



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA NATURALEZA NO
INDEMNIZATORIA DE LA MEDIDAS
CORRECTIVAS Y SU RÉGIMEN
JURÍDICO EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO PERUANO.
ESPECIAL REFERENCIA AL CÓDIGO
DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL
CONSUMIDOR

Lourdes Boulanger-Atoche

Piura, noviembre de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Boulanger, L. (2015). *La naturaleza no indemnizatoria de la medidas correctivas y su régimen jurídico en el derecho administrativo peruano. Especial referencia al Código de protección y defensa del consumidor*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LOURDES MARÍA BOULANGGER ATOCHE

**LA NATURALEZA NO INDEMNIZATORIA DE LAS MEDIDAS
CORRECTIVAS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO PERUANO. ESPECIAL REFERENCIA AL
CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “La naturaleza no indemnizatoria de las medidas correctivas y su régimen jurídico en el derecho administrativo peruano. Especial referencia al código de protección y defensa del consumidor”, presentada por Lourdes María Boulangger Atoche, en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Antonio Abruña Puyol.

Director de Tesis

RESUMEN

El presente trabajo pretende esclarecer la naturaleza de las medidas correctivas reguladas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, diferenciándolas de otras figuras jurídicas a partir de su evolución histórica y sus características, especialmente de la reparación civil por daño emergente con la que guarda grandes similitudes.

Palabras clave: Medidas correctivas, restitución, infracción administrativa, daño, indemnizaciones, potestad fiscalizadora, organismos reguladores y supervisores.

ABSTRACT

This research pretends cleared the nature of corrective measures in the Code of the Protection and Defense of the consumer, differentiating it of other legal concepts, especially of damages from its historical evolution and characters.

Keywords: Correctives measure's, restitution, administrative infraction, damage, damages, supervision, independent agencies.

ABREVIATURAS

LPAG	Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 10 de abril de 2001.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual.
OEFA	Organismo Especializado en Fiscalización Ambiental.
OSINERGMIN	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas.
OSIPTEL	Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones.
RAE	Real Academia Española.
RAP	Revista de Administración Pública.
REALA	Revista de estudios de la administración local y autonómica.
SUNAFIL	Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.
SUNASS	Superintendencia de Agua y Saneamiento.
STC	Sentencias de Tribunal Constitucional.
STSE	Sentencias del Tribunal Supremo Español.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I: Planteamiento Histórico del problema	3
1.1. Antecedentes Históricos de las medidas correctivas en el Derecho Romano	4
1.1.1. Los medios de defensa administrativos de la <i>res publicae</i> : Los interdictos prohibitorios y restitutorios de <i>publicis locis</i> .	8
1.1.2. Los medios de defensa de naturaleza resarcitoria	14
1.1.3. Antecedentes de las medidas correctivas en España	16
1.2. Evolución de las medidas correctivas en el Perú	19
1.2.1. En el Perú Colonial	19
1.2.2. En el Perú Republicano	26
Capítulo II: Las medidas correctivas y otras figuras afines en el Derecho Comparado	29
2.1. Las medidas correctivas y medidas de restablecimiento de la legalidad	29
2.2. Medidas correctivas y medidas provisionales	32
2.3. Medidas correctivas y medidas provisionalísimas	33
2.4. Medidas Preventivas	35
2.5. La indemnización por daño directo en vía administrativa	36

Capítulo III: Las medidas correctivas y otras figuras jurídicas en el Ordenamiento Jurídico Peruano	39
3.1. La introducción de las medidas correctivas en nuestro ordenamiento jurídico	39
3.2. Análisis comparativo con otras figuras jurídicas en el Ordenamiento Jurídico Peruano	45
3.2.1. Medidas correctivas y sanciones administrativas	45
3.2.2. Medidas correctivas y medidas provisionales o cautelares	47
3.2.3. Medidas correctivas y medidas de seguridad	49
Capítulo IV: La Naturaleza de las Medidas Correctivas	51
4.1. ¿Son las medidas correctivas complementarias a las sanciones?	51
4.2. ¿Las medidas correctivas tienen naturaleza indemnizatoria? Límites entre las medidas correctivas en vía administrativa y la reparación civil en el Código de Consumo.	53
4.3. Medidas correctivas y potestad fiscalizadora	56
Capítulo V: Régimen aplicable	59
5.1. Requisitos para su adopción	59
5.2. Características de las medidas correctivas	60
5.3. Tipos de medidas correctivas	61
Conclusiones	65
Bibliografía	65
Índice de Fuentes	71
Legislación Peruana	72
Legislación Extranjera	74
Sentencias y Resoluciones utilizadas	76

INTRODUCCIÓN

Una de las más importantes innovaciones de la legislación de protección al consumidor en la última década, ha sido la introducción de las llamadas medidas correctivas como parte de las potestades conferidas a INDECOPI en el marco de su funciones en esta materia, mediante las cuales se busca revertir, en la medida de lo posible, los efectos negativos que hubiera producido en perjuicio del consumidor la comisión de una infracción a las normas de la materia por parte de un proveedor.

No se trata, por tanto, de medidas preventivas ni sancionadoras, sino de medidas que buscan restablecer una situación ya alterada al estado previo a la vulneración de derechos que implicó la infracción, como lo autoriza de forma general el art 232.1 de la LPAG. Sin embargo, a pesar del avance que significaron en la protección de los derechos de los consumidores, su regulación ha traído consigo dificultades para su distinción con las indemnizaciones, que sólo pueden ser otorgadas por el Poder Judicial y no por la Administración pública en virtud del principio de separación de poderes contemplado en la Constitución Política del Perú. Dificultad que se agudizó con la entrada en vigencia del nuevo Código de Consumo que pretendía esclarecer los alcances de esta figura jurídica ampliando su regulación, pero que terminó diluyendo aún más los límites entre las medidas correctivas y las indemnizaciones, especialmente, en cuanto a la reparación civil por daño emergente.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO HISTÓRICO DEL PROBLEMA

Las medidas correctivas o de protección de la legalidad, como han sido nombradas por la doctrina española¹, encuentran su origen en las técnicas de policía urbana, en especial en aquellas destinadas a la protección del dominio público, donde pueden encontrarse también los orígenes de la potestad sancionadora y de las potestades de defensa y restauración del orden urbanístico².

No es aventurado asegurar que el origen de la policía urbana es tan antiguo como el de la sociedad misma pues, desde la primera reunión de hombres dispuestos a habitar agrupados en un espacio, no debió serles indiferente la situación de sus moradas con relación a las otras, ni pudo menos que observarse cierto orden en esta situación, porque ni todas podían ocupar un mismo sitio, ni debían disponerse de tal suerte que mutuamente se perjudicaran en sus recíprocas comunicaciones, en el modo de recibir las luces, de arrojar las aguas pluviales, de procurar su estabilidad, etc³. Por lo que comenzaremos nuestra investigación

¹ CASINO RUBIO, M., “La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998, artículo 2060”, *REALA* n° 283, mayo-julio 2000, p. 571.

