. Por otra

⁸² *Ibíd.*

⁸³ BULLARD GONZÁLES, A., *Economía...*, Ob. Cit., pp. 309.

parte los propios consumidores tienen incentivos para obtener información, sea a través de su propia experiencia de mercado, como a través de otras fuentes (amigos, publicidad, publicaciones especializadas, etc.). Todo esto conduce a que, incluso en ciertas situaciones de asimetría informativa, la actuación del Estado no sea necesaria para que el mercado funcione adecuadamente. Esto conduce a una actuación excepcional y residual del Estado.

En cuarto lugar, se parte de la idea que las normas contractuales ordinarias y los mecanismos de cumplimiento de las mismas, no serán adecuados para resolver los problemas que se presenten. Así, el recurrir a las Cortes ordinarias no será un mecanismo adecuado de proteger a los consumidores en este tipo de transacciones masificadas dado, por un lado, el carácter distinto del proceso de formación de voluntad (basado en la adhesión principalmente) y el costo elevado de recurrir al sistema judicial para resolver el tipo de problemas que se plantea⁸⁴.

En este marco, se encargó al INDECOPI defender la libre iniciativa privada de todos los ciudadanos y sus asociaciones o empresas que actúan en el mercado. Esa es su razón de ser, toda vez que el buen funcionamiento del mercado, a cuyo fin dirige sus empeños, tiene a la libre iniciativa privada como fundamento⁸⁵.

Es decir, protege la libertad de las personas y de sus empresas cuando actúan en el mercado. Pero también protege a las personas en su condición de consumidores. Para este último cometido cumple con sancionar a los proveedores que lesionan derechos.

Es así que el régimen que estableció nuestro ordenamiento para penar a los proveedores es el de la responsabilidad objetiva, según la LPC, aprobada mediante el D. L. 716.

⁸⁴ BULLARD GONZÁLES, A., *Economía...*, pp. 599 y ss. Ver también PELÁEZ YPANAQUÉ, R., La Naturaleza del procedimiento de protección al consumidor y la oportunidad de desistimiento en el mismo, en *ITa Ius Esto*, Piura, agosto – 2013, consultado en <http://www.itaiusesto.com/la-naturaleza-del-procedimiento-de-proteccion-al-consumidor-y-la-oportunidad-de-desistimiento-en-el-mismo/>, el 21 de septiembre de 2017.

⁸⁵ Puede verse al respecto la Misión y Visión de esta institución en su página web institucional <http://www.indecopi.gob.pe/mision-y-vision>, en la que se precisa como: propiciar el buen funcionamiento del mercado o que los consumidores y empresarios se beneficien de un mercado que opera sin distorsiones (última revisión el 5 de noviembre de 2017).

Pero, si la razón de ser del INDECOPI es ese principio de libertad que rige el mercado, y está sencillamente expresado en el citado literal a), del numeral 24, del artículo 2 de nuestra Carta Magna, **¿cómo es que se establece un sistema de protección al consumidor basado en una responsabilidad objetiva, o sea, imponiendo penas a particulares sin probar culpabilidad?**, lo que implica una intervención grave en su libertad, sin considerar las garantías especiales que dicha reacción requiere.

Esas especiales garantías se exigen en este caso, no sólo porque, como lo ha dicho la citada sentencia del TC, el ordenamiento establece una protección frente a la injerencia de los poderes públicos (INDECOPI) en ese ámbito privativo de autodeterminación de los particulares (libre iniciativa privada de los proveedores), sino porque precisamente esa es la función del INDECOPI, velar por la libertad de todos los actores en el mercado.

Si la responsabilidad objetiva, o por el riesgo como le llaman los civilistas, busca reparar el daño, o en realidad no establece una auténtica responsabilidad sino una obligación legal de reparar⁸⁶, ¿por qué el INDECOPI la utiliza para establecer una sanción? Si, la indemnización se establecerá a nivel judicial, pues el INDECOPI no tiene facultades para determinarla ¿cómo se aplica una responsabilidad objetiva, para sancionar, mas no para indemnizar?

El INDECOPI debe propender a que dicha libertad de acción en el mercado esté protegida por la mayor cantidad de garantías necesarias, en atención a ese mandato de optimización de los derechos que cada poder público tiene, al que conocemos como la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales⁸⁷.

⁸⁶ SANZ ENCINAR, A., “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 4, 2000, p. 31. (Ejemplo de ello es el SOAT). También ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Las cláusulas...*, ob., cit. P. 451, cuando señala que la imputación objetiva no es a título de diligencia exigible, sino a título de garantía o, mejor, de atribución objetiva del riesgo.

⁸⁷ CATILLO CÓRDOVA, L., *Los derecho constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007, pp. 275 y ss.

Pero además, el AED sobre el cual se basa el sistema de protección al consumidor creado por la LPC, busca que se restablezca el orden entre un consumidor y un proveedor; sin embargo, podemos observar que no se establece la posibilidad de una indemnización en favor del consumidor por los daños sufridos, mientras que el proveedor sí se ve mellado en su patrimonio al tener que pagar una multa a un tercero, en este caso INDECOPI, lo que en nada restablece el orden o la justicia entre proveedor y consumidor.

Es más, en este caso el consumidor tendrá que acudir a la vía jurisdiccional para obtener una reparación, con el riesgo de que en esta vía se determine que no existe responsabilidad objetiva, incluso de manera contraria a lo establecido en la vía administrativa (o viceversa).

Parafraseando a REGLERO, el sistema integral debe buscar que la complementariedad entre el procedimiento de protección al consumidor y la reparación civil en la vía judicial sea efectiva; y del conjunto de sistemas de reparación se obtenga un sistema global, que permita determinar en cada caso qué debe considerarse por reparación justa⁸⁸. Si en ambos casos se aplicará el régimen objetivo civil, ¿por qué se le exige acudir a ambos procesos?, ¿no hubiera sido más económico que en uno sólo se determine la sanción y la indemnización?

Si el sistema de protección al consumidor se hubiera basado en un régimen de responsabilidad subjetiva hubiera sido entendible que para obtener una indemnización luego el consumidor acuda al Poder Judicial, dado que el proveedor podía ser absuelto de responsabilidad en la vía administrativa, pero en la vía judicial civil (por responsabilidad objetiva) ser condenado al pago de una reparación, de acuerdo con lo señalado por TRAZEGNIES párrafos arriba⁸⁹.

Pero, asimismo, tal como lo hemos esbozado antes, el hecho de pagar una multa al INDECOPI genera en los proveedores una mengua patrimonial que en nada restablece la justicia entre él y el consumidor dañado.

⁸⁸ REGLERO CAMPOS, F., *Responsabilidad...*, p. 47.

⁸⁹ Ver *ut supra* punto I.5.

II.4. Análisis de resoluciones del Tribunal del INDECOPI sobre la determinación de responsabilidad objetiva (¿o subjetiva?) de los proveedores, en aplicación de la LPC.

Vamos a analizar como el régimen de protección al consumidor establecido en la LPC, a través de su aplicación en diversas resoluciones del INDECOPI, ha ido evolucionando de una responsabilidad “objetiva” de los proveedores – si es que la ha habido – a una simple responsabilidad “administrativa”, y qué significa esta última.

II.4.a) Deficiente diferenciación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad civil.

Resolución N° 0095-1996-TDC

En esta decisión, publicada el 18 de diciembre de 1996, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI estableció un precedente de observancia obligatoria, referido a la razonabilidad de las advertencias en caso de productos defectuosos.

Puede advertirse en este primer precedente del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI la diferenciación que hace entre responsabilidad civil y responsabilidad administrativa:

“El término "son responsables" empleado en el artículo 8 implica no sólo asumir la responsabilidad civil que corresponde, sino la responsabilidad administrativa, principio que ha sido correctamente aplicado por la Comisión.

En tal sentido, tanto SmithKline como Hersil, en su calidad de proveedores, son responsables por la idoneidad y el contenido del producto Dyazide, y deben responder administrativamente por haber puesto en el mercado un producto defectuoso que no cumple con los fines para los cuales se fabrica (no es idóneo) ni contiene todos los componentes que los proveedores afirman (responsabilidad por el contenido) sino, por el contrario, contiene otro (la Trifluoperazina, un antipsicótico) que además pone en riesgo la salud de los consumidores”⁹⁰.

⁹⁰ Ambos párrafos son extraídos del texto de la resolución, p. 7, correspondientes al apartado que analiza la infracción al artículo 8 del D. L. 716.

Pero no nos dice, por lo menos expresamente, cómo se determina dicha responsabilidad administrativa, si por una simple responsabilidad objetiva o si requiriendo la etapa o faceta de imputación subjetiva (dolo o culpa). Se entiende que para la responsabilidad civil habrá que acudir a la normativa civil, pero ¿y para la administrativa que es la que él está determinando?

Pero, además, de su propio texto se desprende que el Tribunal no tiene tan clara esta diferencia, pues cuando los denunciados alegan la responsabilidad solidaria prevista por el artículo 32 de la Ley de Protección al consumidor, para pagar la multa máxima de 100 UIT's de manera conjunta (y no 100 UIT's cada uno), expresa lo siguiente:

“Al respecto, esta Sala debe precisar que la solidaridad a que se refiere el artículo citado se refiere a la responsabilidad civil generada como consecuencia del daño causado en las personas o sus bienes por productos defectuosos. Esa es precisamente la diferencia entre el artículo 32 y los artículos 9 y 10 que se refieren a la responsabilidad administrativa. El artículo 32 se encuentra ubicado en el Título Sexto del Decreto Legislativo N° 716, llamado "De las Responsabilidades frente a los Consumidores". Dicho título hace referencia a las diversas formas de responsabilidad civil que pueden generarse frente al proveedor, y allí evidentemente la solidaridad se explica porque la víctima puede obtener la compensación correspondiente de cualquiera de los proveedores causantes del daño. Pero las multas que fija la Comisión y que, en segunda instancia administrativa, revisa esta Sala, sancionan administrativamente comportamientos irresponsables de los proveedores con relación a los consumidores. En tal sentido, debemos citar el artículo 39 del Decreto Legislativo N° 716: "Los proveedores que violen las normas establecidas en la presente ley serán sancionados administrativamente, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar"⁹¹.

⁹¹ Ver la página 13 de la resolución.

Y decimos que parece no tener clara la diferencia pues si bien el artículo 32 de la LPC se encuentra dentro del Título Sexto, llamado “De las Responsabilidades frente a los Consumidores”, los artículos 9 y 10 están en el Título Tercero, llamado “De las obligaciones de los proveedores”, y como hemos dicho más arriba, la regulación de la actividad de los proveedores, comerciantes, es una regulación propia del Derecho Mercantil, que también recoge el sistema de responsabilidad civil objetivo. Tampoco aquí nos dice cómo se determina la responsabilidad administrativa. Pues sí se ha optado por una responsabilidad objetiva, entonces resulta lógico de un régimen tal la responsabilidad solidaria invocada por los proveedores.

Consideramos, por tanto, que estas deficiencias se sustentan, desde el inicio, al optar por un sistema de responsabilidad objetiva (civil) para la determinación de una sanción administrativa.

Justamente la negada culpabilidad, en su vertiente de personalidad de la acción ilícita⁹² – recogido con el nombre de causalidad por nuestra Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG⁹³ -, defiende que la responsabilidad sea personal y no solidaria o subsidiaria, como sí puede suceder en un sistema de responsabilidad objetiva que tanto propugna el Tribunal del INDECOPI.

II.4.b) Determinación de responsabilidad administrativa objetiva, con fundamentos de culpabilidad.

Ahora bien, párrafos más abajo la misma resolución estableció que la responsabilidad administrativa de los proveedores era objetiva, sin más explicación que una simple interpretación *contrario sensu* de la norma del artículo 42 de la LPC.

⁹² NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 328.

⁹³ Cabe precisar que en el mes de marzo de 2017, mediante el D. S. 006-2017-JUS, se aprobó el TULO de la LPAG, para sistematizarla con las modificaciones que en diciembre de 2016 le realizó el D. L. 1272. En tanto analicemos resoluciones previas a ello mantendremos la referencia directa a la LPAG, hasta llegar al capítulo IV, *ut infra*, en el que abordaremos dichas modificaciones.

El Tribunal al hablar de la gradación de la sanción señaló que “debe tenerse en cuenta que la responsabilidad administrativa en la que han incurrido las empresas denunciadas es objetiva. Así, el citado artículo 42⁹⁴ establece que para graduar la sanción a imponerse, mas no para determinar la existencia de una infracción, deberá tomarse en cuenta la intencionalidad del infractor. Ello implica que la sanción variará dependiendo de si el infractor actuó con culpa leve, culpa inexcusable o dolo al incurrir en la falta sancionada”⁹⁵.

Es decir, desde ya, para el Tribunal del INDECOPI la determinación de la responsabilidad por infracciones a la normativa de protección al consumidor no requería del análisis de elementos de culpabilidad o, lo que es lo mismo, la aplicación de la responsabilidad subjetiva. Pero sí para la graduación de la sanción.

Y así lo hace valer el Tribunal en esta resolución que confirma la sanción impuesta por la Comisión de Protección al Consumidor, al reiterar que **bastaba para ello el que haya quedado acreditado que en los hechos el producto no cubrió la idoneidad respectiva, al no contener lo que debía contener, sino por el contrario una sustancia distinta** (infringiendo así lo dispuesto en el artículo 8 de la LPC).

Pero además, también se sanciona a los denunciados por infracción al artículo 9 de la Ley, al conllevar su producto un riesgo injustificado para la salud de sus consumidores. La pregunta que nos hacemos válidamente es si dicho riesgo injustificado no está dentro de la inidoneidad prevista en el artículo 8 de la Ley, previamente analizada y ya sancionada. Si la respuesta fuera negativa, entonces también se debió sancionar a los denunciados por infracción al artículo 7 de la Ley que obliga a los proveedores a cumplir con normas de seguridad en lo que corresponda.

Por otro lado también se sancionó a los denunciados por infracción al artículo 10 de la Ley, por no haber adoptado las

⁹⁴ Se refiere al artículo 42 del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, vigente en dicha época.

⁹⁵ Ver página 12 de la resolución, en el análisis de “Las sanciones impuestas por la Comisión”.

medidas razonables para mitigar los riesgos de haber colocado en el mercado dicho producto peligroso para la salud.

Cuestión aparte merecería el hecho de que ni la Comisión ni el Tribunal del INDECOPI efectuaron una determinación de los montos de las multas que se le impusieron a los denunciados por cada una de esas infracciones. Sólo se limitaron a reafirmar que por tratarse de infracciones graves la sanción tenía que ser grave, y se les impuso la multa máxima prevista en la LPC, 100 UIT's.

La pregunta que nos toca hacer es: ¿efectivamente se está aplicando una responsabilidad objetiva?

En este caso se indica que bastaba que quede acreditado, no el daño, sino que el producto no cubrió la idoneidad respectiva, al no contener lo que debía contener para determinar su responsabilidad administrativa. Es decir, no se sanciona a las empresas por que causaron un daño, sino porque su producto, al no contener lo que ofrecieron que contenía, resultó siendo inidóneo, y dicha inidoneidad era atribuible a defectos del proceso productivo del proveedor.

La idoneidad de un producto viene determinada por lo que un consumidor razonable espera recibir al adquirir dicho producto. En palabras de BULLARD, lo que digan las garantías implícitas, explícitas y/o legales del producto adquirido⁹⁶. Si el consumidor compró la medicina A, lo que razonablemente esperaba recibir era la medicina A. Sin embargo, el proveedor le otorgó la medicina A' y, en consecuencia, no resultó idóneo el producto por su culpa. Por tanto se le sancionó.

Pero, si es así, no se trata en realidad de una responsabilidad objetiva sin más, sino que en efecto existió un análisis de culpabilidad. En el presente caso, además, por tratarse de una medicina, al otorgar el producto A', en vez de A, el proveedor incluyó en el producto un riesgo no previsto, incurriendo así en el supuesto de infracción previsto en el artículo 9 de la LPC, por cuyo

⁹⁶ BULLARD GONZÁLES, A., *Economía...*, p. 629. Cuando habla del modelo de idoneidad.

motivo el Tribunal sí entra a analizar la secuencia de errores y defectos cometidos por las empresas denunciadas, en el proceso de producción del bien que finalmente pone en el mercado, en base a los cuales determina que sí les asiste responsabilidad por el hecho. Recoge así la doctrina de la “culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización” desarrollada por el conocido penalista alemán KLAUS TIEDEMANN⁹⁷.

Es curioso que, pese a insistir en que está aplicando el supuesto de responsabilidad objetiva prevista en el artículo 41 de la norma, en el apartado en el que analiza la sanción impuesta por la Comisión, el Tribunal señala que “los denunciados llevaron a cabo una serie de actos inexcusablemente negligentes de manera voluntaria”. Es decir, recurre a la culpabilidad. Precisa, no obstante, que sólo para la graduación de la sanción se puede recurrir a elementos subjetivos.

Como hemos visto, pese a lo afirmado y reiterado por el Tribunal en este precedente, sí se analiza culpabilidad, no sólo para la graduación de la sanción sino también para la determinación de la existencia o no de la infracción al artículo 9 de la LPC.

Consideramos que el Tribunal hace un análisis de culpabilidad también en el establecimiento de la sanción, en base a la idea de que sin los elementos propios de la culpabilidad se posibilitaría la imposición arbitraria de sanciones, y muy elevadas o desproporcionadas, para conseguir el fin perseguido, que es la prevención, dirigida a evitar determinados comportamientos. Lo cual perpetraría una inaceptable afectación al principio de proporcionalidad, admitida por la doctrina como una de las razones que apoyan la exigencia de culpabilidad también en las personas jurídicas⁹⁸ (las que son mayoría en la lista de proveedores que INDECOPI sanciona).

Por otro lado, ante las alegaciones de los denunciados de que en ningún momento ha habido dolo o intención en su actuación, el Tribunal señala que el término “intencionalidad” utilizado por el

⁹⁷ Citado por GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho...*, pp. 522 y ss.

⁹⁸ Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I., *Derecho...*, p. 518.

artículo 42 de la LPC y por la Comisión (en la resolución apelada) no debe ser entendido como sinónimo de “doloso”, sino que por el contrario refleja que los denunciados llevaron a cabo una serie de actos inexcusablemente negligentes. Sin embargo, sí rebaja la sanción de cierre establecida por la Comisión al plazo máximo previsto por la ley, a un plazo menor de sólo 7 días.

Aquí nuevamente se puede apreciar que hace un análisis de culpabilidad al referirse a actos inexcusablemente negligentes.

Por otro lado, si el término “intencionalidad” debe o no ser entendido como sinónimo de “doloso”, acudimos al análisis que hacen GÓMEZ y SANZ, del tenor del artículo 131.3 de la Ley Española de protección al consumidor⁹⁹, que también establece la regla de que la intencionalidad se tomará en cuenta al momento de imponer la sanción. Este autor dice que la determinación de la infracción puede darse una vez verificada la imprudencia. Mejor dicho, la norma parte de que la inexistencia de intencionalidad (dolo) no determina la impunidad de la conducta en los supuestos en los que concurra imprudencia. El dolo (intencionalidad) supone un plus de responsabilidad y por tanto, juega un papel importante al momento de la determinación de la sanción. Es decir, concluye que el término “intencionalidad” sí se usa en este caso como sinónimo de “doloso”, partiendo de la importante premisa que “en Derecho administrativo sancionador la imprudencia es la protagonista”, a diferencia de lo que sucede en Derecho Penal en el cual la regla es el dolo y sólo si la ley lo prevé expresamente se sanciona la culpa¹⁰⁰.

Creemos también que el Tribunal del INDECOPI ha utilizado los principios de la culpabilidad o la denominada “culpabilidad de las personas jurídicas por defectos de organización”, para determinar si existía la infracción establecida en el artículo 9, como claro reconocimiento a la necesidad de utilizar criterios de culpabilidad para determinar una responsabilidad administrativa

⁹⁹ Ver su obra citada, p. 451.

¹⁰⁰ DE PALMA DEL TESO, A., “La Culpabilidad”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario, Madrid, 2001, p. 27. De la misma autora “Principio ...”, p. 707. También NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 349.

por afectación a los derechos del consumidor y, por tanto, imponer una sanción.

Como se ve desde este primer precedente del Tribunal de INDECOPI la responsabilidad administrativa de protección al consumidor no era tan objetiva como éste creía.

II.4.c) Sanción tanto para quien no hay nada que reprochar como para quien sí lo hay.

Resolución N° 277-1999-TDC

En este segundo precedente a analizar, el Tribunal señaló que “el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado”¹⁰¹, y con ello confirma la decisión de la Comisión de sancionar a una embotelladora de bebidas gaseosas por contener un cuerpo extraño como resultado de un defecto en su proceso de embotellamiento.

Al hablar de un defecto en su proceso se puede ver que ya no se trata de una responsabilidad objetiva, sino subjetiva, pues se ha determinado por una negligencia del proveedor. Lo curioso es que el Tribunal cita para respaldar esta tesis, en un pie de página, una resolución previa en la que en un caso concreto, pese a que el perjuicio se debe a un hecho fortuito, se determina la responsabilidad del proveedor. Nos referimos a la Resolución N° 99-1996-TDC¹⁰², mediante la cual se dirimió la controversia entre una pasajera y la aerolínea que perdió su maleta, debido a un Huracán, decidiéndose que pese a que se trataba de un hecho fortuito o fuerza mayor la aerolínea debía ser responsable por la pérdida de la maleta.

¹⁰¹ Ver página 4 de la resolución, primer párrafo del apartado “La idoneidad del servicio prestado”.

¹⁰² Citado en el pie de página número 10 de este precedente 277-1999-TDC. El caso dirimido en esta resolución es el de una pasajera a la cual la aerolínea le perdió su maleta, debido a un Huracán, decidiéndose que pese a que se debía a un caso fortuito o fuerza mayor la aerolínea debía ser responsable por la pérdida de la maleta.

Y mucho más curioso, por contradictorio, resulta apreciar que unos cuantos párrafos más abajo de este mismo precedente el Tribunal señala que “la garantía implícita y objetiva no convierte al proveedor siempre en responsable, pues podría suceder que la falta de idoneidad en el bien o servicio materia de comercialización haya sido causada por un factor diferente, como puede ser el **hecho fortuito** o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las que, obviamente, el proveedor no puede ser considerado como responsable de lo ocurrido”¹⁰³.

Consideramos que estas disparidades al momento de determinar la responsabilidad es producto de la falta de aplicación abierta y clara del principio de culpabilidad en todos los casos.

En efecto, el juicio de culpabilidad tiene entre otras funciones la de individualizar la responsabilidad del infractor, que es otra razón por la que la doctrina apoya la exigencia de culpabilidad también en las personas jurídicas¹⁰⁴. Prescindir de culpabilidad lleva a tratar igual a quien no hay nada que censurarle, como sucede en el caso de la Resolución N° 99-1996-TDC; que a quién sí que se le puede reprochar algo, por ejemplo un déficit organizativo, como en el caso del precedente que analizamos bajo este rubro, en el que se sancionó a una embotelladora que por un defecto en su proceso productivo puso en el mercado una botella de bebida con un cuerpo extraño.

La jurisprudencia española equipara la capacidad infractora de las personas jurídicas a culpabilidad, para indicar que estas sí

¹⁰³ Confróntese el párrafo quinto de la página 5 de este precedente, en https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_Res_0277-1999-TDC.pdf/1b68936c-ec6d-4450-a504-cd50dd24f83f. (Revisado por última vez el 15 de noviembre de 2017).

¹⁰⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, en Revista Jurídica de Castilla y León, N° 25, Septiembre – 2011, pp. 69, señala que, además de los ya señalados principios de proporcionalidad y de individualización de la infracción, la exigencia de culpabilidad en las personas jurídicas permite mayor homogeneidad dentro del derecho punitivo (de lo contrario se incidiría en una responsabilidad por el riesgo, que tiene su fundamento en el ámbito del Derecho civil, pero que carece de sentido en un Derecho de carácter punitivo).

tienen culpabilidad¹⁰⁵. Pero se debe reconocer que esta postura necesita profundizaciones tales como las del aludido estudio que TIEDEMANN hace sobre la culpabilidad de las personas jurídicas por defectos de organización¹⁰⁶.

Continúa señalando el Tribunal del INDECOPI, en este segundo precedente bajo análisis, que “es importante destacar que el supuesto de responsabilidad objetiva en la actuación del proveedor impone a éste la carga procesal de probar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, pudiendo por ejemplo, acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de la responsabilidad”¹⁰⁷; es decir, si el nexo entre el resultado dañoso y un curso causal determinado no es real. Cuestión enteramente fáctica, cuya verificación obedece solamente a criterios empíricos. Hasta aquí estamos de acuerdo en que se trata de responsabilidad objetiva.

Pero, en el siguiente párrafo, agrega el Tribunal que “corresponde al consumidor, y en su caso a la Comisión, acreditar la existencia de un defecto en el producto. Acreditado dicho defecto, se invierte la carga de la prueba, debiendo el proveedor acreditar que el defecto no le es imputable, es decir, no es un defecto incorporado al producto como consecuencia del proceso de fabricación, envasado, producción, conservación, u otras actividades involucradas en poner el producto al alcance del consumidor”¹⁰⁸; entrando en contradicción con la teoría de la responsabilidad objetiva, ya que permite al proveedor establecer que no hubo negligencia (culpa) de su parte, al no encontrarse ningún defecto en su proceso productivo, en cuyo caso no debe ser sancionado.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, p. 52.

¹⁰⁶ *Ibíd*em, pp. 522 y ss.

¹⁰⁷ Confróntese su párrafo sexto de la quinta página. En https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_Res_0277-1999-TDC.pdf/1b68936c-ec6d-4450-a504-cd50dd24f83f (Visitada por última vez el 15 de noviembre de 2017).

¹⁰⁸ Confróntese el párrafo séptimo de su quinta página.

De acuerdo con TRAZEGNIES, al dar cabida a esta inversión de la carga de la prueba nos mantenemos en el plano de la responsabilidad subjetiva. En la responsabilidad objetiva no hay culpa que probar¹⁰⁹. Y en el mismo sentido, LEÓN BARANDIARÁN señala que “si se quiere proteger eficazmente a la víctima frente al daño que le ha sobrevenido, por razón de responsabilidad por riesgo (mediante cosa o actividad peligrosa) la presunción de culpa debe ser *iuris et de iure*”¹¹⁰.

A propósito de esta inversión de la carga de la prueba, cabe señalar que nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 11 de octubre de 2005, recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC ha establecido que no comparte la postura según la cual “se imputa responsabilidad a los recurrentes porque en los descargos correspondientes no aparece prueba que desvirtúe los cargos que se les imputan” (...) “no puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. Por ello, al disponerse en esta caso que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndose por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución”. Volveremos sobre esto cuando analicemos la aplicación del principio del procedimiento administrativo sancionador conocido como “presunción de licitud”, recogido en la LPAG.

¹⁰⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *Responsabilidad...*, p. 177.

¹¹⁰ Citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *Responsabilidad...*, p. 327.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SUBJETIVA Y LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PROVEEDOR

Como hemos indicado ya, la LPC, promulgada mediante el D. L. N° 716, se decantó por un sistema punitivo de los proveedores que afectaran los derechos de los consumidores. Pero, extrañamente, para determinar si el proveedor era pasible de sanción, la ley le permitía al INDECOPI, basarse en una responsabilidad objetiva, la que en principio debía estar exenta de todo análisis de culpabilidad.

III.1. La Ley del Procedimiento Administrativo General y los principios propios de una responsabilidad administrativa subjetiva.

Sin embargo, en el año 2001, la LPAG establece en nuestro ordenamiento una regulación específica para el Procedimiento Administrativo Sancionador, en adelante PAS, que debía ser observado por todas las entidades de la administración pública, para determinar la imposición de sanciones a los administrados. En este caso el INDECOPI a los proveedores.

Esta norma recoge los principios del PAS que, tal como lo señala BACA, a partir de los primeros años del siglo XXI fueron progresivamente aplicándose a los procedimientos seguidos en INDECOPI, en virtud de los esfuerzos expresos del Tribunal de aquél

entonces, que puso sobre el tapete su naturaleza sancionadora, la cual encontraba difícil encaje en algunos pronunciamientos previos, sustentados en criterios propios de la responsabilidad objetiva o civil a la que venimos aludiendo. Así, por ejemplo, continúa BACA, se estableció la obligación de imputar claramente la conducta infractora para permitirle al proveedor una adecuada defensa o se reconoció la prohibición de la *reformatio in peius*¹¹¹.

Esta sujeción por parte del INDECOPI a estos principios generales del procedimiento administrativo sancionador, trajo una serie de pronunciamientos de la doctrina en los cuales se discutía, entre otras cosas la naturaleza del procedimiento de protección al consumidor, o sea, si nos encontrábamos frente a un procedimiento sancionador o a uno trilateral, o ambos a la vez¹¹², poniéndose en tela de juicio si lo que, de acuerdo a ellos, debía establecerse en cada caso era una responsabilidad objetiva, tal como lo establecía la LPC, o, por el contrario, adecuar el sistema de protección al consumidor a esta lógica de responsabilidad subjetiva (con mayores garantías) propia de un procedimiento punitivo .

III.2. El ausente principio de culpabilidad en la LPAG, pero presente en la jurisprudencia.

Si bien, entre estos principios recogidos por la LPAG, tales como el de legalidad, causalidad y licitud, no venía recogido expresamente el principio de culpabilidad, pronunciamientos del Tribunal Constitucional, desde el año 2003, lo han incluido dentro del abanico de principios propios del procedimiento administrativo sancionador en general pues, de acuerdo con GUEVARA CORNEJO, este alto tribunal tiene dicho que:

“...Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo

¹¹¹ BACA ONETO, V., *Protección...*, pp. 23 y 24.

¹¹² *Ibíd.*, p. 57. Cfr. También PELAEZ IPANAQUÉ, R., “La naturaleza del procedimiento de protección al consumidor y la oportunidad de desistimiento en el mismo”, *Ita Ius Esto*, Piura – 2013, en: <http://www.itaiusesto.com/la-naturaleza-del-procedimiento-de-proteccion-al-consumidor-y-la-oportunidad-de-desistimiento-en-el-mismo/> (Última consulta del 3 de agosto de 2017).

sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense...”

“... Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del Derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda...”

“... No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

(...)

c.- Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos)”¹¹³.

Pero como también dice esta autora, nuestro alto tribunal no explica en base a qué fundamentos incluye el principio de culpabilidad¹¹⁴

¹¹³ GUEVARA CORNEJO, M., *Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionadora partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en Repositorio Institucional de la Universidad de Piura – PIRHUA, Piura – 2016, p. 87.

¹¹⁴ *Ibídem*, p. 88.

en el DAS, pese a que la LPAG no lo recoge. Y de hecho, existen en nuestro ordenamiento diversos sectores de la administración cuyas normas de regulación, contrariamente a lo señalado por el Tribunal Constitucional, prevén regímenes de responsabilidad objetiva, tal como sucede en el sistema de protección al consumidor que venimos analizando.

Pero constatado este dato, y asumido como normal que corresponda al legislador discrecionalmente el establecimiento del régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva para cada sector, el problema mayor surgiría en los sectores en los que su regulación legal nada dijese al respecto, como ha sucedido en nuestro ordenamiento con la entrada en vigencia del Código de Protección y Defensa al Consumidor, que analizaremos más adelante.

III.3. Más casos de responsabilidad objetiva, sustentados en responsabilidad subjetiva.

Pasaremos a analizar algunos pronunciamientos del INDECOPI posteriores a la dación de la LPAG a fin de ilustrarnos si trajo alguna influencia al sistema de responsabilidad objetiva establecido por la LPC.

Resolución N° 408-2005/TDC-INDECOPI

Como la propia sumilla de esta resolución resume, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, el 13 de abril de 2005, confirmó la decisión de la Comisión de Protección al Consumidor, contenida en la Resolución N° 1284-2004/CPC, emitida el 1 de diciembre de 2004:

“en el extremo que declaró fundada la denuncia de la señora Cristina Carolina Salazar Álvarez contra Mamabars S.A.C. por infracción al deber de idoneidad previsto en el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, y que ordenó el pago de las costas y costos a favor de la denunciante.

En el procedimiento se ha acreditado que la señora Salazar sufrió lesiones contuso-cortantes en la discoteca “Mama Batata”, administrada por Mamabars S.A.C., debido al desprendimiento de uno de los elementos decorativos sujetos al techo del local. Aunque, la denunciada señaló que el desprendimiento se produjo porque la denunciante y sus acompañantes se colgaron de dicho adorno, las

fotografías de la discoteca que obran en el procedimiento, tomadas entre enero y abril de 2004, acreditan que conductas negligentes similares a las señaladas no son excepcionales o esporádicas en dicho establecimiento, lo cual supone un actuar permisivo de la denunciada frente a ellas.

Si bien las conductas negligentes no son tuteladas por las normas de protección al consumidor, tal negligencia sólo constituirá un eximente de la responsabilidad objetiva del proveedor del servicio, cuando frente a ellas se haya conducido con la diligencia debida, no así cuando haya permitido o incluso fomentado las conductas negligentes y temerarias de los consumidores. En estos casos, la actuación de los consumidores, aun cuando resulten indebidas, no liberan de responsabilidad al proveedor, configurando su conducta una infracción a las condiciones de seguridad comprometidas en la idoneidad de sus servicios”¹¹⁵.

En uno de sus fundamentos “la Sala considera que, si bien el nexo causal entre la seguridad de las instalaciones de la discoteca “Mama Batata” y las lesiones de la denunciante se diluyó con la presentación del Informe de Inspección N° 034-2003STM/MM, el cual, como ya se ha señalado, acredita en forma fehaciente la seguridad del local, la denunciada no desvirtuó lo argumentado por la señora Salazar respecto a que las conductas descritas como origen mediato de sus lesiones fueron propiciadas por el propio Mamabars, quien alentaba tales conductas”¹¹⁶.

Es decir, en este caso, pese a que se alude expresamente a la determinación de la responsabilidad objetiva del proveedor, se determina su responsabilidad haciendo un análisis de responsabilidad subjetiva, al señalar que el administrado no había controlado la conducta dolosa de su personal, que propiciaba o alentaba las conductas imprudentes de sus consumidores, que generaron el accidente y daños a la denunciante.

Se determina así la falta de idoneidad del servicio, propiciada por la “negligencia” del proveedor en el desarrollo de su actividad, al permitir o alentar conductas inseguras, que finalmente generaron el daño a la denunciante.

Como se ve claramente en esta resolución el INDECOPI, pese a invocar expresamente la determinación de la responsabilidad objetiva del

¹¹⁵ Ver la sumilla de la citada resolución en sus páginas 1 y 2. El énfasis es agregado.

¹¹⁶ Véase página 7, cuarto párrafo de la resolución. El énfasis es agregado.

proveedor, como propia de nuestro sistema de protección al consumidor, alude también expresamente (aunque no los identifique así) a elementos de responsabilidad subjetiva, tales como el cumplimiento de las normas de seguridad en su establecimiento. Si bien, la conducta imprudente de la consumidora, al colgarse de los adornos de la discoteca, califica como acto determinante de la propia víctima, que ocasiona una exclusión de la atribución de responsabilidad, la Sala se desvincula del, hasta aquí, análisis objetivo de la responsabilidad, para acudir a elementos subjetivos, cuando señala que la conducta negligente del personal de la discoteca ha resultado determinante para el establecimiento de responsabilidad e imposición de la sanción respectiva.

Pese a la mención expresa de la responsabilidad objetiva, con este pronunciamiento y otros similares parecería que el INDECOPI tenía claro que la determinación de la responsabilidad de los proveedores debía pasar indefectiblemente por un análisis de culpabilidad.

Resolución N° 489-2005/TDC-INDECOPI

En esta resolución, de fecha 4 de mayo de 2005, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI:

“en el procedimiento seguido por la señora María Virginia Donayre Castillo contra la Administradora Clínica Ricardo Palma, resolvió revocar la Resolución N° 1304-2004/CPC, emitida el 9 de diciembre de 2004 por la Comisión de Protección al Consumidor, que declaró fundada en parte la denuncia de la señora Donayre contra la Clínica Ricardo Palma por infracción al deber de idoneidad previsto en el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor y, en consecuencia, declarar improcedente la denuncia formulada.

Si bien en el procedimiento, no se ha cuestionado que la seguridad de la señora Donayre haya sido afectada en el ascensor de la Clínica Ricardo Palma, tal afectación no resultaba previsible en términos ordinarios para un proveedor de servicios de salud no siendo por ello parte de las condiciones razonables de seguridad exigibles en locales abiertos al público.