² CASTILLO BLANCO, F., *Régimen de actuaciones urbanísticas sin título jurídico autorizante*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2006, p.19-20.

³ Cfr. FOSSAS PI, M., *Tratado de Policía y Obras Públicas Urbanas en el concepto de su legislación antigua y moderna. Libro Primero: De diversos Códigos antiguos y modernos*. Barcelona, 1872, p. 13; citado por CASTILLO BLANCO, *Régimen... cit.*, pp. 19-20.

analizando figuras jurídicas con características similares a estas medidas presentes en el Derecho Romano.

1.1. Antecedentes Históricos de las medidas correctivas en el Derecho Romano

Cuando hablamos de Derecho Romano, casi siempre olvidamos que, aunque mezclado con las normas de Derecho Civil, también existió un sector normativo especial que, a diferencia del *ius privatum*, atendía a la prevalencia del interés público, y del que hemos heredado instituciones como el municipio, la expropiación forzosa, el decomiso, el fisco, las concesiones de prestación de servicios públicos y otras, que se han conservado hasta la actualidad y que traduciéndolo a la terminología actual podríamos denominar Derecho Administrativo Romano⁴.

Sin embargo, no existió una división rigurosa entre las normas de derecho privado y las de carácter administrativo. Esto, debido a que “para el pueblo romano, especialmente en sus orígenes, todo el derecho era una unidad y el *ius civile* agrupaba todas las materias que integraban el derecho de la ciudad”⁵.

Tampoco la administración de justicia en Roma⁶ tenía existencia separada de las otras funciones gubernamentales⁷, razón por la cual, el pretor tenía tanto competencias de carácter jurisdiccional como administrativo y hasta algunas de carácter legislativo como la emisión de

⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia un Derecho Administrativo y fiscal Romano*, Dykinson, Madrid 2011, p. 21.

⁵ ROBLES, J. R., *Magistrados Jueces y Árbitros en Roma. Competencia Civil y Evolución*, Dykinson, Madrid 2009, p. 18.

⁶ En sus orígenes, el pueblo romano estaba conformado por un conjunto de familias dentro de las cuales, cada *pater familia* administraba justicia en su entorno familiar. Pero, a medida que su territorio y número de habitantes fueron en aumento, comenzaron a plantearse los problemas derivados de la vida social o vecindad, razón por la cual los *patres* organizados en curias elegirían, finalmente, uno entre ellos que fuera nombrado *rex*, magistrado con suprema autoridad administrativa y judicial. Sin embargo, su actividad jurisdiccional estuvo limitada sólo a aquellos casos que estuvieran fuera de la jurisdicción doméstica de los *patres familias*. Con el cambio de la monarquía a la República, aparecieron nuevos magistrados, de los cuales, eran los pretores quienes ostentaban funciones administrativas y jurisdiccionales, vid., ROBLES, J. R., *Magistrados...*, cit. p.32.

⁷ COOPER, M. A., *Evolución del Pensamiento Jurídico. Estudio comparado del pretor romano y el juez inglés*, Lima 1967, p. 29.

edictos⁸, fuente principal de los interdictos que estudiaremos más adelante.

Al conjunto de facultades atribuidas a los magistrados, en cuanto a la administración de justicia civil, se le denominó *iurisdictio*, que comprendía sólo la primera fase del proceso y “se circunscribía al conocimiento de las partes litigantes y sus peticiones, tanto de las acciones y excepciones, como de las garantías conducentes a que el procedimiento se desarrollase con normalidad”⁹. La segunda fase del proceso se realizaba ante el juzgador, árbitro o juzgadores que debían dictar una sentencia o decisión arbitral y que se ha venido a denominar *iudicatio*¹⁰, razón por la cual, podemos concluir que “el pretor no era juez; era magistrado que usaba su *imperium* para facilitar el litigio entre las partes”¹¹.

Por otro lado, en el marco de sus funciones administrativas, el pretor se encargó de la defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público y de fiscalizar las relaciones de vecindad, así como el régimen de los espectáculos públicos o el cuidado de las carnes para que se vendan a justo precio¹². Para ello se servía de los interdictos que eran “órdenes de carácter administrativo, dirigidas a prohibir, restituir a la situación anterior o exhibir algo [y cuya] finalidad [no era otra que tutelar el estado actual de las cosas]; mantener la paz social y defender con carácter provisional intereses públicos o privados, en atención a [su] posible revisión en juicio ordinario, de forma sumaria”¹³.

Sin embargo, “su existencia siempre se [encontraba] vinculada de algún modo al interés común”¹⁴ pues, como nos recuerda Álvaro D’Ors, “el interés público se defiende no sólo en los interdictos relativos al uso de las cosas públicas o a las cosas sagradas, sino que también en los posesorios y aún en otros que reprimen ataques al patrimonio ajeno (interdictos *quem fundum, quam hereditatem, quod legatorum, de tabulis*

⁸ Los edictos eran la fuente de los interdictos.

⁹ ROBLES, J. R., *Magistrados...*, cit. p. 23.

¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹¹ COOPER, M. A., *Evolución del...*, cit., p. 53.

¹² D. I. XII.

¹³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público...*, cit., p. 260.

¹⁴ TERRAZAS PONCE, J. D., “La tutela jurídica del agua en el Derecho Romano”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º.39, vol. 2, agosto 2012, p. 372.

exhibendis, quod vi aut clam, de glande legenda, fraudatorium, etc.) o perturbaciones de la libertad y de la familia; pero en éstos el interés privado es prevalente”¹⁵.

Cabe precisar que “[e]l procedimiento interdictal romano constituye el referente histórico actual de la regulación de los procesos sumarios y de las medidas cautelares o aseguratorias (interdicto de obras nueva o caución por daño temido, *interdictum demolitorium* y *caution damni infecti*)”¹⁶.

“Pues bien, el núcleo más antiguo de interdictos probablemente haya sido el constituido por aquellos destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público: *interdicta de publicis locis: loca, itinere, viae, flumina, ripae*”¹⁷, que por su finalidad, su relación con el interés público, su carácter ejecutivo y provisional debido a su posible revisión judicial, guardan grandes similitudes con las medidas correctivas.

En estos interdictos se busca tanto proteger los bienes públicos de uso colectivo en sí mismos, como el uso y aprovechamiento que un ciudadano pudiera darle a los bienes públicos, sin que esto signifique que ese derecho de uso constituya un derecho subjetivo, sino un interés protegido ocasionalmente dada su coexistencia con un interés colectivo¹⁸.

Antes de continuar con el análisis de los interdictos, cabe precisar que los interdictos no son el único medio de defensa de las cosas públicas y de los usos públicos de las mismas pues, “en la experiencia romana, ésta no se confía únicamente a la iniciativa pública, sino que con frecuencia se le otorga al sujeto perjudicado en el uso de la cosa pública la facultad de actuar autónomamente mediante diversos instrumentos, tutelando también la utilidad general dentro de un procedimiento entre

¹⁵ D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9º edición, Pamplona 1997, p. 134.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público...*, cit., p. 260.

¹⁷ *Ibidem*, p. 260.

¹⁸ Rodríguez López, R., “Responsabilidad por daños en bienes públicos: *indemnitati rei publicae satisfacere debere*” en Alfonso Murillo Villar (coord.) *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*. Coordinador. Universidad de Burgos, Burgos 2001, pp. 686-687.

particulares y no sólo entre la Administración pública y el particular ofensor”¹⁹.

Ahora bien, siguiendo a Andrea Trisciuglio²⁰ podemos dividir los medios de defensa de la *res publicae*²¹ y de su uso colectivo en tres formas de tutela: la inhibitoria, que persigue paralizar ciertos comportamientos o actividades perjudiciales para el uso colectivo del lugar público; la restitutoria, que busca proteger el *status quo* regresando las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de la afectación; y la resarcitoria, cuando las posibles prohibiciones u órdenes de hacer del pretor fueran inútiles para satisfacer el interés afectado.

¹⁹ Dentro de estos medios de tutela “privatística”, de carácter inhibitorio tenemos la denuncia de obra nueva: *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, que podía usarse tanto para proteger un bien privado como un bien público, aplicándose con ciertas particularidades en cada ámbito. TRISCIUGLIO, A., “Consideraciones generales sobre la tutela de las *res publicae* y de sus usos en la experiencia romana”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia un Derecho Administrativo y fiscal Romano*, Dykinson, Madrid 2011, p. 152. Sobre su origen civil o pretorio la doctrina no está de acuerdo. Cuando el propietario de un fundo consideraba que la obra nueva que se preveía realizar o que se estaba ejecutando en el fundo vecino podía perjudicarlo en su derecho, o un ciudadano en el caso de que la nueva obra pudiera afectar la *res publicae*; podía denunciar la construcción en el mismo lugar de los hechos, ante el propietario u otras personas; o acudir al magistrado para pedirle la aplicación del *interdictum demolitorium*, en caso el denunciado no cumpliera con garantizarle que no habría un daño futuro. No obstante, si se trataba de proteger un bien privado, el ciudadano denunciante podía pactar la renuncia a su iniciativa; sin embargo, si se trataba de un bien público, se entiende que se defiende un interés colectivo, y por lo tanto en este supuesto el pacto de renuncia era inválido.

²⁰ *Ibidem*, p. 153.

²¹ Nos referimos a la *res in publico usu*, bienes de uso público, en contraposición a los *res in pecunia populi*, bienes pertenecientes al fisco.

1.1.1. Los medios de defensa administrativos de la *res publicae*: Los interdictos prohibitorios y restitutorios²² de *publicis locis*.

Como medios de defensa inhibitorios de carácter administrativo tenemos los interdictos prohibitorios destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público, mediante los cuales se prohíbe cualquier actividad que afecte las cosas y lugares públicos bajo su protección, ordenando el cese de la misma y evitando que se retenga lo que se ha hecho perjudicándolos lo que, a nuestro parecer, tienen los mismos efectos que una medida de cese o paralización de la actividad económica causante de la infracción, que tiene como fin evitar la continuación de la afectación.

Estos, con frecuencia, se encuentran acompañados por sus respectivos restitutorios, de manera que ya no se limitan a prohibir o imponer el cese de una determinada conducta, sino que hacen recaer la obligación de restituir las cosas a su estado anterior en aquél que infrinja dicha prohibición, efecto que persiguen también las medidas correctivas de restauración.

Sin embargo, tenemos algunos interdictos que son únicamente prohibitorios, como el interdicto popular²³ *ne quid in loco publico fiat*²⁴, que sólo tiende a impedir todo *facere* o *immittere* en un lugar público que pueda ocasionar algún daño, pérdida de un *commodum* o ventaja en el uso del lugar público al demandante; siempre que la obra no se haya iniciado ya²⁵, por lo que el afectado debía tener la diligencia necesaria de solicitar el interdicto a tiempo, ya que no procedía la demolición para no afectar la ciudad con ruinas. Sin embargo, cuando el edificio

²² Según la clasificación de GAYO, los interdictos pueden ser: exhibitorios, prohibitorios y restitutorios. Sin embargo, en lo que compete a nuestro estudio, sólo nos referiremos a los dos últimos cuyo contenido se encuentra ligado a la defensa de la *res publicae* y su uso colectivo.

²³ La legitimación procesal activa está reservada a los ciudadanos romanos.

²⁴ D. 43, 8, 1.

²⁵ O que no exista una concesión otorgada mediante cualquier autorización legal al constructor para la utilización del lugar público; las cuales sólo pueden otorgarse cuando no se cause ningún daño a un individuo en particular.

construido en lugar público perturbara su uso, e incluso sin tener este hecho en cuenta, el magistrado podía ordenar derribarlo o demolerlo. Caso contrario procedía a imponer el pago de un tributo al particular que hiciera uso de la construcción, que entonces se convertiría en arrendatario público²⁶.

No obstante, observamos un tratamiento especial de este interdicto respecto a los lugares sagrados—en que se usaba la fórmula *ne quid in loco sacro fiat*—en cuyo caso sí tenía plenos efectos restitutorios y se procedía a la demolición de lo construido²⁷.

De otro lado, para las cloacas públicas que, en principio, podrían enmarcarse dentro de la protección de este interdicto, se propone un interdicto particular restitutorio, con el que también se puede conseguir la eliminación de obras ya realizadas pero, en el que además, sólo debe demostrarse un perjuicio para el uso común y ya no la afectación al propio demandante del interdicto como en el caso anterior, dado que la contaminación de una cloaca no sólo afecta algunas personas determinadas, sino que contribuye a la contaminación del aire y al aumento del peligro de epidemias y perjudica por tanto, al bienestar común²⁸.

Distinta es la protección interdictal otorgada por la autoridad administrativa respecto a las cloacas privadas²⁹, quien garantizaba su perfecto funcionamiento ordenando a sus poseedores la *purgatio* y la *refectio*, procurando, mediante estos interdictos, prohibitorio y restitutorio, “que se limpien y recompongan las cloacas; cuyas cosas correspondan a la salubridad y seguridad de las ciudades, porque las inmundicias sino se reparan amenazan con aire

²⁶ Cuando hablamos de daño respecto a este interdicto lo hacemos en sentido amplio, ya que podemos referirnos tanto a la pérdida de una ventaja como a la producción de una molestia o perturbación en el uso de un lugar público, como es el caso de la disminución de la luz, vid. ALBURQUERQUE, J. M., *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Dykinson, Madrid 2002, pp. 63-66, 94-96, 101-102.

²⁷ D. 43, 6, 1.

²⁸ ALBURQUERQUE, J. M., *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Dykinson, Madrid 2002, p. 114.