De no establecerse límite alguno a la responsabilidad objetiva que el proveedor mantiene en materia de seguridad - cuando ella no constituye la prestación efectivamente contratada - se introducirían

sobrecostos excesivos en el mercado, que finalmente serían trasladados al consumidor mediante un incremento de precios”¹¹⁷.

En este caso la Sala consideró que el deber de diligencia en materia de seguridad del proveedor no alcanzaba al supuesto denunciado por la consumidora (quien fue asaltada por dos personas en el ascensor de la Clínica). Hace un análisis de culpabilidad

Precisamente el análisis de culpabilidad es el que permite delinear los límites entre los casos en los que sí corresponde sancionar por un servicio inidóneo y los que no.

Pero ello no queda claro siquiera al interior del propio INDECOPI, en tanto parte de los miembros de la Sala que emitió este pronunciamiento, tuvieron el siguiente voto discordante:

“Coincidimos con la mayoría respecto a que la seguridad constituye una condición implícita en la prestación de servicios que se integra necesariamente a la idoneidad que el servicio debe satisfacer, en la medida que ésta debe ser evaluada tomando en cuenta la totalidad de las condiciones involucradas en su prestación. Sin embargo, discrepamos de la mayoría respecto a aplicar un parámetro diferenciado para valorar las condiciones de seguridad en establecimientos abiertos al público, en función a un criterio de razonabilidad.

En reiterados pronunciamientos, se ha definido que la falta de idoneidad de un servicio se configura cuando no existe correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, tomando en cuenta las condiciones expresamente acordadas o aquellas que resulten implícitas de acuerdo a los términos en que habitualmente es prestado dicho servicio en el mercado.

En el caso de establecimientos abiertos al público, un consumidor razonable no esperaría ser objeto de delitos contra su integridad o patrimonio, de allí que de producirse tales eventos **existiría una expectativa legítima de que el proveedor asuma una responsabilidad objetiva respecto a ellos**, por haberse producido dentro de un lugar bajo su administración. **En este sentido, los proveedores son responsables por todos aquellos eventos dañosos que afecten a los consumidores dentro de los establecimientos a su cargo.** Asimismo, introducir parámetros diferenciados para evaluar las

¹¹⁷ Véase la sumilla de esta resolución, en su página 1.

distintas condiciones involucradas en un servicio, supone apartarse de la evaluación integral que se requiere hacer del servicio para determinar su idoneidad.

En el caso, ningún usuario, familiar o asistente a una Clínica privada – que además tiene prestigio – esperaría ser víctima de un asalto en el interior del establecimiento. La Clínica siempre podría adoptar medidas de seguridad para evitar estos hechos. Es frecuente que instalaciones de esta naturaleza utilicen, por ejemplo, sistemas de filmación para atender todos los posibles eventos que se sucedan en el interior del establecimiento.

Por lo expuesto, nuestro voto consiste en confirmar la Resolución N° 1304-2004/CPC en el extremo apelado en que declaró fundada la denuncia por infracción al deber de idoneidad, contemplado en el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor”¹¹⁸.

Como puede apreciarse en este voto discordante la responsabilidad objetiva prevalece sobre la subjetiva, que también es alegada; es decir, si bien se analiza la diligencia que el proveedor tuvo o debió observar, se señala que los proveedores son responsables siempre, por todos los eventos que afecten a sus consumidores dentro de sus establecimientos.

No está demás resaltar que uno de los vocales que suscriben este voto discordante es el Dr. Julio Baltazar Durand Carrión, hasta hace poco presidente de la Sala de Protección al Consumidor del INDECOPI, conocido públicamente como un opositor acérrimo de la tesis del consumidor razonable y que, por ende, defiende la responsabilidad objetiva de los proveedores¹¹⁹. Pero, insistimos, aun en este voto discordante en el cual supuestamente se intenta defender la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva, se termina por aludir a elementos de responsabilidad subjetiva cuando se señala que forma parte de la diligencia debida de la clínica en la prestación de sus servicios el incluir o adoptar medidas de seguridad para evitar estos hechos, tales como, por ejemplo la instalación de sistemas de filmación al interior de sus instalaciones.

¹¹⁸ El voto en discordia de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión y José Alberto Oscátegui Arteta puede verse a partir de las páginas 7 y 8 de la resolución. Las negritas y subrayado son agregados nuestros.

¹¹⁹ DURAND CARRIÓN, J., *Derecho...*, p. 93.

Por lo tanto, al no haber cumplido con estas medidas diligentes para atender adecuadamente estos hechos, según este voto discordante debería confirmarse la sanción impuesta por la Comisión.

Como se ve, no se hace alusión alguna a los principios del *ius puniendi* administrativo recogidos en la LPAG, pese a que ya llevaban varios años vigentes, pero al parecer el carácter subjetivo de dicho sistema empieza a calar hondo en el razonamiento del Tribunal del INDECOPI, pese a que se resiste a reconocerlo expresamente, alegando contrariamente que sigue aplicando una pura responsabilidad objetiva.

III.4. El Código de Protección al Consumidor y su indefinición sobre la responsabilidad administrativa.

De acuerdo con BACA, en junio de 2008 se produjo la siguiente modificación de importancia para nuestro sistema de protección al consumidor, con la promulgación y publicación del Decreto Legislativo N° 1045, que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor. Muchas de sus modificaciones se realizaron en base a los criterios establecidos por el INDECOPI, pero tuvieron una vigencia efímera en tanto en septiembre de 2010 se aprobó el Código de Protección y Defensa al Consumidor, en adelante CPDC, que a diferencia de sus antecesoras, fue una norma con afán globalizador, como correspondía a su naturaleza codificadora¹²⁰ y que, con algunas modificaciones recientes, que analizaremos más adelante, se mantiene vigente hasta la actualidad.

Sin embargo, este código no estableció si la responsabilidad administrativa que regulaba era objetiva o subjetiva, tal como se puede apreciar de la lectura de su artículo 104 en el que se limita a establecer que se trata de una responsabilidad administrativa.

Esta omisión, consideramos nosotros, se debió a la indefinición que el propio INDECOPI mostraba hasta ese momento sobre el particular, lo cual colaboró con el ahondamiento de la confusión, tal como se puede apreciar en posteriores decisiones del Tribunal sobre el sistema de responsabilidad de los proveedores en su relación con sus clientes.

¹²⁰ BACA ONETO, V., *Protección...*, p. 24.

Sin embargo, para algunos¹²¹ la responsabilidad administrativa de los proveedores prevista en el CPDC es objetiva, pues según ellos su artículo 101 así lo establece, pero discrepamos con esta posición pues dicho artículo se encuentra dentro de la regulación que el CPDC hace de la responsabilidad civil y no de la responsabilidad administrativa. Por lo tanto, resulta evidente que el CPDC hace una diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad administrativa, en tanto su Título V, titulado “Responsabilidad y Sanciones”, contiene un Capítulo II, que titula “Responsabilidad Civil” (artículos 100 al 103), y luego un Capítulo III, que titula “Responsabilidad Administrativa” (artículos 104 a 127). Y mientras que la responsabilidad civil sí la regula expresamente como objetiva, en la responsabilidad administrativa no dice nada.

Sobre la regulación de la responsabilidad civil y por producto defectuoso que hace el CPDC en este capítulo II de su Título V, ZEGARRA MULÁNOVICH¹²² señala que:

El concepto de “defecto” al que hace referencia el artículo 101 del CPDC, no es el mismo del “vicio” al que se refieren los artículos 1503 y ss. del CC., es decir, aquellas cualidades negativas que restan al bien idoneidad para cumplir el fin al que estaba contractualmente destinado. El defecto, como aclara el art. 102 del CPDC, es la condición del bien que le impide ofrecer “la seguridad a que las personas tienen derecho”, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluido “el uso previsible del producto”. Es pues una “falta de seguridad” o, lo que es lo mismo, cierta “peligrosidad” del producto que resulta excesiva para el público: el producto resulta más peligroso de lo que razonablemente cabía esperar.

Pero en cualquier caso, la expectativa legítima de seguridad, cuya carencia constituye justamente el “defecto”, no puede medirse de una manera exacta, y ni siquiera resulta invariable en el tiempo. Por el contrario, es un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance preciso en un momento concreto dependerá de la ponderación conjunta de un cúmulo de circunstancias y de todos los intereses en juego, y que, desde luego, resultará especialmente sensible al cambiante estado de la técnica.

Por su procedencia, el “defecto” de que adolece el “producto” puede ser:

¹²¹ Ver pie de página 190.

¹²² ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Nota...*, pp. 83 y ss. Hemos extraído las partes relevantes para este estudio.

- 1) de diseño (inc. a del art. 102 CPDC);
- 2) de fabricación (deducible quizás del inc. d del art. 102 CPDC); o
- 3) de información o presentación (presente, entre otras consideraciones, en el inc. b del art. 102 CPDC).

Son productos con un defecto de diseño (*design defect*, en inglés; *Konstruktionsfehler*, en alemán) aquéllos que han sido concebidos inadecuadamente, dando lugar a riesgos innecesarios (aquí pone como ejemplo el famoso caso de la Talidomida¹²³).

El defecto de fabricación (*manufacturing defect*, en inglés; *Fabrikationsfehler*, en alemán), en cambio, es el que pesa sobre un producto normal y correctamente concebido (diseñado) por un error o desviación en su proceso productivo; el producto no tiene las características previstas, sino un exceso o defecto en alguna de ellas que lo hace peligroso (o más peligroso de lo normal). No corresponde a su diseño. La simple comparación con el estándar o modelo pone el defecto al descubierto.

El defecto de información, presentación, avisaje o advertencia (*warning defect; Instruktionsfehler*), por último, es el que resulta de la falta de una adecuada información sobre el modo razonable de utilizar el producto o sobre su riesgo implícito o residual (suponiendo que éste mismo no implique de suyo un defecto de diseño).

Llegados a este punto, es necesario advertir que la responsabilidad civil del proveedor bajo el CPDC se deriva directamente de este criterio meramente objetivo de imputación que he venido analizando bajo el concepto de “defecto”. Esto, que fue primero introducido por la L. 27311 en la redacción del art. 41 de la antigua Ley de Protección al Consumidor, LPC, y luego en el párr. 2º del art. 8 LPC ant., introducido por el D. Leg. 1045, se deduce ahora del párr. 1º, in fine, del art. 101 CPDC: “La responsabilidad civil por productos defectuosos es objetiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil”.

Con esta remisión el Código limita claramente las defensas disponibles para el proveedor, y concretamente excluye toda posibilidad de liberarse mediante la simple prueba de haber actuado con la máxima diligencia debida. Esto quiere decir que los medios de defensa, una vez demostrado el daño y el vínculo causal con el producto defectuoso, son exactamente los mismos que el art. 1972 del Código Civil contempla para liberarse de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1970 del Código Civil, y suponen la ruptura, no del

¹²³ La Talidomida es una medicina que tomaron muchas madres gestantes para controlar las náuseas propias del embarazo y que al parecer no tenía ningún efecto secundario dañino, sin embargo, se comprobó luego que generaba malformaciones en el feto.

nexo de causalidad —como con error se suele decir—, sino del criterio de imputación objetiva.

En efecto, se trata de factores que excluyen la adecuación causal del evento dañoso, mas no el hecho de la causalidad considerada en sí misma: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la propia víctima-consumidor. En otras palabras, la presencia o ausencia de “culpa” subjetiva es completamente irrelevante para la atribución de responsabilidad.

Es importante aclarar —como ya hacía el Prof. TRAZEGNIES en el contexto más general del Código Civil— que la limitación de medios de defensa que implica el CPDC no excluye la posibilidad del proveedor de defenderse de la imputación de responsabilidad mediante una de las “inmunidades” a las que aluden los arts. 1971 y 1986 CC (daño autorizado por la ley o asumido por la propia víctima) u otras que se puedan deducir del conjunto del ordenamiento. Igualmente eficaz, como es natural, será la defensa basada en la demostración de que el “producto”, “defectuoso” o no, no fue, de hecho, causa del daño en absoluto, lo que eliminaría de raíz la posibilidad de subsumir el suceso en la descripción del art. 101 CPDC pr.: “el proveedor es responsable de los daños causados (...) por los defectos de sus productos”.

La pregunta que cabe hacerse es, entonces, ¿podemos aplicar esta regulación de la responsabilidad objetiva civil del CDPC a la responsabilidad administrativa que también recoge? La respuesta, tal como venimos sosteniendo es negativa, dado que se trata de responsabilidades diferentes, en tanto la objetiva o civil, está destinada a lograr una indemnización¹²⁴ por parte del proveedor, en favor del consumidor afectado, mientras que la responsabilidad administrativa está destinada a establecer una sanción al proveedor.

Sin embargo, esta respuesta no parece ser compartida por el INDECOPI aún en la actualidad, tal como se desprende de los pronunciamientos que pasamos a evaluar, desde la perspectiva concreta de la aplicación de algunos de los principios del procedimiento administrativo sancionador de la LPAG.

¹²⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La Responsabilidad...*, p. 164, señala que “la responsabilidad civil no es un sistema para sancionar culpables, sino para reparar víctimas”.

III.5. Análisis de decisiones del INDECOPI de la aplicación del CDPC y de los principios del procedimiento administrativo sancionador general.

III.5.a) Causa adecuada y responsabilidad.

Antes de entrar enteramente a analizar la aplicación de los diversos principios del PAS por parte del Tribunal del INDECOPI me interesa resaltar que luego de diez años de su vigencia, este ente sigue aplicando responsabilidad objetiva y hace disquisiciones sobre la causalidad adecuada o imputación objetiva a la que hemos aludido al citar a ZEGARRA MULÁNOVICH¹²⁵.

Resoluciones N° 1347-2012/SPC-INDECOPI y 2026-2012/SPC2-INDECOPI¹²⁶

En estas resoluciones el Tribunal, a través de sus Salas especializadas en protección al consumidor 1 y 2, establece la sanción de dos aerolíneas por un servicio inidóneo, basándose en fundamentación de responsabilidad civil. En ambos pronunciamientos se citan los siguientes tres párrafos:

“No obstante, el incumplimiento de una obligación por parte del proveedor puede responder a causas imputables y no imputables. Las causas no imputables son aquellas que se imponen como un límite a la responsabilidad por incumplimiento, en donde el esfuerzo requerido es el máximo y el proveedor no puede liberarse salvo que acredite la rotura del vínculo causal, lo que determina la inexistencia del nexo o continuidad causal y, por tanto, la inexistencia de responsabilidad.

Es necesario precisar que en lo referente a las causas no imputables señaladas en el punto precedente, la doctrina establece que éstas deben ser entendidas como un “evento extraño a la esfera de control del obligado” y no como una

¹²⁵ Vid. *Ut supra* I.5.a)

¹²⁶ Recaídas el 9 de mayo de 2012, en el Expediente N° 1257-2009/CPC y el 3 de junio 2012, en el Expediente N° 2070-2008/CPC, respectivamente. Cabe precisar que dichos criterios se repitieron con posterioridad, tal como se puede observar en los fundamentos 14 a 16 de la Resolución N° 3809-2014/SPC-INDECOPI, recaída el 10 de noviembre de 2014, en los Expedientes Acumulados 11 y 16-2013/CPC-INDECOPI-LOR.

“causa no atribuible a la culpa del deudor”, por cuanto existen impedimentos que por ser expresión de un riesgo típico de la actividad comprometida se consideran imputables al obligado. En relación con el tipo de responsabilidad que deriva del incumplimiento de las obligaciones de los proveedores, cabe señalar que en lo referente a las obligaciones de resultado – como aquella asumida por Iberia¹²⁷ de trasladar a los denunciantes a la ciudad de Madrid – se verifica una responsabilidad objetiva de la cual el proveedor sólo podrá liberarse si acredita un supuesto de causa no imputable tal como caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero”¹²⁸.

Puede comprobarse que si bien en un momento se habla de culpa del deudor, en otro se señala expresamente que se verifica una responsabilidad objetiva – se llega a la fase de imputación objetiva-, es decir, el Tribunal sigue sin definir si está aplicando o no culpabilidad para la determinación de la responsabilidad del proveedor. En los pies de página citados en estas resoluciones se puede apreciar, además, que las doctrinas recogidas en sus fundamentos tienen como fuentes obras de conocidos civilistas¹²⁹, lo cual resulta contradictorio con la supuesta pretensión de aplicación de los principios del PAS, recogidos por la LPAG desde el 2001, propios de un sistema de responsabilidad subjetiva.

III.5.b) Principio de tipicidad.

El deber de idoneidad recogido tanto en la Ley de Protección al Consumidor como en el CPDC, si bien es un concepto jurídico indeterminado, permitido para la tipificación de infracciones administrativas, gracias a las matizaciones que de los principios generales del Derecho penal se puede hacer al DAS, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia comparada¹³⁰, “se hace necesario que la

¹²⁷ Iberia es el proveedor en un caso y LAN en el otro.

¹²⁸ Esta es la transcripción de los párrafos 29 al 31 y 23 a 25, de las respectivas resoluciones.

¹²⁹ VISINTINI, G., *Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Estudios sobre el Incumplimiento de Obligaciones y los Hechos Ilícitos en el Derecho y la Jurisprudencia Civil*. Ara Editores. Mayo 2002; y, ESPINOZA, J., *Derecho de la Responsabilidad Civil*, p. 76.

¹³⁰ CUETO PÉREZ, M., “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y legalidad”, *Documentación Administrativa*, N°

concreción del citado concepto jurídico indeterminado sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”¹³¹.

Sin embargo, consideramos que el INDECOPI no deja ello en claro debido a la indeterminación que mantiene hasta la actualidad respecto a si la responsabilidad de los proveedores es objetiva o subjetiva. Toda vez que si la responsabilidad es subjetiva deberá cumplir estrictamente con los criterios lógicos aludidos para su determinación concreta, mientras que si la responsabilidad es objetiva no necesitará de ello.

El principio de tipicidad propio de un derecho sancionador, exige que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados sea concretado con criterios lógicos, técnicos o de experiencia, imposibles de unificar mientras no se uniformice el sistema de responsabilidad administrativa.

Cómo señalábamos al principio de nuestra exposición, estos principios o garantías propias de un procedimiento sancionador, tales como el de tipicidad que precisamos ahora, no son más que límites a la intervención del Estado en la libertad de los particulares, y específicamente para el tema que nos atañe en la libertad de actuación de los proveedores frente a sus consumidores; por lo tanto, son límites a la potestad del Estado para determinar la responsabilidad del administrado. Hasta dónde o hasta qué supuestos el Estado puede sancionar al proveedor en su actuación frente a los consumidores, depende de la correcta aplicación del principio de tipicidad.

En una responsabilidad objetiva, cómo lo señalábamos al comentar el pronunciamiento anterior, los proveedores son responsables por todos los supuestos acaecidos al interior de su

280, Madrid – 2013, p. 104. En el mismo sentido MESTRE DELGADO, J., “Principio de Tipicidad”, en AAVV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario...*, p. 758.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 305/1993, del 25 de octubre, FJ 5, p. 15, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1993-28427.pdf>. (Revisado por última vez el 10 de septiembre de 2017).

establecimiento que afecten los derechos del consumidor; es decir, el Estado no tendrá mayor límite en la determinación de la responsabilidad administrativa y/o finalmente en la intervención sobre la esfera jurídica del proveedor, durante su actuación en el mercado. Se trata de una responsabilidad por el riesgo.

Mientras que en una responsabilidad subjetiva el Estado tiene límites en su intervención que, en palabras del propio Tribunal del INDECOPI, de no establecerse se introducirían sobrecostos excesivos en el mercado, que finalmente serían trasladados al consumidor mediante un incremento de precios.

Cabe, por tanto, revisar algunos pronunciamientos sobre la aplicación de este principio de tipicidad recogido en la Ley 27444, para verificar si con ello se mantiene un sistema de responsabilidad objetiva o, por el contrario, se aplica un sistema de responsabilidad subjetiva. Veamos algunos ejemplos.

Resolución N° 2489-2012/SC2-INDECOPI

Mediante Resolución 491-2012/INDECOPI-LAM, del 30 de marzo de 2012, la Comisión de Protección al Consumidor de Lambayeque halló responsable al proveedor por infracción del artículo 151° del Código y los artículos 4° y 5° del Reglamento del Libro de Reclamaciones, al haberse acreditado que no exhibió en su local comercial el aviso que informaba la existencia del libro de reclamaciones y que el mismo no cumplía con el formato ordenado en el Reglamento del Libro de Reclamaciones, sancionándolo con una multa de 9 UITs, de las cuales 5 correspondían a la infracción del artículo 151 del Código de Protección al Consumidor y 4 a la infracción a los artículos 4 y 5 del Reglamento del Libro de Reclamaciones¹³².

¹³² La Comisión calificó y sancionó la conducta de la Constructora, adicionalmente a la infracción del artículo 151° del Código, como una infracción a los artículos 4° y 5° del Reglamento del Libro de Reclamaciones, debido a que el denunciado no contaba en su establecimiento con el aviso que informara la existencia del libro de reclamaciones y el mismo no contaba con el formato reglamentariamente establecido.

Al ser impugnada esta resolución, el Tribunal del INDECOPI, a través de la Resolución N° 2489-2012/SC2-INDECOPI, del 25 de agosto de 2012, señaló lo siguiente:

“La Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, reconoce como uno de los principios básicos que deben orientar la actuación de las autoridades administrativas, al principio de legalidad, puesto que en un Estado de Derecho toda acción singular de poder debe estar justificada en una Ley previa. La importancia del principio de legalidad en el normal desarrollo de las funciones públicas es tal que no sólo informa el procedimiento y el acto administrativo resultante del mismo, sino también el ejercicio de la potestad reglamentaria que se confiere a la Administración para complementar las leyes.

Asimismo, el artículo 230° de la Ley 27444 establece como principios que rigen la potestad sancionadora administrativa, a los principios de legalidad y tipicidad. El primero, establece que sólo por norma con rango de ley se atribuye a las entidades de la Administración Pública, la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. Por su parte, el principio de tipicidad dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente, las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía, precisando que las disposiciones reglamentarias de desarrollo únicamente pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente.

Ahora bien, en vía de excepción, se permite que el Reglamento del Libro de Reclamaciones desarrolle una tipificación por delegación de la ley. Sin embargo, aun en este caso, ello no significa que el Reglamento del Libro de Reclamaciones puede crear nuevos tipos infractores, debiendo limitarse a ser el complemento de la norma con rango de ley.

En razón del principio de tipicidad explicado anteriormente, sólo constituyen sanciones administrativas las infracciones previstas expresamente en una norma con rango de ley, de ahí que el Reglamento sólo colabora con el desarrollo de la obligación de los establecimientos comerciales de tener libro de reclamaciones, sin que pueda dar lugar a un tipo infractor independiente del Código que justamente habilita la reglamentación.

En atención a ello, este Colegiado discrepa con la tipificación realizada por la Comisión y considera que la conducta imputada como hecho infractor califica exclusivamente como infracción del artículo 151° del Código y no contra los artículos 4° y 5° del Reglamento del Libro de Reclamaciones.

El artículo 10° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como causales de nulidad del acto administrativo la inobservancia de las leyes y reglamentos.

Por los argumentos expuestos, se declara la nulidad parcial de la resolución recurrida en el extremo que halló responsable al proveedor por infracción de los artículos 4° y 5° del Reglamento del Libro de Reclamaciones, se deja sin efecto la medida correctiva sobre el particular así como el extremo relativo a la multa de 4 UIT¹³³.

En el mismo sentido el Tribunal del INDECOPI se ha pronunciado en diversas ocasiones tal como se puede apreciar en las Resoluciones 2177-2012/SC2-INDECOPI, del 16 de julio de 2012, 2396-2102/SC2-INDECOPI, de fecha 6 de agosto de 2012 y 2692-2012/SC2-INDECOPI, del 6 de septiembre de 2012¹³⁴.

Es decir, lo que el Tribunal del INDECOPI señala con estos pronunciamientos es que los deberes de diligencia exigibles para determinar la idoneidad del proveedor en la prestación de sus servicios al consumidor en este caso no alcanzaban al cumplimiento de las normas previstas en el reglamento del libro de reclamaciones, referidas a las exigencias de contar en su establecimiento con un aviso de la existencia del libro de reclamaciones y en su respectivo formato, dado que el propio CPDC no establece como infracción concretamente tipificada el incumplimiento de esta obligación concreta del artículo 151. Es decir, debemos recurrir al concepto jurídico indeterminado de idoneidad, dentro del cual se debe cumplir con la obligación del artículo 151.

Por lo tanto, la concreción del concepto jurídico indeterminado “idoneidad del servicio” en este caso no abarcaba los mandatos del reglamento sobre el libro de reclamaciones, en

¹³³ Ver fundamentos 6 al 12 de la citada resolución.

¹³⁴ Recaídas en los expedientes 00015-2012/CPC-INDECOPI-LAL, 47-2011/CPC-INDECOPI-LOR y 253-2011/CPC-INDECOPI-LAL, respectivamente.

atención al principio de Tipicidad, propio de un sistema de responsabilidad subjetiva.

Resolución N° 1235-2013/SPC-INDECOPI

Unos pocos meses después, la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, en aplicación del concepto jurídico indeterminado “idoneidad del servicio”, emitió la Resolución N° 1235-2013/SPC-INDECOPI, del 20 de mayo de 2013, a través de la cual confirmó una decisión de la Comisión de Protección al Consumidor de la Oficina Regional del INDECOPI en Ancash, esta vez señalando lo siguiente:

“Tratándose de servicios de transporte de pasajeros, los parámetros de idoneidad incluyen el cumplimiento de los requisitos establecidos por la regulación sectorial para que éstos sean brindados en condiciones seguras. Así, lo mínimo que espera un consumidor es que al emplear un servicio de transporte, éste se brinde cumpliendo con las medidas legales que las empresas proveedoras están obligadas a observar.

El artículo 42.1.19° del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, establece como una condición de operación exigible a los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas, bajo la modalidad de transporte regular de ámbito nacional y regional, el verificar que los usuarios del servicio no lleven consigo armas de fuego o material punzocortante, inflamables, explosivos, corrosivos, venenosos o similares.

En la inspección llevada a cabo el 18 de abril de 2011, al bus de placa UO2104 que cubría la ruta Huaraz – Chimbote, se constató que Yungay Express omitió implementar medidas de seguridad para verificar que los pasajeros no llevaran consigo armas de fuego, material punzo cortante o explosivos.

En su apelación, Yungay Express señaló que dicha conducta no se encontraba fehacientemente acreditada. Al respecto, si bien en el acápite “observaciones” del acta de inspección, se dejó constancia de que el representante de la denunciada indicó que poseían cámara filmadora y de que se procedió a filmar el interior del vehículo con los pasajeros a bordo, esta medida fue adoptada solo después de que el funcionario del Indecopi se identificara como tal.

En tal sentido, dicha circunstancia no enerva la eficacia del acta de inspección para acreditar que se incurrió en la conducta infractora analizada, pues esta refleja las reales condiciones en que Yungay Express prestó sus servicios de transporte terrestre a los consumidores que abordaron el bus en Huaraz con destino a Chimbote.

Por los argumentos expuestos, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que halló responsable a Yungay Express por la infracción del artículo 19° del Código, al haberse acreditado que el 18 de abril de 2011 omitió implementar medidas de seguridad a efectos de verificar que los pasajeros no llevaran consigo armas de fuego, material punzocortante u otros objetos similares”¹³⁵.

Para ello, en un considerando inmediato anterior señala que “el artículo 19° del Código establece la responsabilidad de los proveedores por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Así, los proveedores tienen el deber de brindar los productos y servicios ofrecidos en las condiciones acordadas o en las condiciones que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza de los mismos **y a la normatividad que rige su prestación**”¹³⁶.

Frente a esta segunda decisión del INDECOPI vemos como nuevamente para la concreción de la idoneidad en este caso se recurre a la normativa reglamentaria que rige la prestación del servicio de transporte, respetando el principio de tipicidad señalado.

Con esto el INDECOPI nuevamente adopta una decisión concretando el concepto jurídico indeterminado “idoneidad”, con la lógica del principio de tipicidad, es decir, con elementos determinables según la lógica, la experiencia o la propia normativa que regula la prestación del tipo de servicio en concreto; razonamiento propio de un sistema subjetivo de determinación de responsabilidad.

¹³⁵ Ver fundamentos 28 al 33 de dicha resolución.

¹³⁶ Ver fundmaneto 27 de la resolución citada. Las negritas y el subrayado son agregados nuestros.

Resolución N° 335-2015/SPC-INDECOPI

Sigue en la misma línea de argumento, sobre el principio de tipicidad en un pronunciamiento posterior, recaído en el Expediente N° 769-2013/SPC-INDECOPI. Nos referimos, específicamente, a la Resolución N° 335-2015/SPC-INDECOPI, de fecha 2 de febrero de 2015, en el cual precisa que:

“en materia administrativa, la descripción de la conducta infractora con una precisión rigurosa resulta casi imposible. Así lo señala la doctrina al establecer que la tipicidad —recogida por la Ley 27744, Ley del Procedimiento Administrativo General como uno de los principios que debe regir la potestad sancionadora de la Administración— es una exigencia de la seguridad jurídica que se concreta en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta, mas no implica una descripción rigurosa y perfecta de la infracción. Es por ello, que el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de recurrir a la "colaboración" reglamentaria para precisar conceptos de mayor amplitud comprensiva y eliminar el riesgo de inseguridad jurídica, siempre que no se creen regulaciones independientes y no claramente subordinadas a la Ley.

En las sentencias emitidas en los Expedientes números 010-2002-AI/TC y 050-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley (...) No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo (...) no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, tal como se infiere del artículo 168 de la Constitución”.

En ese sentido, el Código contiene normas que tipifican como infracciones a los actos y conductas desarrollados por los proveedores que impliquen un atentado contra los derechos del

consumidor previstos en la referida norma o un incumplimiento de los deberes impuestos por ella; de acuerdo al mandato contenido en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú que señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”.

Sobre el particular cabe tener en cuenta lo que señalan los profesores Gómez y Sanz¹³⁷ quienes consideran que, si bien en Derecho penal se critica de inconstitucional la regla de norma sancionadora en blanco, en el Derecho administrativo sancionador resulta inviable prescindir de ella, en tanto en cuanto es ilusorio pensar que la Ley sin complemento alguno puede prever agotadoramente toda hipótesis sancionable. Aunque esto afecte la taxatividad, precisan que “sin embargo, eso no debe equivaler a una deslegalización que haga ficticia la reserva de ley y las garantías anejas a la misma”. Y, agregan, “si ciertamente, por ejemplo, en materia medioambiental es imposible establecer de forma agotadora todas las situaciones susceptibles de merecer una sanción administrativa, es posible que el núcleo de la conducta prohibida se encuentre en la Ley y, mediante una remisión expresa a normas de rango inferior, se posibilite concretar los detalles, habitualmente técnicos, necesarios para estimar presente la infracción”.

Para que sea constitucional una norma sancionadora en blanco, precisan estos autores, debe cumplir con tres requisitos: que el núcleo del comportamiento prohibido se encuentre claramente expresado en la norma penal, que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado por razón del bien jurídico protegido¹³⁸.

Sin embargo, resulta que en el caso de la citada Resolución N° 335-2015/SPC-INDECOPI, se le inicia una investigación a la Caja Municipal de Arequipa por haber cobrado de una forma que no fue informada o contratada por la consumidora, y en la imputación se sustenta ello como infracción a los artículos 18 y 19 del Código de Protección al Consumidor, es decir, al consabido concepto jurídico indeterminado “idoneidad”. Cuando se cuestiona en el recurso respectivo que se debió imputar dicha falta como infracción a los artículos 1.1,b) y 2 del Código, referidos a la

¹³⁷ GÓMEZ TOMILLO, M. y SAN RUBIALES, I., *Derecho...*, pp. 147 y ss.

¹³⁸ *Ibíd.*

obligación de informar todas las condiciones en las que se prestará un servicio o venderá un producto, la sala resuelve que no procede dicho cuestionamiento pues este supuesto ha sido válidamente imputado como infracción a la idoneidad contenida en los artículos 18 y 19 del código.

Con ello no sólo se afectó el derecho de defensa sino que, además, consideramos que bajo ese razonamiento, el CPDC pudo haber consistido sólo en los artículos 18 y 19, dejándose de lado las precisiones efectuadas en sus demás artículos, lo que no resulta propio de un sistema subjetivo de responsabilidad, sino más bien de uno objetivo:

“En ese sentido, contrariamente a lo alegado por la denunciada, los artículos 18° y 19° del Código son aplicables al presente procedimiento, en tanto la Caja habría aplicado a su préstamo unas condiciones de pago que no sólo dejaron de ser informadas, sino que además presuntamente no fueron contratadas por la señora Oscco. En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar el cuestionamiento formulado por la señora Oscco respecto de la tipificación de la conducta infractora que le fue imputada a la Caja”¹³⁹.

Es decir, según el Tribunal del INDECOPI, se encuentre o no tipificado en otra parte, ya sea del propio CPDC o en otra norma legal o reglamentaria, o incluso los contratos entre las partes, todas las conductas infractoras de los proveedores se pueden sustentar e imputar en base al deber de idoneidad contenido en los artículos 18 y 19 del CPDC. Lo que a todas luces resulta ser una responsabilidad propia de un régimen civil de indemnización por daños y perjuicios, el que no se exige tipicidad.

Insistimos en que en el DAS es válida la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para la tipificación de determinadas infracciones, pero ello no quiere decir que sea suficiente con recurrir a dicha figura para imputar toda una completa regulación sancionatoria.

¹³⁹ Ver el fundamento jurídico 10 de la citada resolución.

Consideramos que este tipo de afectación al principio de tipicidad¹⁴⁰ por parte del INDECOPI, corresponde en parte al hecho de que se mantenga una indefinición sobre el sistema que debe utilizar para la determinación de responsabilidad administrativa, es decir, un sistema de responsabilidad objetiva o uno subjetivo; lo que evidentemente ha generado que tenga diversos pronunciamientos en los cuáles sustenta la determinación de la responsabilidad recurriendo a criterios civiles, y en otros casos recurriendo a criterios penales, como también podemos ver a continuación, en alusión a otros principios, con el consecuente perjuicio a la predictibilidad que deben tener las instituciones públicas en su actuación.

III.5.c) Principio de licitud.

Resolución N° 2572-2013/SPC-INDECOPI

En esta resolución se puede apreciar claramente la confusión en la que se mantiene el Tribunal del INDECOPI respecto a si debía aplicar una responsabilidad objetiva (indemnizatoria o civil)

¹⁴⁰ Un pronunciamiento más reciente que refleje ello lo podemos ver en la Resolución 586-2015/SC2, de fecha 19 de febrero de 2015, recaído en el Expediente 027-2014/PSO-INDECOPI-HRZ: “12. En su recurso de revisión, el señor Paucar sostuvo que la Comisión interpretó de forma errónea el principio de tipicidad previsto en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que el artículo 19 del Código no contemplaba en su texto que la no devolución de los montos abonados por concepto de matrícula constituya una infracción al deber de idoneidad precisando que la autoridad administrativa había interpretado de manera extensiva tal disposición normativa.

13. Al respecto, el artículo 19 del Código establece de forma expresa que los proveedores responden por la idoneidad y calidad de los servicios ofrecidos, en ese sentido, atendiendo a que, a criterio de la Comisión el señor Paucar prestó un servicio carente de idoneidad, en tanto se negó injustificadamente a devolver el monto abonado por la denunciante por derecho de matrícula, no existió una afectación al principio de tipicidad, toda vez que el servicio prestado por el proveedor no cumplió con las condiciones ofrecidas ni con las expectativas de la denunciante, circunstancias que fueron analizadas y sancionadas por la Comisión de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Código, artículo que regula el deber de idoneidad de forma general.

14. Por lo anterior, a criterio de este Colegiado, la Comisión no afectó el principio de tipicidad pues declaró responsable al denunciado en base a la norma pertinente, esto es, el artículo 19 del Código, en la medida que tal dispositivo legal establece que los proveedores responden por la idoneidad y calidad de los productos y servicios puestos en el mercado”.

o una subjetiva (sancionadora o penal). Esta decisión¹⁴¹, de fecha 27 de septiembre de 2013, confirma la Resolución N° 4004-2012/CPC, de fecha 6 de noviembre de 2012, la que en su considerando 38 señala lo siguiente:

“En la medida que todo proveedor ofrece una garantía 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”¹⁴².

Si bien es la inversión de la carga de la prueba establecida desde uno de sus primeros precedentes, en esta ocasión el Tribunal habla de culpabilidad del proveedor, aun cuando ponga la palabra culpabilidad entre paréntesis, para establecer la presunción de dicha culpabilidad.