²⁹ D. 43, 23, 1.15.

pestilente y con ruinas”³⁰, protección que no se brindaba a las cloacas públicas, pues se propuso este interdicto respecto a las cloacas privadas, porque las cloacas públicas merecen cuidado público³¹, pues “[e]stá regulado de modo preciso, el funcionamiento de las cloacas públicas, atribuyéndose a la autoridad administrativa el deber de realizar las obras dirigidas a evitar riesgos para la higiene y la salud pública”³².

En nuestra opinión, lo anterior se explica porque en el caso de las cloacas públicas el Estado es el prestador del servicio y en tanto que su principal fin es el bienestar de sus ciudadanos, se entiende que en la medida de su capacidad procurará brindar un servicio de calidad. Mientras que, en el caso de las cloacas privadas, es un privado quien brinda un servicio público a los ciudadanos, frente a los cuales, el Imperio Romano se presenta como un garante de la calidad del servicio, que debe supervisar que el actuar de aquél se ajuste a las normas de cuidado y limpieza de las cloacas, actividades que de no realizarse adecuadamente provocarían una vulneración a la salubridad pública que, a su vez, daría lugar a la aplicación del interdicto restitutorio obligando al titular de la cloaca privada a restituir la situación alterada.

Estos últimos interdictos constituyen un claro antecedente de las medidas correctivas reparadoras dictadas en la actualidad por los distintos organismos para imponer a las empresas privadas prestadoras de un servicio público la obligación de reparar los efectos jurídicos negativos de la infracción que hubiera cometido.

Para el caso del deterioro de las vías públicas, tenemos también el interdicto *ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat*³³, que prohíbe que se haga o introduzca algo en la vía pública que la perjudique o que la llegue a

³⁰ D. 43, 23, 2.

³¹ D. 43, 23, 3.

³² ALBURQUERQUE, J. M., “Algunas notas referentes a la experiencia administrativa romana de protección de los recursos naturales”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia un derecho...*, cit., p. 251.

³³ D. 43, 8, 2, 20.

perjudicar³⁴, que tiene aparejado su interdicto restitutorio *quod in via publica itinereve publico factum, immissum habes, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat, restituas*³⁵, que ordena restituir a su primer estado la vía o camino público afectada o susceptible de afectación a quien haya hecho o introducido algo en la misma.

Estas órdenes iban dirigidas no sólo contra el autor de la obra que ocasionaba el daño, sino también contra el posible poseedor actual, que aunque no hubiera sido el autor material de la misma, estaba obligado a tolerar la demolición. No obstante, sólo el autor de la obra asumía los costos de la demolición, o bien cualquier persona con su permiso o aprobación³⁶. Lo que nos recuerda el carácter real de las medidas de restablecimiento de la legalidad en materia urbanística presentes en el Derecho Español, por lo que su cumplimiento “puede exigirse frente a cualquiera que resulte el actual propietario de la edificación o finca controvertida”³⁷.

Nos parece importante señalar que los romanos tenían una visión bastante amplia de los supuestos en los que se consideraba que se había producido un deterioro de las vías³⁸, tanto que, bastaba que un lugar público estuviera afectado por el solo hecho de que el aire estuviera contaminado o *pestilentiosus* para que el jurisconsulto considerara útil³⁹ la aplicación del interdicto general

³⁴ D. 43. 8, 2, 31. En este pasaje del Digesto se prohíbe toda actividad o introducción de una cosa “por lo que sea peor o se deteriore esta vía, o este camino; y esto ya si la vía se deteriorase inmediatamente, ya si después; porque hay cosas tales que por su propio hecho perjudican inmediatamente, y otras, que en nada perjudican ciertamente de momento, pero que en lo futuro deben perjudicar”.

³⁵ D. 43, 8, 2, 35.

³⁶ Cfr. D. 43, 8, 2, 37-38 y ALBURQUERQUE, J. M., *La protección o defensa...*, cit., p. 110-111.

³⁷ CASTILLO BLANCO, F., *Régimen...*, cit., p. 76.

³⁸ Para DI PORTO, citado por ALBURQUERQUE, J. M., “Algunas notas referentes a la experiencia administrativa romana de protección de los recursos naturales”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Hacia un...*, cit., pp.421- 422, cabría entender como más verosímil que el jurista NERVA intenta remitir al interdicto *ne quid in loco publico fiat*; así habría que reconocer que el jurista tenía una visión de largo alcance con idea de proteger todo lugar público de los malos olores que lo hagan pestilente.

³⁹ No existía una fórmula única que pudiera ser aplicable a diversas circunstancias, sino una multiplicidad de interdictos específicos para tantas situaciones de hecho como se encontraran tuteladas. Sin embargo, el magistrado podía conceder un determinado interdicto aun cuando la situación de hecho no fuera exactamente la misma que

ne quid in loco publico vel itinere fiat, o aquel especial *in via publica itinereve publico*⁴⁰, lo que nos muestra la importancia que tenía en Roma tutelar la higiene y salubridad públicas.

Mediante los interdictos, no sólo se protegían la *res in usu publico*, sino también el uso de las *res communes omnium*⁴¹, sobre todo los ríos y el mar. Así, respecto a la protección jurídica de las aguas⁴² tenemos los siguientes interdictos:

El interdicto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, utilizado para salvaguardar el uso de los ciudadanos respecto de los ríos públicos, el cual impide que se haga cualquier cosa que entorpezca la navegación; el interdicto *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*, por el que se prohíbe realizar cosa alguna en un río público o en su orilla que perjudique o impida que el agua fluya de la misma manera que en el anterior estío; y el interdicto prohibitorio *ut in flumine publico navigare liceat* que prohíbe que se impida navegar por un río público.

Creemos importante resaltar que el interdicto prohibitorio *uti flumine publico navigare liceat* puede ejercitarse en vía útil, para impedir que se haga cualquier tipo de violencia a la persona que pretenda aproximar el ganado al río público o a su orilla para abrevar⁴³. Nótese que en este interdicto subyace una prohibición y un mandato de cese de la afectación, sin que exista una orden de restitución, dada la imposibilidad de cambiar los hechos acontecidos; pero tampoco dicta un mandato de resarcir a la

autorizaba su otorgamiento, caso en el que se decía de aquel un "*interdictum utile*". Vid. TERRAZAS PONCE, J. D., "La tutela...", *cit.*..., p. 372.

⁴⁰ D. 43. 8. 2, 29.

⁴¹ Las cosas comunes son aquellas que por razones de derecho natural (*ius naturale*) o de derecho de gentes (*ius gentium*) se considera que pertenecen a toda la humanidad, como el aire, el mar, las playas o el agua corriente. Por ello, el uso del agua debía permitirse a todos, incluso la perteneciente a un río privado. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público...*, *cit.*, pp. 261-263.

⁴² Debemos tener en cuenta que la clasificación de los ríos en privados o públicos, no está referida al agua en sí sino más bien a los cauces de los ríos. Puesto que el agua era considerada *res commune*. Cfr. ALBURQUERQUE, J. M., *La protección...*, *cit.*, pp. 199-290.

⁴³ *Ibidem*, p. 305.

persona afectada por la violencia, de lo que podemos deducir que, por lo menos, en vía administrativa no cabía la posibilidad de resarcimiento, cuestión que tendría que ser resuelta en un juicio entre las partes.