Sobre el particular ya hemos mencionado que en un procedimiento administrativo sancionador, tal como lo ha ratificado el Tribunal Constitucional, no se puede presumir la responsabilidad, ni se puede invertir la carga de la prueba respecto de dicha responsabilidad, como lo hace esta resolución. Así el considerando 39 de la resolución señala que:

“En efecto, 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, **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**”¹⁴³.

¹⁴¹ Reaída en el Expediente N° 1154-2012/CPC.

¹⁴² Ver páginas 9 y 10 de la Resolución N° 4004-2012/CPC. El subrayado y la negrita son agregados nuestros.

¹⁴³ Ver página 10 de la Resolución N° 4004-2012/CPC. El subrayado y la negrita son agregados nuestros.

Como puede apreciarse claramente la Comisión no sólo habla de la ruptura del nexo causal para eximirse de responsabilidad, propia del criterio de atribución objetiva, sino también de si el proveedor actuó con la diligencia requerida, por lo tanto hace referencia expresa a una responsabilidad subjetiva del proveedor.

Pero lo más curioso resulta que para explicar estos fundamentos la Comisión cita en un pie de página los artículos 18 y 19 del CPDC explicando lo siguiente:

“Ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe el defecto de un producto o servicio, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable por la falta de idoneidad y calidad del producto o servicio que pone en circulación en el mercado. Sin embargo, **el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad desvirtuando dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes)** o probando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o negligencia del propio consumidor afectado. Lo anterior implica que la responsabilidad administrativa por infracción a las normas de protección al consumidor **no consiste, en rigor, en una responsabilidad objetiva (propia de la responsabilidad civil), sino que, conservando la presencia de un factor subjetivo de responsabilidad (culpabilidad), opera a través de un proceso de inversión de la carga de la prueba respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que se transan en el mercado, sin que ello signifique una infracción al principio de licitud**”¹⁴⁴.

Nuevamente aquí se habla de la exención de responsabilidad del proveedor si logra acreditar que empleó la diligencia requerida, es decir, una responsabilidad subjetiva, determinada en base a la diligencia o negligencia con la cual actuó el proveedor; y no sólo

¹⁴⁴ Ver en la página 10 de la Resolución N° 4004-2012/CPC, el pie de página 8. El subrayado y la negrita son agregados nuestros.

por efectos de una causalidad inadecuada, propia de la fase de imputación objetiva de la causa (más que de la ruptura del nexo causal¹⁴⁵, como equívocamente expresa la Comisión). Con lo cual señala que se trata de una responsabilidad subjetiva.

Y así la Comisión termina concluyendo, sin que el Tribunal hiciera luego alguna atingencia al respecto, que la responsabilidad administrativa por infracción a las normas de protección al consumidor no es una responsabilidad objetiva, propia de la responsabilidad civil, sino una subjetiva, aunque opere a través de la inversión de la carga de la prueba y sin que esto último contravenga el principio de licitud.

Como sabemos el principio de licitud recogido por el artículo 246.9 del TUO de la LPAG¹⁴⁶, señala que las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, es decir, la clásica presunción de inocencia propia de cada persona en nuestro ordenamiento jurídico. Si la inversión de la carga de la prueba se utiliza para desvirtuar responsabilidad subjetiva, entonces sí hay una contravención abierta al principio de licitud.

En respaldo a nuestra posición podemos señalar que sobre el derecho a ser presumido inocente el Tribunal Constitucional Español ha declarado en reiteradas ocasiones “que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos» (STC 76/90, de 26 de abril). La garantía de este derecho comprende, por tanto, no sólo el derecho a que sea demostrada la autoría de los hechos constitutivos del ilícito, sino también a que sea posible imputarlo al sujeto infractor, para lo cual se exige el elemento de la voluntariedad, es decir, el dolo o culpa en la acción punitiva. Esto significa que el principio de culpabilidad que inspira el Derecho penal y que, sin duda, rige también las infracciones administrativas (SSTC 76/1990 y 246/1991), **es parte del contenido esencial del**

¹⁴⁵ Vid. *Ut supra* I.5.b).

¹⁴⁶ Hasta hace poco era el artículo 230.9 de la Ley General del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.

derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, que no es el derecho a una actividad probatoria sin más, sino el derecho a «la prueba de culpabilidad»¹⁴⁷. (El énfasis es agregado).

Por lo tanto, por más que con estos pronunciamientos el INDECOPI parezca decantarse por un régimen de responsabilidad subjetiva para los proveedores, al señalar el respeto de principios como el de licitud, se desdice al seguir recurriendo a figuras contrarias a este principio y, por ende, lejanas a este sistema, como lo es la inversión de la carga de la prueba.

Ni siquiera el Tribunal, en la Resolución a través de la que confirma esta decisión de la Comisión, se preocupa por aclarar la confusión pues, mientras que por un lado la Comisión, en su fundamento 54 señala expresamente que se trata de una responsabilidad objetiva, por otro lado en el mismo fundamento resume la regla de su determinación haciendo alusión a la culpabilidad por defectos de organización, que como hemos visto ya ha sido desarrollada por TIEDEMAN. Así señala la Comisión que:

“corresponde al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio; y, corresponderá al proveedor acreditar que el defecto no le es imputable (inversión de la carga de la prueba), esto es, **que no es un defecto incorporado al servicio como consecuencia de las actividades involucradas en poner el producto o el servicio al alcance del consumidor**”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito administrativo sancionador”, en Revista de Administración Pública, N° 129, Madrid, sept. – dic. 1992, p. 220.

¹⁴⁸ Ver fundamento 54 de la Resolución N° 4004-2012/CPC, página 13. Las negritas y subrayados son agregados nuestros.

III.5.d) Causa adecuada, tipicidad y licitud.

Veamos como en una decisión se hace uso conjunto de estos tres elementos ya analizados, sin ayudar en nada a aclarar la confusión sobre si se trata de una responsabilidad objetiva o subjetiva.

Resolución N° 085-2015/SPC-INDECOPI

En esta decisión, de fecha 14 de enero de 2015 y recaída en el Expediente N° 1259-2013/CC2, se confirma la sanción impuesta a una aerolínea por el retraso en la salida de su vuelo, pese a que en el procedimiento existió tanto un informe de la propia aerolínea como uno de la Dirección General de Aeronáutica Civil – DGAC que concluían que las fallas en el avión por las cuales se retrasó el vuelo se debieron a causas fortuitas.

En este caso la Sala le requirió a DGAC que precise algunos datos de su informe, lo cual fue atendido por esta entidad técnica especializada, pero la Sala consideró que tanto el informe como la absolución del requerimiento por parte de la DGAC no resultaron convincentes y consideró que no existía la causa de inimputabilidad de responsabilidad a la aerolínea.

Como puede verse es un caso más de responsabilidad objetiva. Pues se decidió la atribución objetiva de dicha causas fortuitas y se determinó responsabilidad en el proveedor. Es más en sus fundamentos nuevamente se señala doctrina civil¹⁴⁹, tal como se puede apreciar a continuación:

“Dada la naturaleza del servicio y la regulación que lo rige, el respeto de los horarios de vuelo constituye una condición básica para su prestación, de allí que el retraso en la salida o más aún la cancelación del vuelo, en principio, configura un servicio no idóneo. En consecuencia, por regla general, los incumplimientos de los itinerarios de vuelo establecidos por las aerolíneas, en la medida que no satisfacen las expectativas generadas en los consumidores, configuran un servicio falto de idoneidad que debe ser sancionado.

¹⁴⁹ VISINTINI, G., *Responsabilidad ...*; y, ESPINOZA, J., *Derecho ...*

No obstante, el incumplimiento de una obligación por parte del proveedor puede responder a causas imputables y no imputables. Las causas no imputables son aquellas que se imponen como un límite a la responsabilidad por incumplimiento, en donde el esfuerzo requerido es el máximo y el proveedor no puede liberarse salvo que acredite la ruptura del vínculo causal, lo que determina la inexistencia del nexo o continuidad causal y, por tanto, la inexistencia de responsabilidad.

Es necesario precisar que en lo referente a las causas no imputables señaladas en el punto precedente, la doctrina establece que estas deben ser entendidas como un “evento extraño a la esfera de control del obligado” y no como una “causa no atribuible a la culpa del deudor”, por cuanto existen impedimentos que por ser expresión de un riesgo típico de la actividad comprometida se consideran imputables al obligado”¹⁵⁰.

Todo ello pese a que en la misma resolución, párrafos más arriba, se señala que:

“La multa, como sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado que es desincentivar conductas ilícitas razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular denunciante. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados”¹⁵¹.

Para que posteriormente exprese que:

“Lo que sí es importante para la Administración para resolver un caso son las pruebas aportadas por las partes, ya que estas, atendiendo al artículo 161.1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán las que definan si la denuncia será declarada fundada o infundada. Nuevamente, cabe subrayar que es carga de los administrados acreditar sus alegatos a fin de que, o bien se declare fundada la denuncia (en el caso del consumidor), o bien se exonere de responsabilidad frente a los

¹⁵⁰ Ver sus fundamentos 22 a 24.

¹⁵¹ Ver su fundamento 18.

hechos denunciados (en el caso del proveedor). En este orden ideas, si en un caso de transporte aéreo las aerolíneas presentan informes de la DGAC, esto serán valorados por la autoridad administrativa junto con los demás medios probatorios aportados por las partes, a efectos de dilucidar la responsabilidad administrativa”¹⁵².

Vemos que la parte ofrece medios probatorios mediante los cuales se acredita que el defecto en el servicio se debió a un caso fortuito, y por lo tanto, se trata de una causa no adecuada, pero finalmente la Administración igual le atribuirá responsabilidad, Se mantiene el INDECOPI en la estructura de una responsabilidad objetiva según la cual toda actividad “riesgosa” debe asumir las consecuencias que de sus riesgos propios se derive.

Aquí, para la concreción del concepto jurídico indeterminado “idoneidad”, y acudiendo a los criterios matizados del principio de Tipicidad, consideramos que sí debió haber una norma expresa en la regulación de transporte aéreo que señalara la responsabilidad por todo riesgo. Pero no la hay, con lo cual se trata de una arbitrariedad por parte de la autoridad el imputar responsabilidad administrativa, imponiéndole el deber de evitar lo que nadie pudo imaginar. Al hacerlo, la Autoridad exige asumir un costo tan prohibitivo en precauciones¹⁵³ que, o bien nadie prestará el servicio de transporte aéreo, o nadie que se anime a prestarlo lo hará cumpliendo realmente sus deberes.

III.4.e) Principio de Verdad Material.

Resolución N° 3547-2012/SPC-INDECOPI

Pero no sólo en cuestiones materiales existe tal confusión o indeterminación sobre la aplicación o no de los principios del procedimiento administrativo sancionador en vez de principios civilistas, sino que también en cuestiones procesales, no menos importantes para garantizar los derechos fundamentales de los administrados. Así en la Resolución N° 3547-2012/SPC-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 317-2011/PSO-

¹⁵² Ver su fundamento 39.

¹⁵³ ZEGARRA MULÁNOVICH, A., *Cláusulas...*, p. 463.

INDECOPI-PIU, el 5 de diciembre de 2012, la Sala se cuestiona si prevalece el reglamento de los procedimientos sumarísimos que establece la preclusión como principio que rige la actividad probatoria, propia de un procedimiento civil trilateral, o el principio de verdad material, propio de un procedimiento administrativo sancionador, recogido expresamente en la LPAG.

Según el principio de preclusión, sólo se podrán valorar las pruebas presentadas con la denuncia y con los descargos efectuados por el proveedor; mientras que según el principio de verdad material, recogido en la LPAG, también se podrán valorar las pruebas presentadas en el recurso de apelación, aun cuando no estén referidas a hechos nuevos, suscitados con posterioridad a la presentación de la denuncia del consumidor o a la presentación de los descargos por parte del proveedor.

Pues bien, en este pronunciamiento la Sala opta por brindar prevalencia y establecer como criterio general que se deben aplicar los principios del procedimiento administrativo sancionador como son el de verdad material, impulso de oficio y eficacia, declarando fundado el recurso de revisión presentado por una empresa de telefonía que presentó medios probatorios nuevos en su recurso de apelación y que se tuvieron por no presentados por la Comisión, que confirmó la sanción impuesta por el órgano en primera instancia; ordenando a la Comisión que emita un nuevo pronunciamiento en el que valore dicha nueva prueba.

Es decir, en esta ocasión se da prioridad a mayores garantías para la determinación de responsabilidad del proveedor, criterio propio de un sistema de responsabilidad subjetiva, correlativo con las normas propias del procedimiento administrativo sancionador, previsto en la LPAG, tales como este principio de verdad material.

III.4.f) Principio de persecución de oficio

Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI

No obstante este razonamiento expuesto por el INDECOPI en la última decisión analizada, cuatro meses después la Sala Especializada de Protección al Consumidor del INDECOPI vuelve a criterios propios de la responsabilidad objetiva cuando emite la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, del 25 de abril de 2013, correspondiente al Expediente N° 1343-2011/CPC, en la que se vuelve a dar preeminencia a la responsabilidad de los proveedores en cualquier afectación a los consumidores, sin perjuicio de las medidas que adopte para reparar dicha afectación.

Así los fundamentos de esta decisión señalan:

“Otro de los factores a tomar en cuenta en la presente discusión es el referido a, quién se encuentra en la mejor posición para prevenir los efectos ocasionados por la puesta en circulación de productos no idóneos en el mercado, o quien puede reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados; y al mismo tiempo evitar los costos innecesarios, originados por la existencia de transacciones ineficientes entre compradores y vendedores, los costos de oportunidad incurridos por los consumidores al momento de adquirir un producto no idóneo; así como la desconfianza en el mercado generada por la comercialización de bienes que presentan fallas. A ello cabe agregar que la reputación de las empresas también se ve afectada cuando los productos que se ponen en el mercado no son idóneos, y esto se refleja en el valor del mercado, cuando los consumidores reputan como defectuosos y no adquieren los productos ofrecidos por una determinada empresa.

En este punto, es pertinente recurrir al concepto del *cheapest cost avoider*, en el cual el agente capaz de evitar el daño de manera más económica o fácil es quien responde por las consecuencias de la puesta a disposición de bienes que presentan fallas, sin que ello implique necesariamente una mayor capacidad económica.

A criterio de este Colegiado, en el caso de la venta de productos de comercialización masiva no idóneos, es el proveedor quien tiene una ventaja comparativa en la prevención o en la asunción

de los riesgos dada su especialización respecto de su actividad productiva y de comercialización, al ser estos los que organizan, dirigen y efectúan el control de los productos que hacen ingresar en el mercado”¹⁵⁴.

No obstante lo cual, en líneas seguidas no deja de utilizar criterios de culpabilidad, tales como la diligencia en la organización interna del proveedor o mecanismos para evitar o prevenir defectos en la organización, cuando señala que:

“esta Sala no pretende desconocer la existencia de mecanismos de control de los bienes por parte de los proveedores; no obstante, lo que propugna a través de la presente resolución, es que las empresas fortalezcan los referidos sistemas a fin de que los productos que ingresen al mercado sean idóneos y no defrauden las expectativas de los consumidores”¹⁵⁵.

Resolución N° 44-2015/SC2-INDECOPI

Una situación particular del sistema de responsabilidad objetiva que se venía aplicando de manera confusa en el sistema de protección al consumidor, se daba en el hecho de que las partes, es decir, consumidor y proveedor, podían adoptar una solución privada al conflicto que mantenían y que estaba siendo conocido por la autoridad, y con ello dar también por finalizado el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual bastaba informar del acuerdo privado a la autoridad. O incluso, la autoridad podía adoptar la decisión anticipada de archivar el procedimiento de investigación si tomaba conocimiento de la adopción de medidas correctivas de su infracción por parte del proveedor, antes de que se le notifique los cargos, en el entendido de que el consumidor carecía ya en dicha instancia de legitimidad para obrar.

Sin embargo, luego el INDECOPI consideró que ello ya no era lo correcto en aplicación de un principio de persecución de oficio propio del PAS.

¹⁵⁴ Ver fundamentos 57 a 59 de la citada resolución.

¹⁵⁵ Ver fundamento 60 de la resolución.

Vemos así como en la decisión de la Sala de Protección al Consumidor 2, del 12 de enero de 2015, se señala que:

“los procedimientos administrativos de protección al consumidor son el mecanismo lógico formal diseñado por el legislador para hacer efectiva la acción de interés público que el Estado ha confiado a las administraciones públicas en el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor. Este procedimiento es el instrumento para canalizar la acción punitiva del Estado frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas para los proveedores de bienes o servicios en la normativa de protección al consumidor, y también para el control que sobre estos es exigible en cuanto al respeto de los derechos de los consumidores, conforme al mandato constitucional establecido en el artículo 65° de nuestra Constitución Política y que implica un deber especial de protección de parte del Estado a los derechos de los consumidores, reconocido inclusive por el Tribunal Constitucional”¹⁵⁶.

Argumenta así en favor de la facultad que tiene la administración del Estado para continuar con el procedimiento punitivo administrativo, aun cuando tome conocimiento por cualquier medio (ya sea por información del consumidor o del proveedor, de ambos o incluso de oficio) que el proveedor ya adoptó medidas para corregir su conducta infractora o para mitigar el daño causado al consumidor denunciante, en cuyo caso el proveedor alegaría una supuesta falta de legitimidad para obrar.

Y así concluye el Tribunal que:

“conforme se ha desarrollado en los acápite anteriores, el interés para obrar del particular denunciante no suspende, no deroga, ni afecta el deber de actuación de la autoridad administrativa en la sanción de las violaciones a la ley en este caso del Código, aunque tome conocimiento, por cualquier medio, de que se ha corregido la conducta o se ha mitigado el daño. La autoridad administrativa debe siempre actuar en cumplimiento de sus competencias legales y de su mandato, no

¹⁵⁶ Ver fundamento 30 de la citada resolución, recaída en el Expediente N° 276-2013/CPC-INDECOPI-AQP.

puede desconocer la existencia de un posible hecho infractor del marco legal que tiene confiado cautelar en cumplimiento de sus funciones y sus deberes institucionales”¹⁵⁷.

Resolución N° 104-2015/SPC-INDECOPI

De igual forma en la Resolución N° 104-2015/SPC-INDECOPI, del 19 de enero de 2015, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, precisó que:

“por medio de la denuncia, el administrado pone en conocimiento del Órgano Administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa. Ante ello, la Administración tiene el deber de iniciar un procedimiento, como consecuencia de la obligatoriedad de la acción punitiva del Estado. Por tanto, la denuncia tiene la misión de poner en conocimiento de la administración la comisión de hechos presuntamente ilícitos, a efectos de que ponga en marcha su actividad investigadora y, de ser el caso, su potestad sancionadora”¹⁵⁸.