Existen también otros interdictos que regulan las relaciones de vecindad, como el interdicto restitutorio *quod vi aut clam*, que puede invocarse cuando se trata de obras que se han realizado con violencia o clandestinamente en un inmueble⁴⁴, ya sea público o privado. “No está condicionada su utilización, por tanto, a los inmuebles privados con carácter exclusivo, pues se podría aplicar sin dificultad alguna cuando se trate de obras cuya realización haya tenido en un lugar público”⁴⁵ y, al igual que el interdicto *ne quid in via publica*, no sólo el sujeto que ha realizado la obra perjudicial está sometido a este interdicto, sino que todo aquel que pretenda continuar con la posesión de la obra⁴⁶.

Pero, lo que nos interesa resaltar de este interdicto es que procede en el caso del daño provocado al agua (contaminación, por ejemplo)⁴⁷. Aunque desde nuestro punto de vista, éste sólo procederá en la medida que la restitución del agua al estado anterior sea posible, puesto que como veremos más adelante, por la afectación sufrida, la comunidad que hacía uso del agua que resulta contaminada, podría solicitar el resarcimiento mediante la *actio iniuriarum*.

De lo analizado, podemos concluir que los interdictos de *publicis locis* tienen las siguientes características:

- Órdenes ejecutivas,
- Dictadas *a posteriori*.
- Limitativas de derechos y libertades.
- De carácter provisional, debido a que son susceptibles de ser revisados en vía judicial.
- Su aplicación requiere de una norma habilitante: el edicto.

⁴⁴ Su aplicación se extiende a toda clase de obras o actividades que puedan provocar una alteración o deterioro en el suelo.

⁴⁵ ALBURQUERQUE, J. M., *La protección...*, cit., p. 62.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁷ TERRAZAS PONCE, J. D., “La tutela jurídica...”, cit., p. 372.

- Emitidos por una autoridad administrativa, el pretor.
- Son dictados en el marco de un proceso sumario.
- Están relacionados con la protección de los bienes de uso colectivo y servicios públicos y de sus usuarios.
- Su aplicación es consecuencia de la comisión de una infracción o la producción de un daño, siempre que sea factible restituir las cosas a su estado anterior a la afectación.
- Su regulación está diferenciada de los medios resarcitorios.
- Son de carácter real, al menos en materia urbanística.
- Oponible a terceros.
- Tienen naturaleza restitutoria.
- Su aplicación se enmarca en las potestades de policía administrativa.

1.1.2. Los medios de defensa de naturaleza resarcitoria

Existen supuestos en que las órdenes interdictales prohibitorias y restitutorias dictadas por el pretor resultarían inútiles frente a cierto tipo de lesiones en el derecho de los ciudadanos al uso colectivo de la *res publica in publico usu*, que se producen al instante y de las que surge la imposibilidad de restituir las cosas a su estado anterior, razón por la cual, el afectado sólo podría exigir el resarcimiento por el daño sufrido⁴⁸. Así, por ejemplo, los supuestos en que se impide a alguien pescar o navegar por el mar, jugar en un campo público, lavarse en un baño público o entrar en un teatro, en cuyo caso se considera que el particular sufre una afectación en su honor, por lo que puede ejercer a su favor la *actio iniuriarum*⁴⁹, en la que, a modo de castigo, el autor del daño debía pagar una *pena*, de carácter pecuniario al ofendido⁵⁰.

Asimismo, “el resarcimiento (*rectius*, la pena) otorgado a aquel que había sido impedido en el aprovechamiento del espacio público, debía ser más bien elevado, en la medida en que, según mi opinión casos semejantes eran incluidos dentro de la *iniuria atrox ex loco* por la jurisprudencia clásica. Así puede deducirse del

⁴⁸ TRISCIUOGLIO, A., “Consideraciones..., *cit.*, p.157.

⁴⁹ La aplicación de la *actio iniuriarum* en los supuestos mencionados se contemplaba en los pasajes D. 43, 8, 2, 9 y D.47, 10, 13, 7.

⁵⁰ D’Ors, Á., *Derecho...*, *cit.*, p. 446.

elenco de espacios (el teatro, el foro) en los que podía producirse esa *iniuria* grave, según GAYO⁵¹.

“Sabemos además que el juez se adecuaba completamente a la *aestimatio* hecha por el pretor⁵². Cuestión que denota cierto parentesco a lo que sucede en la práctica en nuestro país, donde si bien es cierto que la indemnización por daños sólo puede exigirse en la vía judicial, los jueces que deben resolver se basan en la resolución dada en vía administrativa, de manera que si ésta establece que efectivamente se ha producido un daño imputable a los titulares de las empresas que brindan un servicio público o que son fiscalizadas por los organismos supervisores, sólo procederán a estimar la cuantía de la misma.

También encontramos la remisión a la *actio iniuriarum*⁵³ en un supuesto específico de daño ambiental: aquel que hubiera ensuciado el agua o un curso de la misma; contamina unas tuberías, lagos, o alguna otra cosa con el fin de ofender a la comunidad que se sirve de ellas (*ad iniuriam publican*)⁵⁴, que a diferencia del interdicto restitutorio *quod vi aut clam*, hace referencia a un elemento subjetivo para su configuración: la finalidad perseguida por la acción.

Como se desprende de nuestro análisis de los medios de defensa de la *res publicae* y del uso colectivo de las cosas de dominio público, la tutela restitutoria pertenece a la vía administrativa, mientras que el resarcimiento de daños debe determinarse en un proceso entre las partes que aunque en el Derecho romano es determinado mediante una acción penal con el tiempo formará parte del Derecho Privado.

⁵¹ TRISCIUOGGIO, A., “Consideraciones...”, *cit.*, p. 158.

⁵² *Ibidem*, p. 158.

⁵³ D. 47. 11.1.1.

⁵⁴ TRISCIUOGGIO, A., “Consideraciones...”, *cit.*, p. 158.

1.1.3. Antecedentes de las medidas correctivas en España

“Tras la caída de Roma, en la Alta Edad Media se producirá un declive y una casi desaparición de las normas encargadas de regular la actividad edificatoria, y por tanto de las normas de policía urbana, como consecuencia de la ruralización de esta sociedad”⁵⁵ y no será sino hasta el siglo XII, en España, debido al crecimiento de las ciudades y el desarrollo de los municipios en la Baja Edad Media, que se empezarán a adoptar las primeras disposiciones con el fin de regular la actividad constructiva, las relaciones de vecindad y la actividad de policía para la protección de los bienes públicos de uso común⁵⁶, dentro de las que encontraremos un interesante conjunto de normas relativas a la conservación y protección de los bienes públicos sobre todo en las Ordenanzas municipales y Fueros Locales, de aplicación preferente frente a las normas de carácter general como Las Partidas⁵⁷.

Dicha protección, en general consistía en establecer multas y otras penas, cuyo importe era dirigido a solventar los gastos de mantenimiento y reparación de los daños ocasionados a los bienes públicos. No obstante, en algunas ordenanzas locales de Cataluña y en algunos Fueros como el de Coria, el régimen de reacción frente a los daños a los bienes públicos consistía en la imposición, al causante, de multas que iban acompañadas de la obligación de reponer las cosas a su estado anterior⁵⁸. Mientras que en los Fueros castellano leoneses existía un conjunto de normas que no sólo regulan con detalle la utilización de los bienes públicos de uso colectivo y su protección frente a las actividades que causaran algún daño material a su integridad sino que su ámbito de protección se extiende también a los usuarios de los mismos frente a lesiones contra la salubridad, comodidad o seguridad en el uso de estos bienes⁵⁹.

⁵⁵ CASTILLO BLANCO, F., *Régimen...*, cit., p. 21.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁷ FONT I LLOVET, T., “La Protección del Dominio Público en la Formación del Derecho administrativo Español: Potestad Sancionadora y Resarcimiento de daños” en *RAP*, n° 123, septiembre- diciembre 1990, p. 9.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁹ Cfr. MARTÍNEZ GUIJÓN J., GARCÍA ULECIA, A. y CLAVERO SALVADOR, B., “Bienes urbanos de aprovechamiento comunal en los derechos locales de Castilla y León” en

De lo expuesto, podemos apreciar que existía una relación entre la imposición de multas cuyo propósito es sancionar al causante del daño y la obligación de restituir las cosas a su estado anterior⁶⁰, que aunque muchas veces es confundida por la legislación con las sanciones, ostenta una finalidad más bien correctora. Esta relación a la que aludimos está dada debido a que ambas se establecen como parte del régimen administrativo de reacción frente a los daños al patrimonio público, y como son consecuencias de un mismo hecho que configura una infracción administrativa se dictan normalmente dentro de un mismo procedimiento⁶¹.

Esta medida de reacción frente a los daños de naturaleza restitutoria, empezó a ampliar su ámbito de aplicación a finales del Antiguo Régimen, debido a la aparición de las primeras normas sectoriales relativas al régimen de distintos bienes de aprovechamiento colectivo distintos como bosques y caminos que también las incluían en su regulación y a la progresiva creación de autoridades ejecutivas con jurisdicción exclusiva en dichas materias específicas que constituirían antecedentes de los organismos supervisores que conforman la Administración Pública⁶².

Como ejemplo de ello, tenemos diversas ordenanzas para la conservación de montes y plantíos, de las cuales sólo nos remitiremos a examinar someramente la Real Ordenanza de 7 de diciembre de 1748 para la conservación de montes y plantíos que en su art. 20 junto a la imposición de sanciones pecuniarias a cualquiera que “acote, cierre (...) los montes(...)”, se señala adicionalmente como un pena “proceder contra los usurpadores a reponerlas a su antiguo ser y estado (...) además de pagar el daño”⁶³; y, en el mismo sentido, establece en su art. 29 que “[s]iempre que se justifique a alguno de los celadores, guardas del

Actas del III Symposium de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, pp. 451-482; citado por FONT I LLOVET, T., “La Protección del... cit., p. 9.

⁶⁰ FONT I LLOVET, T., “La Protección del... cit., pp. 9-10, 14.

⁶¹ CASTILLO BLANCO, F. A., *Régimen... cit.* p. 21.

⁶² *Ibidem.*, p. 11.

⁶³ *Novísima recopilación de las Leyes de España*, Lib. VII, Tít. XXIV, Ley XIV.

campo y monte alcaldes de la hermandad fraude tolerancia o cohecho en cortas, talas o quemas de los montes se procederá contra sus personas e impondrá por ello *la pena de pagar los daños*⁶⁴. A la que acompaña la cédula de la misma fecha que a tenor dicta “Para que entienden en las más puntual observancia y cumplimiento de lo contenido en los treinta y nueve capítulos de la ordenanza de monte (ley anterior), he venido en elegir a dos ministros de mi Consejo, a quienes mando pongan especial cuidado y vigilancia en el aumento, cría y conservación de los montes y plantíos (...)”⁶⁵, los que pronto contaron con la colaboración de agentes de montes y otros de manera que se iría conformando “un aparato administrativo específico para el sector forestal”⁶⁶.

Situación similar fue la de las medidas restitutorias pertenecientes al régimen de protección y conservación de los caminos públicos que habían sido reguladas en las ordenanzas locales y que progresivamente fueron recogidas en las normas sectoriales que designaban autoridades con jurisdicción exclusiva. Como muestra de ello, tenemos la Ordenanza de corregidores e intendentes de 1749, en la que se designó autoridades privativas en esta materia y se reguló dentro de sus facultades la imposición de medidas restitutorias⁶⁷. Más tarde, debido a la gran importancia que adquiere en esta época el correo como medio de comunicación y su relación con los caminos⁶⁸, mediante el Real Decreto del 8 de octubre de 1778⁶⁹ dispuso de la agregación de la Superintendencia general de caminos y posadas a la de correos y postas con absoluta inhibición de cualesquiera jueces y tribunales, a la que siguió la ordenanza general de correos y postas, caminos y posadas del 8 de junio de 1794 que especifica su jurisdicción y facultades.

Así también, hallamos otro ejemplo en las múltiples ordenanzas de riegos de la zona del Levante Español que “coinciden en prestar singular atención a la protección de bienes comunes adscritos al riego frente a las conductas atentatorias a su

⁶⁴ *Ibidem*. La cursiva es nuestra.

⁶⁵ *Ibidem* Lib. VII, Tít. XXIV, Ley XVI.

⁶⁶ FONT I LLOVET, T., La Protección del... cit., p. 17.

⁶⁷ Novísima Recopilación Lib. VII, Tít. XXXV, Ley VII.

⁶⁸ FONT I LLOVET, T., “La Protección del... cit., pp. 18-19.

⁶⁹ Novísima Recopilación Lib. VII, Tít. XXXV, Ley VIII.

integridad⁷⁰”, frente a las cuales intervienen los órganos propios de las Comunidades, los jurados y Tribunales respectivos, sancionando e imponiendo al causante la obligación de restituir las cosas al estado anterior excluyendo a las jurisdicciones ordinarias⁷¹.

Como se ha puesto en evidencia, la obligación de restituir las cosas de interés público a su estado anterior a la afectación, que en el Derecho romano estuvo representada por los interdictos de *publicis locis*, fue también regulada en España, primero en las ordenanzas locales para la conservación y preservación de bienes públicos y posteriormente en las primeras leyes sectoriales cuyo cumplimiento sería supervisado por distintas autoridades con jurisdicción exclusiva en determinadas materias que constituyen los antecedentes de los organismos reguladores. De manera que podemos afirmar que las medidas restitutorias han estado incardinadas, desde sus inicios tanto en la actividad municipal como en la de los organismos reguladores.