Así:

“el particular que, con legítimo interés, activó una acción ante la autoridad para que ésta inicie el procedimiento administrativo puede perder interés en el resarcimiento de su pretensión, lo cual no afecta ni determina la conclusión del procedimiento”¹⁵⁹.

Es decir, acogiéndose a este principio de persecución de oficio, propio de la responsabilidad penal o subjetiva, determina que no puede dejar de sancionar a los proveedores en ningún caso en el que se acredite la infracción a las normas de protección al consumidor, aun cuando las partes mutuo propio hayan decidido poner fin a la controversia.

¹⁵⁷ Ver fundamento 32 de la misma resolución.

¹⁵⁸ Cabe precisar que en estos fundamentos citan a GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho...*, pág. 189; quiénes, como hemos señalado, están a favor de la aplicación de culpabilidad en la determinación de la responsabilidad administrativa.

¹⁵⁹ Ver sus fundamentos 27 y 28.

Estos argumentos se repiten en las Resoluciones N° 376-2015/SPC-INDECOPI, del 4 de febrero de 2015, recaída en el Expediente N° 707-2013/SC2; 404-2015/SPC-INDECOPI, del 4 de febrero de 2015, recaída en el Expediente N° 1716-2013/SC2; 450-2015/SPC-INDECOPI, del 11 de febrero de 2015, recaída en el Expediente N° 14-2015-LCC/PSO-INDECOPI-CUS; 904-2015/SPC-INDECOPI del 17 de marzo de 2015, recaída en el Expediente 37-2014/CPC-INDECOPI-JUN; y, 1906-2015/SPC-INDECOPI, del 16 de junio de 2015, y del Expediente N° 403-2012/CPC-INDECOPI-LAL; entre otras.

Resolución N° 055-2015/SPC-INDECOPI¹⁶⁰

En este otro pronunciamiento, del 13 de enero de 2015, la Sala Especializada de Protección al Consumidor rechaza el extremo impugnado por un consumidor referido a la determinación del monto o la cuantía de la multa impuesta al proveedor infractor fundamentándose en el carácter privativo de la potestad punitiva del Estado, en los siguientes términos:

“En ese sentido, en tanto que la determinación de la magnitud de una infracción es un presupuesto para la aplicación de la potestad punitiva del Estado, la cual responde a la defensa y tutela del interés público asignado exclusivamente a la Administración, no puede invocarse en dicho caso un interés legítimo por parte del denunciante. Por ello, éste no puede cuestionar a través de un medio impugnativo, la decisión que expide la autoridad al respecto”¹⁶¹.

Estos argumentos son reiterados luego en la Resolución 85-2015/SPC-INDECOPI, del 14 de enero de 2015¹⁶², en los que se añade que:

¹⁶⁰ Recaída en el Expediente N° 0414-2008/CPC.

¹⁶¹ Fundamento 27 de la resolución. El mismo argumento se reproduce en otros pronunciamientos, tal como sucede en el fundamento 43 de la Resolución N° 168-2015/SPC-INDECOPI, de fecha 20 de enero de 2015, recaída en el Expediente N° 165-2013/CPC-INDECOPI-AQP.

¹⁶² Recaída en el expediente N° 1259-2013/CC2.

“resulta necesario indicar que la legitimidad para obrar reconocida a los denunciantes en los procedimientos sancionadores involucra el derecho a denunciar una presunta conducta ilícita, pero no incide en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración por ser ésta una actuación motivada estrictamente por fines públicos.

El Código Procesal Civil establece como requisito para la interposición de un medio impugnatorio que el fallo recurrido ocasione algún agravio al recurrente. En ese sentido, en tanto que la determinación de la magnitud de una infracción es un presupuesto para la aplicación de la potestad punitiva del Estado, la cual responde a la defensa y tutela del interés público asignado exclusivamente a la Administración, no puede invocarse en dicho caso un interés legítimo por parte del denunciante. Por ello, éste no puede cuestionar a través de un recurso administrativo, la decisión que expide la autoridad al respecto.

La multa, como sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado que es desincentivar conductas ilícitas razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular denunciante. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados”¹⁶³.

Sin embargo, para la determinación de la responsabilidad del proveedor en este caso siguió utilizando la inversión de la carga de la prueba, propia de un régimen de responsabilidad objetiva o civil, y ello le lleva incluso a sustentarse en normativa del Código Procesal Civil sobre el recurso impugnatorio, cuando en el ejercicio de potestades administrativas debe aplicarse principalmente la LPAG, que también regula los recursos impugnativos, tal como se puede apreciar en el artículo 115 del TUO de la LPAG, aprobado mediante D. S. 006-2017-JUS, y sólo supletoriamente acudir a la regulación civil correspondiente.

Con este pronunciamiento se reconoce la irrenunciabilidad del ejercicio de una potestad asignada por la ley, propia de un régimen punitivo o penal y no de un régimen civil del que la

¹⁶³ Fundamentos 16 a 18.

responsabilidad objetiva es característica. En ese sentido expresa que:

“la multa, como sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado que es desincentivar conductas ilícitas **razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular denunciante.** En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados.

En ese sentido, en tanto que la determinación de la magnitud de una infracción es un presupuesto para la aplicación de la potestad punitiva del Estado, la cual responde a la defensa y tutela del interés público asignada exclusivamente a la Administración, no puede invocarse en dicho caso un interés legítimo por parte del denunciante. Por ello, éste no puede cuestionar a través de un medio impugnativo, la decisión que expide la autoridad al respecto¹⁶⁴.

Considerando lo expuesto, corresponde declarar improcedente la apelación planteada por la Sucesión en el extremo referido al incremento de la multa de 60 UIT impuesta al denunciado”¹⁶⁵.

Resolución N° 076-2015/SPC-INDECOPI¹⁶⁶

En esta decisión la Sala Especializada en Protección al Consumidor señala expresamente que:

“los procedimientos administrativos seguidos por la Comisión de oficio o a instancia de parte para investigar presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor son procedimientos que implican el ejercicio de la potestad sancionadora y, en mérito a dicha naturaleza, están sujetos a la observancia de los principios que rigen la función punitiva de la Administración” recogidos en “el artículo 230° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Este fundamento se repite en la Resolución N° 169-2015/SPC-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 165-2013/CPC-INDECOPI-AQP, entre otras.

¹⁶⁵ Ver sus fundamentos 26 a 28. El énfasis es agregado.

¹⁶⁶ Recaída en el Expediente N° 283-2013/CPC-INDECOPI-PUN.

¹⁶⁷ Ver fundamentos 6 y 7. Actualmente es el artículo 246 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Aplica así el principio de causalidad propio de los procedimientos administrativos sancionadores al señalar que:

“De no tenerse claramente identificado al proveedor que estaría cometiendo una infracción a la norma, se estaría vulnerando el principio de causalidad, el cual establece expresamente que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable, con lo que se habría configurado una causal de nulidad del acto administrativo”¹⁶⁸.

Puede apreciarse que estos fundamentos en los cuales se aplica por extensión estos principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador del sistema de protección al consumidor, se repiten en resoluciones como la 255-2015/SPC-INDECOPI¹⁶⁹, recaída en el Expediente N° 177-2013/CPC-INDECOPI-PIU y 272-2015/SPC-INDECOPI¹⁷⁰, recaída en el Expediente N° 347-2013/CPC-INDECOPI-LAL, del 28 de enero de 2015, ambas, entre otras.

Señalan como fuentes de esta doctrina¹⁷¹ obras sobre Derecho administrativo sancionador.

Resolución N° 376-2015/SPC-INDECOPI

En la Resolución N° 376-2015/SPC-INDECOPI el Tribunal señala que pese a que las partes han llegado a un acuerdo y conforme a ello el denunciante se desiste de la pretensión, dicha pretensión resulta improcedente pues:

“la acción de desistimiento del consumidor que activa el procedimiento especializado en protección al consumidor únicamente puede alcanzar los derechos subjetivos que –

¹⁶⁸ Ver fundamento 10.

¹⁶⁹ Ver fundamentos 7 y 10.

¹⁷⁰ Ver fundamento 8.

¹⁷¹ Tales como LOZANO CUTANDA, GÓMEZ TOMILLO Y SANZ RUBIALES, a los que hemos hecho alusión también nosotros en el presente trabajo. Fundamentos que se repiten, con las mismas citas, en diversas resoluciones posteriores, tales como las 404-2015/SPC-INDECOPI, del Expediente 1716-2013CC2 y 450-2015/SPC-INDECOPI, del Expediente 14-2014-LCC/PS0-INDECOPI-CUS.

accesoriamente— a la sanción pudieran derivarse del procedimiento (medidas correctivas, costas y costos por ejemplo). En ningún caso, este consumidor podría desistirse de lo que no le pertenece: el conocimiento de un hecho contrario al marco legal que la autoridad está obligada a sancionar. Esta obligación se prolonga necesariamente después del desistimiento¹⁷².

III.5.g) Principio de retroactividad.

Resolución N° 247-2015/SPC-INDECOPI

En esta resolución la sala expresamente señala que los principios del derecho penal, específicamente del de retroactividad, se hacen extensivos al Derecho administrativo sancionador, donde el Estado también ejerce su potestad punitiva. Así en su fundamento 30 refiere:

“De ello se desprende que la norma constitucional ha establecido irretroactividad como principio o regla general con relación a la aplicación de la norma en el tiempo, es decir, está prohibida la retroactividad, y como excepción, la retroactividad en materia penal, siempre que esta favorezca al reo. Es decir establece una sola posibilidad de la aplicación retroactiva, en el caso penal, lo que se hace extensivo para el derecho administrativo sancionador, donde el Estado también ejerce su potestad punitiva”.

De acuerdo con ello, el INDECOPI estaría reconociendo que en el sistema de protección al consumidor se aplica la potestad punitiva del Estado y, por tanto, los principios del Derecho Penal, por extensión, se aplicarán también en este sistema, incluido el de culpabilidad, tal como los autores citados por el propio Tribunal lo defienden y propugnan.

¹⁷² Ver fundamento 10.

III.5.h) Inaplicación de normas del proceso civil en el procedimiento administrativo de protección al consumidor

En las resoluciones 450-2015/SPC-INDECOPI y 696-2015/SPC-INDECOPI, recaídas en los expedientes 14-2014-LCC/PS0-INDECOPI-CUS y 17-2014/PS0-INDECOPI-CUS, de fechas 11 de febrero y 2 de marzo de 2015, respectivamente, se puede observar como el Tribunal cita estos mismos fundamentos de la potestad punitiva del Estado, y a los mismos autores GÓMEZ TOMILLO, LOZANO CUTANDA y SANZ RUBIALES, para señalar que:

“En consecuencia, en este tipo de procedimientos se busca determinar la responsabilidad del proveedor denunciado respecto de los hechos materia de investigación, debido al interés público que se encuentra en controversia, siendo que incluso la determinación de las pretensiones analizadas corresponde únicamente a la autoridad administrativa, conforme se ha establecido en párrafos precedentes, independientemente de que el consumidor afectado -asesorado por su abogado- haya comunicado diversas situaciones de hecho que conllevaron a la imputación de una o más presuntas conductas infractoras, lo cual conllevaría a que el consumidor se vea perjudicado al momento de reclamar los costos del procedimiento debido a que la propia autoridad administrativa resolvió no amparar todas las situaciones de hecho que esta decidió investigar.

Por tanto, en aras de ejercer una auténtica tutela de los derechos e intereses del consumidor, esta Sala considera que la aplicación del artículo 412° del Código Procesal Civil no sería compatible con la naturaleza y finalidad que regula la procedencia de las costas y costos en los procedimientos administrativos de protección al consumidor, siendo que incluso la determinación de las pretensiones se encuentra a cargo de la propia autoridad administrativa.

Cabe precisar que esta Sala ha determinado anteriormente la existencia de diferencias entre los procesos judiciales y los procedimientos de protección al consumidor, precisando que existen ciertos artículos del Código Procesal Civil que no resultan compatibles con la naturaleza de los procedimientos seguidos ante el Indecopi y, por consiguiente, no le son aplicables de manera supletoria, conforme se observa en algunos criterios referidos a las costas y costos del procedimiento acogidos por este Colegiado (en su

mayoría), tales como la regulación de los costos en atención a las incidencias del procedimiento y la exoneración de los costos por el reconocimiento o allanamiento de la parte demandada”¹⁷³.

Está determinando que, en efecto, se trata de un procedimiento administrativo sancionador, al cual se le aplican los principios generales del Derecho punitivo, ampliamente desarrollados por el Derecho penal; y, precisando que a este procedimiento no le son aplicables directa ni supletoriamente normas procesales civiles, como las que regulan los costos y costas del procedimiento, en el caso concreto.

III.6. Recapitulación crítica de la aplicación de los principios sancionadores y la determinación de la responsabilidad administrativa de los proveedores.

III.6.a) Una expresa e inicial, pero débil, responsabilidad objetiva.

Como hemos visto, este histórico péndulo entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva en nuestro sistema de protección al consumidor, trae consigo serios problemas de predictibilidad en las decisiones que sobre el particular la autoridad administrativa adopta.

Así, si bien inicialmente la LPC preveía en su artículo 41 de manera expresa una responsabilidad objetiva del proveedor, cuando analizábamos uno de sus primeros precedentes (Resolución N° 0095-1996-TDC, de fecha 18 de diciembre de 1996), veíamos como el Tribunal del INDECOPI la aplicaba, pero ayudándose en una interpretación *contrario sensu* de la regla prevista en su artículo 42. Es decir, negaba el análisis de elementos de culpabilidad para la determinación de responsabilidad del proveedor, pero no para la graduación de la sanción.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, también analizó elementos de culpabilidad para determinar la responsabilidad del proveedor al acudir al criterio desarrollado por el penalista alemán

¹⁷³ Ver fundamentos 36 a 38 y 33 a 35, respectivamente. El énfasis es agregado.

Klaus Tiedemann, de “culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización”. Recordemos que el Tribunal señaló en aquella ocasión que los denunciados llevaron a cabo una serie de actos inexcusablemente negligentes.

Recalcamos como la doctrina considera que en DAS la culpa es la protagonista y el dolo tiene un papel secundario¹⁷⁴, a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal en el cual la regla es el dolo y sólo si la ley lo prevé expresamente se sanciona por culpa. Por lo tanto, acusamos la dificultad del INDECOPI para excluirse del análisis de culpabilidad en sus decisiones, cuando la mayoría de infracciones que enjuiciaba eran cometidas por negligencia de los proveedores.

Señalamos en la introducción de nuestro trabajo a la libertad como principio rector del comportamiento de todos los miembros de nuestra sociedad, que debe ser promovido y protegido por nuestras autoridades, como el INDECOPI en cuanto a nuestra actuación en el mercado, y como el fundamento de la aplicación del principio de culpabilidad también en el Derecho administrativo sancionador. Coincidimos, por tanto, con BACIGALUPO ZAPATER, cuando señala que la exigencia de dolo o culpa deriva del derecho a la libertad y seguridad, pues “nadie es libre ni goza de seguridad si el Estado puede aplicarle penas por hechos u omisiones inevitables, es decir, que no sean consecuencia de su acción voluntaria evitable”¹⁷⁵. Así, Quintero Olivares señala que el dolo y la culpa no son privativos del Derecho Penal, pues “dolosidad y culposidad de la conducta humana son conceptos categóricamente válidos para la totalidad del Ordenamiento Jurídico, aunque hayan sido aportados por el Derecho Penal”, por ello, la razón “por la que ha

¹⁷⁴ DE PALMA DEL TESO, A., “La...”, p. 27. De la misma autora “Principio...”, p. 707. También NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, p. 349 y GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho...*, p. 451.

¹⁷⁵ ZAPATER BACIGALUPO, E., “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de legalidad?”, en *La Ley*, 1982, pp. 936 y ss. Citado por CANO CAMPOS, T., “La culpabilidad y los sujetos responsables de las infracciones de tráfico”, *Revista de Documentación Administrativa*, 284-285, Madrid, mayo-diciembre 2009, p. 88.

de concurrir dolo o culpa en la infracción administrativa no reside en el parentesco con el derecho penal únicamente”¹⁷⁶.

III.6.b) Responsabilidad, culpabilidad y casos fortuitos

Cuando analizamos la Resolución N° 277-1999-TDC vimos que, nuevamente aplicando “la culpabilidad por defectos en la organización”, en respaldo a su responsabilidad objetiva, el Tribunal sanciona a una embotelladora por poner en el mercado una bebida con un cuerpo extraño en su interior.

Para sustentar su posición respecto de que se trataba de una responsabilidad objetiva, cita entre sus argumentos una decisión previa, la Resolución N° 99-21996-TDC, en la cual se sanciona a una aerolínea, pese a que se acreditó que la pérdida de la maleta de una pasajera se debió a una causa fortuita o fuerza mayor (un Huracán). Aquí verificamos que se sancionaba igual, a quien no había nada que reprocharle, pues la pérdida de la maleta no se debió a un defecto de su organización, sino a una cuestión totalmente imprevista como un Huracán, que a quien sí había que reprocharle la negligencia en su proceso productivo que llevó a expender una bebida con cuerpos extraños al interior.

¹⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, en Revista de Administración Pública núm. 126, Madrid - 1991, pp. 264-265. Citado por CANO CAMPOS, T., “La culpabilidad y los sujetos responsables de las infracciones de tráfico”, Revista de Documentación Administrativa, 284-285, Madrid, mayo-diciembre 2009, p. 88. Para NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid – 2015, p. 323, esta afirmación es una falacia, pues basta recordar las “conductas jurídicamente relevantes sin necesidad de que medie culpa o negligencia, empezando por la llamada responsabilidad objetiva del Estado”. Pero nos encontramos en desacuerdo con esta crítica de Nieto dado que la responsabilidad objetiva del Estado es una responsabilidad patrimonial – con efectos meramente indemnizatorios, y no sancionadores de la propia administración – totalmente equiparable a la responsabilidad por riesgo, típicamente objetiva, del Derecho Civil. Sobre el particular véase GUZMAN ÑAPURÍ, C., “La Responsabilidad patrimonial de la administración pública”, en Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 2ª parte, ARA, Lima, 2003, pp. 564 y ss. También nuestro trabajo “La determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, una revisión desde el Derecho administrativo”, en Jus Doctrina & Práctica N° 2, Grijley, Lima, 2008, p. 409.

Vimos claramente que el INDECOPI aplicó en un caso responsabilidad objetiva y en el otro responsabilidad subjetiva.

Estamos de acuerdo con CANO CAMPOS, en que el fundamento de la exigencia de culpabilidad también para las sanciones administrativas, “reside en que el Derecho sólo puede prohibir comportamientos voluntarios dolosos o imprudentes, ya que para el Derecho sancionador sólo pueden ser relevantes las conductas en que concurran tales notas. El Derecho administrativo sancionador, al igual que el Penal, sólo puede intentar legítimamente impedir las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos prohibiendo conductas voluntarias capaces de producir tales resultados de forma dolosa, por estar dirigidas conscientemente a lesionar tales bienes, o imprudentes, por lesionar tales bienes infringiendo las normas de cuidado exigibles en el sector, superando así el umbral del riesgo permitido. E. GIMBERNAT lo ha explicado así en el ámbito penal con argumentos también válidos para nosotros: como el legislador lo único que puede motivar son conductas correctas, ahí está el límite de lo que racionalmente puede prohibir: si el sujeto se comporta cuidadosamente (lo único que está en su mano hacer) y, no obstante, lesiona fortuitamente un bien jurídico (lo que cae ya fuera de su control), ello no puede constituir una conducta prohibida, pues lo que el Derecho quería -y podía- producir se ha producido: que se actuase diligentemente al ejecutar la acción. Sólo las conductas cometidas con dolo o negligencia se pueden reputar antijurídicas y calificar como infracción administrativa, pues sólo tales comportamientos pueden ser objeto de la norma sancionadora primaria concebida como imperativo capaz de incidir en o motivar la conducta de los sujetos (norma imperativa o de conducta). Por el contrario, los procesos puramente fortuitos, inevitables para el sujeto, o aquellos que no revisten el carácter de acción, en la medida en que no pueden ser condicionados por la norma, carece de sentido conminarlos con una sanción. De este modo parece claro que las normas sancionadoras no pueden tener por objeto simples estados o procesos de la naturaleza, los cuales pueden ser valorados pero no prohibidos ya que no entran dentro de lo que se puede

determinar, es decir, evitar a través de la incidencia de las normas¹⁷⁷.

“En un Estado social y democrático de Derecho – continúa CANO CAMPOS - sólo es posible, necesario y, por tanto, legítimo prohibir bajo la amenaza de sanción conductas dolosas o imprudentes. En dicha cláusula radicaría, cuando menos, el engarce constitucional de la exigencia de dolo o culpa, como también en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues un legislador que prohíbe bajo amenaza de sanción lo que no puede prohibirse y lo que no es necesario prohibir, porque no se puede evitar, es un legislador arbitrario y la ley que plasme una prohibición tal es una norma contraria a la Constitución”¹⁷⁸.

Consideramos que en atención a estos fundamentos la reciente modificación efectuada a la LPAG por el D. L. 1272 ha incluido, de manera acertada, el principio de culpabilidad entre los principios del procedimiento administrativo sancionador, los cuales son de aplicación directa a todos los regímenes especiales¹⁷⁹, como ampliaremos más adelante, cuando veamos esta y otras modificaciones últimas.

III.6.c) Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba

Además, vimos que en este segundo precedente se establece el criterio de la inversión de la carga de la prueba, según el cual una vez acreditado el defecto en el producto corresponde al proveedor acreditar que dicho defecto no le es atribuible. Esto, dijimos, implica una afectación al derecho de presunción de inocencia y citamos para ello un pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano que así lo establece. Sobre ello, además, cabe recalcar que doctrinarios como GARCÍA DE ENTERRÍA y RODRÍGUEZ FERNANDEZ, tienen dicho que “los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa

¹⁷⁷ CANO CAMPOS, T., “La culpabilidad...”, pp. 88 y ss.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 89.

¹⁷⁹ MORÓN URBINA, J., “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración pública en la ley peruana”, en *Revista Advocatus*, N° 13, Lima - 2005, p. 247.

mientras no se demuestre lo contrario. (...) la presunción de inocencia con rango de derecho fundamental supone que sólo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí, la propia Administración, en su fase instructora), podrá alguien ser sancionado. (...) es inimaginable imponer a alguien la carga de probar su inocencia, lo que normalmente equivale a una *probatio diabólica*¹⁸⁰.

III.6.d) Responsabilidad objetiva y principios del procedimiento sancionador

Con la entrada en vigencia de la LPAG en el año 2001, que recogía por primera vez una regulación general del procedimiento administrativo sancionador en nuestro país, propio de una responsabilidad subjetiva, vimos como los diversos pronunciamientos posteriores del Tribunal del INDECOPI en materia de protección al consumidor trataron de adecuarse a dichos principios, los cuales no encajaban en ciertos criterios adoptados de manera previa¹⁸¹.

Dicho trabajo de adecuación continuó con las mismas dificultades por parte del Tribunal, como hemos visto, con la entrada en vigencia del Código de Protección y Defensa al Consumidor, en el año 2010, dado que esta norma, pese a su afán globalizador del sistema de protección al consumidor en nuestro país, no definió si se trataba de un sistema de responsabilidad administrativa objetiva o subjetiva, sino que se limitó a señalar que se trataba de una responsabilidad administrativa.

¹⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, T. II, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2006, p. 1083. En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General*, Thomson – Aranzandi, Madrid - 2008, pp. 623 y ss. Asimismo, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid – 2007, pp. 390 y ss.

¹⁸¹ Baca Oneto, V., *Protección ...*, p. 43

III.6.e)¿Responsabilidad objetiva y subjetiva al mismo tiempo?

En primer lugar analizamos como a pesar de que el INDECOPI invocaba expresamente la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva de los proveedores que afectaban los derechos del consumidor, terminaba determinando dicha responsabilidad bajo criterios de culpabilidad, negligencia o imprudencia; sancionando, por ejemplo, a una discoteca por permitir **de manera negligente** que sus consumidores realicen actividades imprudentes que generaron la lesión de una de sus clientes.

Aquí pudimos observar como a pesar de invocar elementos de culpabilidad, al considerar que en efecto la discoteca cumplía con un comportamiento adecuado para prestar su servicio, según el Informe de Defensa Civil, pero al mismo tiempo por otros elementos de culpabilidad, como la negligencia de su personal al permitir actos imprudentes de sus clientes, correspondía atribuirle responsabilidad “objetiva”,

De igual forma, en la decisión de otro caso, se consideró que el asalto a una consumidora de un establecimiento de salud dentro de su ascensor no resultaba previsible para un proveedor de dichos servicios y su impedimento no resultaba una condición de seguridad razonable exigible en locales abiertos al público. Es decir una medida destinada a ello no resultaba exigible para que el proveedor cumpla una diligencia debida en la prestación de sus servicios de salud. No obstante, este razonamiento propio de un sistema de responsabilidad subjetiva, o culpabilidad, se concluye entre los argumentos de este caso, aludiendo a elementos de responsabilidad objetiva, al señalarse expresamente que de no establecerse límite alguno a la responsabilidad objetiva que el proveedor mantiene en materia de seguridad se introduciría sobrecostos excesivos en el mercado, que finalmente serían trasladados al consumidor mediante un incremento de precios.

Es más, en este mismo caso, vimos el voto discordante de dos vocales del Tribunal del INDECOPI, en el que expresamente se habla de la existencia de una expectativa legítima de que **el proveedor asuma una responsabilidad objetiva** en estos casos,

pero **finalmente argumenta con elementos de culpabilidad, al señalar que formaba parte de la diligencia debida del proveedor** el adoptar medidas de seguridad que eviten hechos como los de este caso, como por ejemplo sistemas de filmación al interior de sus instalaciones.

III.6.f) Potestad sancionadora irrenunciable

Luego analizamos el debate importante sobre los alcances del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, en cuanto a si se veía afectado por la solución armoniosa del conflicto entre las propias partes, ya sea mediante acuerdo o transacción o por el remedio aplicado al problema por parte del proveedor¹⁸², previo a la imputación de cargos, de lo cual dependía si se aplicaba una conclusión preliminar del procedimiento y/o el archivo del caso sin sanción alguna.

Y, también se discutió si el consumidor tenía o no legitimidad o interés alguno para impugnar el extremo referido a la sanción del proveedor.

En este caso concreto se alude al principio de oficialidad u obligatoriedad sin excepciones del ejercicio de la potestad sancionadora, al que se adscribe mayoritariamente la doctrina¹⁸³, según el cual “en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración”¹⁸⁴.

Si bien este principio no ha sido recogido expresamente por las recientes modificaciones a la LPAG en materia sancionadora, nos parece suficiente que sí lo esté en los principios generales de la

¹⁸² Cabe recordar que, tal como hemos señalado en el punto II3 *ut supra*, según el AED, que fundamenta el inicial sistema de protección al consumidor, una de sus premisas básicas o principios es que el consumidor es quien está en mejor situación para decidir qué es bueno para él. Esta idea, que los economistas identifican como el principio de soberanía del consumidor, conduce a que el Estado devuelva al consumidor la facultad de autodeterminar su destino.

¹⁸³ LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, en Revista de Administración Pública, N° 161, Madrid, Mayo – agosto de 2003, p. 93.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 94.

norma¹⁸⁵, debiendo defenderse su “aplicación en todo caso, en cuanto consecuencia ineludible del principio de legalidad”¹⁸⁶.

Por otro lado, consideramos que si bien se trata de una potestad sancionadora, la Administración realiza una actividad arbitral, “en cuanto decide controversias o conflictos entre los particulares, sobre derechos privados o administrativos”¹⁸⁷, en los que el denunciante con interés legítimo vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora va a servir de control sobre el ejercicio de dicha potestad, esto es, del respeto por la Administración del principio de oficialidad al que venimos aludiendo, pues cuando ésta no actúe, debiendo hacerlo, podrá recurrir al superior y a los tribunales, si es necesario, para que revisen dicha decisión y la declaren, en su caso, ilegal¹⁸⁸.

III.6.g) Tipicidad e idoneidad

Vimos también como en diversos pronunciamientos en los que el Tribunal del INDECOPI si bien invoca la aplicación del principio de tipicidad, por estar previsto en la regulación que hace la LPAG sobre el PAS, termina por desdibujarlo al intentar reconducir todas las infracciones posibles en el sistema de

¹⁸⁵ TUO de la LPAG, Art. IV, 1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

¹⁸⁶ LOZANO CUTANDA, B, “El principio...”, p. 98. También MESTRE DELGADO, J., “Principio...”, pp. 734 y 735.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 101.

¹⁸⁸ *Ibíd.* P. 102. Esta autora pone como ejemplo a la Ley sancionadora de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que recoge de manera original esta posibilidad del denunciante y cita en su trabajo la exposición de motivos de la ley que sobre el particular señala: “No se encuentra motivo alguno para limitar la virtualidad del concepto general de interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador. El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero, en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio. La infracción administrativa puede perjudicar los derechos e intereses individuales tanto como el delito o la falta penales (amén del perjuicio al interés general siempre presente), por lo que no se alcanza a comprender la causa de la limitación consistente en que en el procedimiento administrativo sancionador únicamente estén presentes el interés general y el individual del imputado”.

protección al consumidor en nuestro país a la aplicación del concepto jurídico indeterminado de “idoneidad” contenido en los artículos 18 y 19 del CPDC.

III.6.h) Causalidad adecuada

Hemos podido apreciar que cuando el INDECOPI habla de la ruptura del nexo causal como elemento para eximir de responsabilidad al proveedor en la existencia de un defecto en el producto, acreditado por el consumidor, mezcla la responsabilidad objetiva con la subjetiva, pues señala que una vez acreditado el defecto se presume que es atribuible al proveedor, quien “**podrá demostrar su falta de responsabilidad desvirtuando dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes)**” o probando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o negligencia del propio consumidor afectado”.

Si el proveedor demuestra que empleó la diligencia requerida, quiere decir que su comportamiento no fue negligente y, por tanto, se acude a criterios de culpabilidad para determinar su inocencia.

No obstante, en un caso posterior en el que la aerolínea acredita con informes técnicos de la autoridad respectiva, que el retraso en la salida de su vuelo se debió a causas climáticas, es decir, acreditaba la ruptura del nexo causal, el INDECOPI consideró que igual cabía atribuir la responsabilidad al proveedor por tratarse de riesgos propios de su actividad comercial, es decir, acudiendo a la responsabilidad por el riesgo, propio de una responsabilidad objetiva.

III.6.i) La garantía de verdad material y principio de retroactividad

Seguidamente analizamos como, atendiendo a las garantías propias de un sistema de responsabilidad subjetiva, el Tribunal brinda prioridad al principio de verdad material sobre el de preclusión, cuando establece que las pruebas presentadas por el proveedor en su recurso de apelación si deben ser evaluadas por la

Comisión, cambiando con ello el criterio propio de un régimen civil, previamente establecido, de que en los recursos de apelación no podían presentarse nuevas pruebas, salvo que se hayan generado de manera posterior a la decisión de la primera instancia. Igual pasa con la aplicación en sede administrativa del principio de retroactividad penal.

III.6.j) Inaplicación de normas procesales civiles

Finalmente, hemos analizado, en este tercer capítulo, pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI en los que se definió que artículos del Código Procesal Civil, como el 412, no son aplicables a procedimientos sancionadores como el de protección al consumidor, brindándose así prevalencia a normas propias de un sistema de responsabilidad subjetivo.

CAPÍTULO IV LA INCLUSIÓN EXPRESA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LAS MODIFICACIONES AL CPDC CONTRARIAS A SU APLICACIÓN

Se ha reconocido en la última modificación efectuada por el D. L. 1272 a la LPAG, a través del primer artículo del Capítulo dedicado a regular el PAS, es decir el artículo 245 del TUO de la LPAG, que “las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, **los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa** a que se refiere el artículo 246, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo (el énfasis es agregado). En esta última modificación si se incluyó de manera expresa el principio de culpabilidad, y también vamos a citar algunas decisiones del tribunal sobre el particular.

IV.1. La inclusión del principio de culpabilidad por el D. L. 1272.

Esta norma, publicada el 21 de diciembre de 2016, en el diario oficial El Peruano, ha incluido la responsabilidad administrativa subjetiva dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa previstos en el, entonces, artículo 230 de la LPAG¹⁸⁹ en los siguientes términos:

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...) 10. Culpabilidad:- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva (...).”

Algunos autores, como MACASSI ZAVALA¹⁹⁰, al comentar esta inclusión han señalado que la excepción a la regla, es decir, la responsabilidad administrativa objetiva, se da en el sistema de protección al consumidor en nuestro país, basándose en el tenor del artículo 101 del CPDC. Pero como ya hemos señalado antes, estos autores no han reparado en el hecho de que ese artículo regula la “responsabilidad civil” por producto defectuoso, no la responsabilidad administrativa. Es decir, en caso el consumidor acuda al Poder Judicial para lograr una indemnización por daños y perjuicios se deberá aplicar la responsabilidad objetiva del proveedor, tal como se puede deducir si se lee este artículo conjuntamente con el 100, y del hecho de que se encuentre dentro del capítulo del CPDC destinado a regular la Responsabilidad Civil, tal como su propio título lo dice.

Cabe reiterar que la responsabilidad administrativa en nuestro sistema de protección al consumidor está regulada en el artículo 104 del CDPC, dentro del Capítulo III, destinado a regular la Responsabilidad Administrativa, tal como el título de este capítulo lo señala; y, no precisa si se trata de una responsabilidad objetiva o subjetiva, por lo tanto,

¹⁸⁹ Hoy artículo 246 del TUO de la LPAG, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

¹⁹⁰ MACASSI ZAVALA, J., “Incorporación del Principio de Culpabilidad al Procedimiento Administrativo Sancionador”, en Administración Pública & Control, Gaceta Jurídica, N° 38, Lima – Enero 2017.

supletoriamente se debe aplicar la responsabilidad subjetiva establecida en el artículo 246 del actual TUO de la LPAG.

Pero además, en el artículo 236 A de este DL, hoy artículo 255 del TUO de la LPAG, se establece como eximente de responsabilidad administrativa al “caso fortuito y la fuerza mayor”, con lo cual se cambia el criterio que se venía aplicando en varios de los pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI que hemos analizado, en los que pese a que se acreditó el caso fortuito se sancionó a los proveedores en aplicación de una pura lógica de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el riesgo (atribución de responsabilidad a título de garantía).

Y también prevé este artículo como eximente de responsabilidad administrativa el que antes de la notificación de las imputaciones el denunciado haya corregido voluntariamente su actuación, lo cual niega la prevalencia del comentado principio de irrenunciabilidad del ejercicio de las potestades públicas, al que el Tribunal se había acogido varias veces, para confirmar una sanción impuesta, pese a que el proveedor ya había subsanado su conducta antes de la notificación de cargos.

Aquí vemos que se está regresando a las premisas básicas que el AED brindó a nuestro original Derecho del consumidor, según las cuales el consumidor es quien está en mejor situación para decidir qué es bueno para él, o que el mercado mismo genera incentivos para que el consumidor adopte las mejores decisiones de consumo, lo que conduce a una actuación residual y excepcional del Estado.

IV. 2.Las modificaciones al CPDC efectuadas por el D. L. 1308.

Esta última eximente recogida por el D. L. 1272 se reitera en el Decreto Legislativa N° 1308, publicado el 30 de diciembre de 2016, en el diario oficial El Peruano que, al modificar el artículo 108 del CPDC¹⁹¹, establece la improcedencia de la denuncia interpuesta por un consumidor,

¹⁹¹ “Artículo 1.- Modifíquese los artículos (...) 108 (...) del Código de Defensa y Protección al Consumidor, en los términos siguientes:

Artículo 108.- Infracciones Administrativas. (...). Sin que la presente enumeración sea taxativa, pondrán fin al procedimiento administrativo la resolución de la autoridad administrativa que declara la improcedencia de la denuncia de parte en los siguientes supuestos: (...). f) Si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos”.

cuando el proveedor haya subsanado su conducta infractora antes de la notificación de cargos. Con lo cual se aplica la misma crítica de afectación al principio de persecución de oficio.

En la misma orientación, el artículo 112¹⁹², la modificación que hace este DL. 1308, prevé como elemento atenuante de la responsabilidad el allanamiento del proveedor, en cuyo caso sólo se le impondrá una amonestación y se le exonerará del pago de costos del proceso. Modificación que va incluso más allá de lo dispuesto por el artículo 255 del TUO de la Ley 27444, numeral 2, literal a), que señala que en dicho supuesto la multa se le reduce a no menos de la mitad. Sin embargo, en ambos casos se contraría el criterio reiteradamente acogido por el Tribunal del INDECOPI, en base al principio de irrenunciabilidad del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, propio de un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa.