1.2. Evolución de las medidas correctivas en el Perú

1.2.1. En el Perú Colonial

La Historia del Derecho Administrativo en el Perú aún está por hacerse, razón por la que no pretendemos profundizar en el desarrollo y evolución que tuvieron los antecedentes de las medidas correctivas en la Colonia, sino únicamente mostrar algunos ejemplos de lo que fuera el régimen de conservación y protección de los bienes públicos en el Perú a partir de la llegada de los españoles.

En la Recopilación de Leyes de Indias, no encontramos ninguna norma que haga referencia a la obligación de reponer las cosas a su estado anterior por parte del infractor, cuya conducta haya ocasionado algún daño a la integridad de bienes públicos de uso colectivo. No obstante, encontramos normas acerca de la

⁷⁰ Cfr. FRANQUET y BENTRÁN, C., “*Ensayo sobre el origen, espíritu y progresos de la legislación de las aguas*”, 2 Tomos, Madrid, 1864; citado por FONT I LLOVET, T., “La Protección del... cit., p. 21.

⁷¹ FONT I LLOVET, T., “La Protección del... cit., p. 21.

realización, mantenimiento y conservación de las obras públicas, en las que se establece que se hagan y reparen puentes y caminos a costa de los que recibieron beneficio de dichas obras⁷²; así como otras para la protección de los árboles y plantíos, para preservar el aprovechamiento de los recursos como la madera –muy importante entonces-, como la ley del 6 de Agosto de 1624 que prohíbe la tala en la zona ubicada a dos leguas de la presa arriba del río de la Chorrera que viene a la Habana y a 10 leguas alrededor de la misma y que además establece una sanción pecuniaria para quien infringiese dicha prohibición⁷³.

Sin embargo, no se evidencian rastros de alguna norma en ellas que contenga la obligación de restituir las cosas al estado anterior en el que se encontraban, sobretodo porque Las Leyes de indias estaban dirigidas principalmente a ordenar el territorio conquistado.

Aunque ello no significa que no se haya hecho uso de ellas en la colonia, sino que, a semejanza de lo que ocurría en España, no se encontraban reguladas en las normas de carácter general sino en las ordenanzas locales.

Así pues, encontramos varias muestras de su aplicación en los Libros que se conservan de los distintos Cabildos instituidos en el Perú, los que tenían a su cargo las funciones de administración de justicia, abasto de la ciudad, áreas de carácter administrativo y gobierno local⁷⁴.

En el libro de Cabildo de Lima, encontramos los siguientes ejemplos:

“En vj días de noviembre se apregonó esta ordenanza en la plaza pública desta çibdad por boz de Bartolome Sanchez pregonero a altadbozes presentes mucha gente testigos a ello Juan Tello e Juan Castañeda e otros muchos/enestedia los dichos señores dixeron que por quanto toda la madera que avia en la

⁷² *Recopilación de Leyes de Indias* Lib. IV, Título XVI, Ley I.

⁷³ *Ibidem*. Lib. IV del Título XVII del Ley XV.

⁷⁴ ALZAMORA VALDEZ, M., *Derecho Municipal*. Editorial y Distribuidora de Libros, Lima 1985, p. 74.

Redonda desta çibdad esta destruyda e acabada con el hedificar de las casas que están echas en la fundación della/ e sy adelante no se diese horden como se plantasen arboles no abria madera ninguna para lo que fuese menester/ por tanto que hordenavan e hordenaron e mandaron que todos los vecinos desta çibdad que tienen tierras en el termino della sean obligados de poner e pongan cada uno dellos fasta en cuantia de trescientos arboles sauces e otros arboles los que paresciere que son provechosos para madera e para fruta/ los quales sean obligados de poner dentro de seis meses conplidos primeros siguientes so pena de un marco de oro a cada uno que lo contrario fisyere/ sobre lo qua an de dar cuenta sobre juramento los que tuvieren pueblo/ la qual pena aplican la myta para las obras publicas e la otra mitad para el que lo denunciare/ Francisco pizarro/ Juan Tello/ niculas de Ribera/ alonso Riquelme/garcia de salzedo/ Rodrigo de macuelas/niculas de Ribera/ diego gavylan....”⁷⁵.

Este fragmento del libro de Cabildos de Lima, nos muestra una ordenanza muy parecida a lo que sería actualmente una medida correctiva reparadora ambiental. Nos encontramos frente a una afectación ambiental por parte de los mismos vecinos de la ciudad, que al construir sus casas, han acabado con todos los árboles cercanos, por lo que no podrían disponer de madera si llegaran a necesitarla. Ante ello, se les impone a todos ellos la obligación de sembrar árboles nuevamente en un plazo de seis meses, bajo apercibimiento de una multa equivalente a un marco de oro en caso de incumplimiento de la medida correctiva, la cual podría ser similar a las multas coercitivas.

“...e los dichos señores dixeron que porque de la acequia que atraviesen por la plaza desta çibdad viene perJuizio a cabsa que algunas vezes sale de madre o se deRama por la plaza e aún algunas vezes allegare a las Casas de los vecinos e podría acaescer a salir de noche y que llegase a la (s) casas de a la Redonda e fuese cabsa que Rescebiesen mucho detrimento e porque de presente se escuse que mandaban e mandaron e hordenavan e hordenaron que la dicha acequya se quyte desde la madre por donde sale e que no venga agua ninguna por ella hasta tanto que se de horden por donde pueda salir syrviendo en las casa de los vecinos a donde al presente syrbe / hallandose

⁷⁵ *Libros de Cabildo de Lima. Libro Primero*, descifrados y anotados por BERTRAM T. LEE, Impresores Torres Aguirre San Marti Cía. SA., Lima, 1955, p. 57-58.

salida syn salir a la plaza tornea coRery no de otra manera e madaron que después de CeRada ninguna persona sea osado de la tornar a abrir para que venga agua por ella syn licencia del cabildo so pena de medio marco de oro la mitad para obras publicas desta çibda dela otra mitad para la Camara e fisco de su magestad...

Hordenança otrosy hordenaron e mandaron que la acequia que va por la calle de geronymo e del señor Hernando piçaRo se quyte de donde va al presente e se eche por de dentro del solar de dicho geronymo de aliaga e de all pasa do el de francisco martin de alCantara e de all pase a la de Rodrigo de maquelas e de allí vaya syrviendo por su horden como agora va/ por de dentro de los solares q que cada vesyno de los susodichos sea obligado de a la entrada e.... De su casa syn estorbarse de basura y e suciedad/ e que a dundequiera a la calle le cubran de manera que el agua coRa por debajo syniazer perJuizio a la calle e al pasaje della / cada un vezino la parte que le cupiere de su pertenencia so pena que cada vezino que no lo fisyre....”⁷⁶

Este pasaje describe una orden de cierre de una acequia debido al perjuicio que causa su derramamiento, comparable a una medida correctiva, estableciéndose además la prohibición de abrirla nuevamente sin licencia bajo apercibimiento de recibir una sanción administrativa.