Sin embargo, en la modificación que este D. L. 1308 hace al artículo 126 de CPDC se prevé que se puedan presentar en el procedimiento sumarísimo pruebas aún en la apelación y en sus descargos, con lo cual establece legalmente la regla procesal de aplicación del principio de verdad material, propio del derecho administrativo sancionador, garantista o subjetivo, tal como ya ha sido recogida en los precedentes citados en nuestro trabajo.

Podemos concluir, que además de perderse la gran oportunidad de definir si la responsabilidad administrativa en el Código de Protección al Consumidor es subjetiva, de acuerdo con las modificaciones efectuadas a la LPAG y a los últimos pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI en los que acogía estos principios; con estas últimas modificaciones se acrecienta la confusión sobre el régimen que realmente se desea acoger en nuestro sistema de protección al consumidor.

¹⁹² “Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios: (...)3. En los procedimientos de oficio promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria”.

Entendemos que esta tarea seguirá en manos de los órganos del INDECOPI y en especial del Tribunal Especializado en protección al consumidor, en tanto tiene el deber de unificar los criterios sobre la materia a nivel nacional, pero tal como veremos de manera breve a continuación, ello aún no se asume.

IV.3. La confusa aplicación del principio de culpabilidad en la determinación de una responsabilidad objetiva de los proveedores. Análisis de recientes resoluciones del INDECOPI.

Al parecer, no hay noticias alentadoras sobre el particular, ya que los pronunciamientos del INDECOPI sobre el principio de culpabilidad en el procedimiento sancionador de protección al consumidor, a pesar de su inclusión expresa en el artículo 246 del TUO de la LPAG, siguen siendo contradictorios, tal como se puede apreciar en los pronunciamientos que analizamos a continuación.

Resolución N° 1287-2017/SPC-INDECOPI

Esta decisión recaída en el Expediente N° 1225-2013/CC2, el 30 de marzo de 2017, expresa lo siguiente en su fundamento 24:

“Conviene señalar en este punto que, en los procedimientos por infracciones a las normas de protección al consumidor, recae sobre el denunciante la carga de probar el defecto alegado. Sólo una vez que ha sido acreditado el defecto, la carga de la prueba se invierte y recae sobre la denunciada, el deber de acreditar que éste no le es imputable, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque existieron hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad por tales defectos. **Este principio, además, garantiza el derecho de todo proveedor a ser considerado inocente mientras no se demuestre su culpabilidad**¹⁹³.

¹⁹³ Ver página 8/10 de la citada resolución, disponible en file:///F:/Descargas%20de%20Chrome/doc_201706021116176846%20(1).pdf. (Visitada por última vez el 15 de noviembre de 2017) El énfasis es agregado. El mismo argumento se aprecia en el fundamento 63 de la Resolución N° 991-2017/SPC-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 165-2016/CC2-INDECOPI, de fecha 1 de marzo de 2017.

Así, parece que se está reconociendo la primacía del principio de culpabilidad en la determinación de responsabilidad administrativa de los proveedores en nuestro sistema de protección al consumidor, tal como lo ha previsto la modificación del D.L. 1272. Primacía propia de todo principio cuya aplicación no puede ser supletoria sino siempre directa¹⁹⁴. Con mayor razón cuando en el caso bajo análisis se confirma la resolución de la Comisión que declaró infundada la denuncia.

Reconocimiento bastante extraño cuando se mantienen de manera contradictoria el criterio objetivo de la inversión de la carga de la prueba, que afecta además la presunción de licitud, tal como hemos tenido la oportunidad de señalar.

Resolución N° 1570-2017/SPC-INDECOPI

Dicho “reconocimiento” se torna más endeble, cuando en esta otra resolución, de fecha 27 de abril de 2017¹⁹⁵, el Tribunal señala en su fundamento 19:

“se debe tener en consideración que, en un procedimiento administrativo ventilado ante el Indecopi, al momento de graduar la sanción, la autoridad administrativa no valora la falta de culpabilidad del denunciado, sino que solo se tienen en cuenta valores objetivos, **esto es la responsabilidad objetiva (si causa el daño efectuado o no) mas no si la actitud del sancionado es dolosa o culposa**. Por lo cual, corresponde desestimar lo alegado por el denunciado”¹⁹⁶.

Como es fácil deducir, en esta segunda decisión, se confirma la resolución de la Comisión que declaró fundada la denuncia contra el proveedor, es decir, se determinó su responsabilidad en los hechos, de manera objetiva (sin culpabilidad) y estableciendo la sanción correspondiente.

¹⁹⁴ MORÓN URBINA, J., “Los principios ...”, p. 247.

¹⁹⁵ Reaída en el Expediente 269-2014/CC2.

¹⁹⁶ Ver página 6/7 de este pronunciamiento, disponible en file:///F:/Descargas%20de%20 Chrome/doc_201707051759052033%20(1).pdf. El énfasis es agregado. (Visitada por última vez el 15 de noviembre de 2017)

Resolución N° 1228-2017/SPC-INDECOPI

Finalmente, podemos ver claramente en esta última resolución analizada como INDECOPI mantiene la indefinición sobre si se trata de una u otra responsabilidad y ante una alegación de aplicación del principio de culpabilidad, se limita a reafirmar que se trata de una responsabilidad administrativa, aun cuando de forma seguida evalúa la actuación negligente del proveedor:

“Ahora bien, en su apelación, el Colegio alegó que debía tenerse en cuenta que, en atención al principio de culpabilidad, en sede administrativa solo era posible sancionar por una infracción a título de dolo o culpa, lo cual implicaba que se encontraba proscrita la responsabilidad objetiva; ello, en atención a lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC.

Al margen del alegato mencionado, en el presente caso, de los medios probatorios analizados se verificó que **el Colegio incurrió en infracción de lo establecido en el artículo 19° del Código (responsabilidad administrativa) en tanto se verificó que directamente actuó de forma negligente** al no entregar oportunamente los comprobantes de pago solicitados por la denunciante; pese a que era una obligación mantener talonarios disponibles para emitirlos oportunamente a los consumidores que efectúan pagos en relación con sus servicios”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Fundamentos 42 y 43 de esta resolución recaída en el Expediente N° 49-2015/CPC-INDECOPI-CUS, de fecha 30 de marzo de 2017.

CONCLUSIONES

1. En el ámbito de libertad, consagrado para todos en nuestro ordenamiento jurídico, se exige una serie de garantías para la intervención de terceros en dicha esfera de libertad y es así, que también en los orígenes de la responsabilidad civil o patrimonial se hacía necesario el análisis de culpabilidad.

Sin embargo, al convertirnos en sociedades de riesgos, se permitió la determinación de la responsabilidad patrimonial de manera objetiva, es decir, prescindiendo de dicho análisis de culpabilidad en el proveedor.

2. En el caso de las penas, por ser una intervención grave en la libertad de las personas, requiere unas exigencias específicas, entre las cuales se encuentra el necesario análisis de culpabilidad. Garantías que se han convertido en derechos subjetivos públicos de los ciudadanos y que en el Derecho penal ha tenido un gran desarrollo. Por lo tanto, si bien en el ámbito civil se puede determinar responsabilidad con la sola imputación objetiva, en el ámbito penal debe llegarse siempre hasta la imputación subjetiva.
3. En base a la misma naturaleza punitiva de ambos ámbitos regulativos, esta garantía de la culpabilidad, indeclinable en el Derecho penal, es también trasladable al DAS con las matizaciones correspondientes – relativos a sus diversos fines – tales como el hecho de que en este último la culpa es la protagonista a diferencia del Derecho penal en el que la regla es el dolo y la culpa es la excepción. Así en el DAS la mayoría de los ilícitos son de peligro

(concreto o abstracto). Sin embargo, a dicha conclusión se ha llegado al final de la evolución del DAS que partió de una responsabilidad objetiva.

4. Nuestro sistema de protección al consumidor nació con una determinación de responsabilidad administrativa objetiva del proveedor, expresa en la LPC; es decir, sin análisis de culpabilidad alguna; por lo tanto, desde su origen padeció de una básica contradicción: intentó conjugar un sistema punitivo, cuyo principio básico es la culpabilidad (responsabilidad subjetiva), con un sistema de responsabilidad objetiva civil, es decir, sin culpabilidad; y, además, sin prever la reparación o indemnización que le es propia a éste último.
5. Este experimento llevó al Tribunal del INDECOPI a realizar entre sus primeros pronunciamientos una deficiente diferenciación entre la responsabilidad civil y la administrativa, pues declaró que para la determinación de la primera habrá que acudir a la normativa civil, mientras que para la determinación de la segunda no dice a dónde habrá que recurrir. Entendimos que a la LPC, pero resultó que también establecía una responsabilidad objetiva, propia de la responsabilidad civil. Y así, cuando los sancionados alegaron responsabilidad solidaria para el pago de la multa, el Tribunal se opuso arguyendo que, a diferencia de la civil, la responsabilidad administrativa no es solidaria, pero sin decir por qué. Y es que el único fundamento para ello es el principio de personalidad de la acción ilícita, que es una vertiente de la culpabilidad. Por lo tanto, tácitamente aceptaba que se trataba de una responsabilidad administrativa subjetiva, y no objetiva como en realidad se pretendía.
6. De hecho en el mismo pronunciamiento el Tribunal del INDECOPI, pese a señalar que está aplicando responsabilidad objetiva, de acuerdo a la LPC, recurre a elementos de culpabilidad para fundamentarla, tales como la negligencia o defectos en el proceso productivo de los proveedores. Aunque trate de disfrazar dicha utilización señalando que sólo para establecer el monto de la sanción lo hace. Es más, dice que el término “doloso” del artículo 42 de la LPC es sinónimo no de intencionalidad sino de negligencia, cuando en la realidad dicho término en la norma si

hace referencia a dolo (intencionalidad), como un plus a considerar al momento de evaluar la sanción, dado que la base en la responsabilidad administrativa es la culpa o negligencia.

7. Asimismo, al no tener claro si trataba de una responsabilidad objetiva o subjetiva la que venía aplicando, el Tribunal sancionó igual a quien no había nada que reprochar (la aerolínea que perdió la maleta de su pasajero debido a un huracán) que a quien sí había que reprocharle su conducta (la embotelladora que puso un producto inidóneo como resultado de los defectos en su proceso productivo). Es decir, desde el principio generó una falta de predictibilidad en la determinación de la responsabilidad administrativa de los proveedores.
8. La entrada en vigencia de la LPAG y de los principios que estableció para la determinación de la responsabilidad administrativa, propios de un derecho sancionatorio, no fueron suficientes para que el sistema de responsabilidad administrativa de los proveedores se decante por una responsabilidad subjetiva. Así, en un pronunciamiento muy posterior a su entrada en vigencia (caso de robo en el ascensor de la clínica), se evidencia que se sigue aleando la aplicación de una responsabilidad objetiva, aunque sustentándola con elementos de culpabilidad. Y en igual fundamentación objetiva, con respaldo en la subjetiva, los miembros del Tribunal se dividen entre quienes sí consideran que había responsabilidad y entre quienes consideraban que en el caso concreto no la había. Es más, el CPDC establece una responsabilidad administrativa a secas, sin definir si era objetiva o subjetiva.
9. Una manifestación más de esta falta de definición en nuestra responsabilidad administrativa la vimos cuando el Tribunal aplicó el principio de tipicidad, con las matizaciones que le son propias, tales como la posibilidad de utilización de conceptos jurídicos indeterminados como el de la “idoneidad”, pues la generalización a la que se llegó con este concepto jurídico indeterminado, propia de una responsabilidad objetiva, hizo que se dejara de lado la tipicidad y, con ella, el derecho de defensa de los proveedores.

10. Igual ha sucedido con la pretendida aplicación del principio de presunción de licitud, dado que el Tribunal ha mantenido el criterio de la inversión de la carga de la prueba, o presunción *iuris tantum* de culpabilidad, con el cual se desconoce totalmente a aquél, cuyo punto de partida es que la Autoridad es quien debe probar la culpa.
11. Con la aplicación del principio de persecución de oficio el Tribunal dejó de lado criterios que venía aplicando, propios de una responsabilidad objetiva, como la atención del reclamo previamente a ser notificado con las imputaciones o la solución armoniosa entre las partes hasta antes de ser sancionado, según los cuales se archivaba el PAS liminarmente. Entendió el colegiado que su potestad punitiva era irrenunciable. Sin embargo, y pese a que recientemente se ha incluido en la LPAG de manera expresa a la culpabilidad, ha habido modificaciones al CPDC que van en sentido contrario a dicho reconocimiento general, precisamente por desconocer principios como este. Se ha perdido la oportunidad de definir al fin qué tipo de responsabilidad administrativa es la que tienen los proveedores.
12. Así, el Tribunal del INDECOPI se mantiene en la confusión pues, si bien en la línea de dicha inclusión en un caso reciente ha señalado que se trata de una responsabilidad administrativa subjetiva de los proveedores, se ha desdicho al mantener criterios como el de la inversión de la carga de la prueba; mientras que en otra decisión ha señalado expresamente que nos encontramos aun frente a una responsabilidad objetiva; para, finalmente, en un tercer caso, expresar que estamos ante una simple responsabilidad administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid – 2007

ALCOCER POVIS, E., *Introducción al Derecho penal, Parte General*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima – 2014

BACA ONETO, V. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2, Lima – 2010.

Protección al Consumidor, Indecopi, Colección por el vigésimo aniversario. Análisis de las Funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. INDECOPI, Lima – 2013.

BULLARD GONZÁLES, A., *Economía y Derecho, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, Palestra, Lima, 2006.

CANO CAMPOS, T., “La culpabilidad y los sujetos responsables de las infracciones de tráfico”, en *Revista de Documentación Administrativa*, 284-285, Madrid, mayo-diciembre 2009.

CÁRCAMO SEMINARIO, R., “La determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, una revisión desde el Derecho administrativo”, en *Jus Doctrina & Práctica* N° 2, Grijley, Lima, 2008.

- CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derecho constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2007.
- CHINGUEL RIVERA, A., *El principio de ne bis in ídem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento*. Repositorio Institucional de la Universidad de Piura – PIRHUA, Septiembre 2015.
- CUETO PÉREZ, M., “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y legalidad”, *Documentación Administrativa*, N° 280, Madrid – 2013.
- DE PALMA DEL TESO, A. “Principio de culpabilidad: definición y aplicación a las personas físicas”, en AAVV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.
- _____ “La Culpabilidad”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario (2001), Madrid, 2001.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La Responsabilidad Extracontractual*, ARA, Lima – 2016.
- DURAND CARRIÓN, J., *El Derecho del Consumidor*, Cultural Cuzco, Lima – 2006.
- FERNÁNDEZ CRENDE, A. Y SALVADOR CODERCH, P., “Causalidad y responsabilidad”, *InDret* N° 329, 3ª Ed., Barcelona, 2006.
- GARCÍA CAVERO, P., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo, T. II*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá, 2006.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General*, Aranzandi, Madrid - 2008

GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzandi, España – 2013, III Edición.

GOMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 25, Septiembre – 2011.

GUEVARA CORNEJO, M., *Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, PIRHUA, Piura – 2016

GUZMAN ÑAPURÍ, C., “La Responsabilidad patrimonial de la administración pública”, en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 2ª parte, ARA, Lima, 2003.

LOZANO CUTANDA, B., “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 129, Madrid, sept. – dic. 1992

“El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, en *Revista de Administración Pública*, N° 161, Madrid, Mayo – agosto de 2003

MACASSI ZAVALA, J., “Incorporación del Principio de Culpabilidad al Procedimiento Administrativo Sancionador”, en *Administración Pública & Control*, Gaceta Jurídica, N° 38, Lima – Enero 2017.

MESTRE DELGADO, J., “Principio de Tipicidad”, en AAVV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.

- MORÓN URBINA, J., “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración pública en la ley peruana”, en *Revista Advocatus*, N° 13, Lima – 2005.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2015.
- PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del trabajo*, Aranzandi – Madrid, 2007.
- PELÁEZ YPANAQUÉ, R., La Naturaleza del procedimiento de protección al consumidor y la oportunidad de desistimiento en el mismo, en *ITA Ius Esto*, Piura, agosto – 2013.
- PINEDO SANDOVAL, C., *La imputación objetiva en el marco de un sistema penal funcional – normativista*, Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, Piura, 2012.
- REBOLLLO PUIG, M. “Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores”, en AAVV, (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.
- REGLERO CAMPOS, L., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzandi, Cizur Menor, 2006.
- SANZ ENCINAR, A., El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 4, 2000
- SARMIENTO ROJAS, J., “El problema interpretativo de las leyes en las relaciones jurídico-contractuales”, Tesis para optar el grado de Magíster, Universidad Nacional de Piura, 2008.
- ZEGARRA MULÁNOVICH, A. *Notas de Contratos Mercantiles (Derecho Mercantil IV)*, pro-manuscrito, Universidad de Piura, Lima, julio – 2017.

Descubrir el Derecho, las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas de manera sistemática, Palestra, Lima – 2009.

Las cláusulas de Hardship en la contratación mercantil, Tesis doctoral, Universidad de A Coruña, Facultad de Derecho, A Coruña, 2007.

JURISPRUDENCIA

- Del Tribunal Constitucional Español
76/90
246/91
- Del Tribunal Constitucional Peruano
0008-2003-AI
2868-2004-AA
2192-2004-AA/TC

RESOLUCIONES DEL INDECOPI

- 0095-1996-TDC
- 277-1999-TDC
- 408-2005/TDC-INDECOPI
- 489-2005/TDC-INDECOPI
- 1347-2012/SPC-INDECOPI
- 2026-2012/SPC2-INDECOPI
- 2489-2012/SC2-INDECOPI
- 3547-2012/SPC-INDECOPI
- 235-2013/SPC-INDECOPI
- 1008-2013/SPC-INDECOPI
- 2572-2013/SPC-INDECOPI
- 44-2015/SC2-INDECOPI
- 055-2015/SPC-INDECOPI
- 076-2015/SPC-INDECOPI
- 085-2015/SPC-INDECOPI
- 104-2015/SPC-INDECOPI
- 247-2015/SPC-INDECOPI
- 335-2015/SPC-INDECOPI
- 376-2015/SPC-INDECOPI
- 1228-2017/SPC-INDECOPI
- 1287-2017/SPC-INDECOPI
- 1570-2017/SPC-INDECOPI