De la misma manera, en el Libro de Cabildos del Cuzco encontramos otros ejemplos de dichas medidas:

“Las ordenanzas añadidas para las molinos en este año de 1559. Primeramente, que todas las personas que tienen molinos en los términos de esta ciudad sean obligados a tener aderezados los dichos molinos de suerte que no se cuele ninguna harina, so pena que pague la que faltare por no tener aderezado dicho molino. Y para seguridad de esto, sea obligado a tener arca de depósito de harina en el dicho molino, so pena de 30 pesos, la mitad para la cámara y la otra mitad para obras públicas, la cual sea obligado a poner dentro de veinte días después de la notificación de esta⁷⁷”.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 93-94.

⁷⁷ *El Libro de Cabildos de la Ciudad del Cuzco*. Laura González Pujana. Lima 1982, p. 12.

Con fecha 09 de junio de 1559: “Este día se acordó que por que muchas personas han ido contra la ordenanza que tiene esta ciudad, usada y guardada sobre que ningún edificio se cubra de paja, y han cubierto sus casas de paja algunos con licencia y otros sin ella, y porque conviene a la autoridad de la ciudad y ornato de ella a la policía que conviene que tenga tan insigne ciudad, acordaron que se pregone públicamente que todos los que han cubierto sus casas y edificios de paja sin licencia, que con ella luego pongan por obra de quitar la paja y cubrir de teja, so pena que se lo derribarán a su costa en el suelo y lo descubrirán a su riesgo y ventura, lo cual tenga hecho dentro de tres meses primero siguiente, y que se ejecutará en ellos las penas en que han incurrido”⁷⁸.

Este último es un ejemplo más claro de una medida reparadora, pese a que la misma ordenanza la confunde con una sanción, ya en este supuesto se ha infringido la prohibición de cubrir de paja los edificios y en razón a ello se ordena que todos los infractores de dicha norma quiten la paja de sus construcciones bajo apercibimiento de que se quite a su costa.

Como vemos, los cabildos tuvieron amplias facultades en materia de policía administrativa, sin embargo, a partir de la consolidación de las autoridades instituidas por la Corona Española, los Cabildos perdieron su autonomía para quedar sometidos a tales autoridades⁷⁹. Al implantarse los corregimientos en el Perú, éstos presidieron los Cabildos, asumiendo diversas funciones de carácter administrativo, sin embargo, debido a la corrupción de esta institución, los municipios se volvieron aletargados e inactivos⁸⁰, lo que trajo consigo la falta de obras públicas y la desorganización de la ciudad, y por consiguiente una notable reducción de la actividad de policía administrativa.

Sin embargo, aún en este período de decadencia de la Administración pública, se dictaron medidas restitutorias en el marco de la actividad de policía administrativa, como se evidencia

⁷⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁷⁹ ALZAMORA VALDEZ, M., *Derecho... cit.*, p. 71.

⁸⁰ FISHER, J., *Gobierno y Sociedad en el Perú Colonial. El régimen de las intendencias: 1784-1814*, PUCP, Lima 1981, p. 188.

en el Libro de Cabildos de Lima, en el que encontramos algunos ejemplos.

Con fecha 24 de noviembre de 1606 encontramos el siguiente pasaje:

“Para que se cierre una Bentana que se a sacado al corredor de las casas de cabildo por el licenciado hurtado y que no prosiga en el edificio que ba haciendo en la acotea y derribe lo fecho... En este cabido se trato que el licenciado pedro xvarez hurtado abia abierto una ventana que sale al corredor de las casas deste dicho cabildo y que no se debía permitir por ser de casa en que an de vivir personas particulares y que la permission que se abia dado al dicho licenciado hurtado hera para solo abrir ventana en lo alto desde la cinta de la cenefa de la pintura del anchi y largo que se espresaba en un decreto que el año pasado se abia probeydo en un memorial del dicho licenciado el qua abia esedido de lo que contenia y para que se guarde y cunpla/se mando que se traiga a este cabido el dicho decreto y que abiendose traydo y bisto se mando que se guarde y cunpla y se cometio la esecuxion a los alcaldes o qual quiera de ellos y para que manden cerrar luego la ventana que en diferente lugar y forma esta hecha y que se yncerte en este cabildo el dicho decreto/y que por que ansi mismo el dicho licenciado ba edificando en la apotea de manera que cubre la luz de las ventanas que se caen a las piecas de este cabildo y por ellas se puede Ber e oyr de lo que en el pasare mandaron que cese luego el dicho edificio y se derribe lo hecho y ansi mismo se cometio la execusion dello a los dichos alcaldes o qualquier dellos y el dicho decreto es del tenor siguiente/que se le da licencia para que abra una ventana que comiense del fin de la cenefa y no pase de bara abajo y con sus balahustes y que sean fuertes...”⁸¹

En esta ordenanza se puede apreciar el dictado medidas de protección el orden urbanístico, una de cese de la actividad constructora y una restitutoria que ordena de demolición de lo construido por causar un perjuicio al restar iluminación al edificio del cabildo y por haberse erigido excediendo los términos de la licencia otorgada para su construcción.

⁸¹ Libros de Cabildos de Lima Libro XV años (1606-1609), descifrado y anotado por DON JUAN BROMLEY. Impresores Torres Aguirre. Vol. XV, Lima 1947, pp. 352.

Con fecha 16 de marzo de 1607:

“Que se desaga una açequia que pedro de salbatierra hizo de su autoridad... En este cabildo se trato como pedro de salbatierra abia hecho una açequia nueva llebandola gran trecho por una calle asta la açequia antigua que pasa por la dicha calle la cual es muy en perjuicio della y de la pulicia y buena traza destaçiadad el qual la abia hecho de su autoridad y sin queste cabildo le ubiese dado licencia para ello aunque la abia pedido en el los dias pasados y no se le dio ni concedio como parecerá por los autos que se hicieron en lo cual abia cometido delito digno de punición y castigo y abiendose conferido y tratado sobre ello se acordó que luego los fieles executores hagan y manden deshacer la dicha açequia que ahora de nuevo ubiere hecho el dicho pedro de salbatierra acosta del suso dicho contra el qual proceda al alcalde don luy de castilla Altamirano por todo rrigor de derecho por aber hecho la dicha açequia de su autoridad sin que se ubiese dado la licencia que pidió a este cabildo para ello y lo a ello anejo y concerniente se les dio comision cunplida en forma...”⁸².

En este caso, se trata de una acequia construida sin licencia, frente a la cual se ha dictado una medida restitutoria a fin que se deshaga la acequia a costa de quien la construyó.

Posteriormente, debido a la mala administración por parte de los corregidores, se implantó en 1784 el Régimen de las Intendencias que buscaba promover la reorganización y el fortalecimiento de los Cabildos, en ese momento debilitados por la corrupción y la venta de cargos públicos, compartiendo con ellos potestades administrativas. Es así que, “desde entonces [los cabildos]se volvieron más activos y vigorosos, como resultado directo del éxito de las intendencias al estimularlos a unirse al proceso de mejora de la administración pública”⁸³. Esto trajo como resultado el incremento de la actividad de policía administrativa y por ende, del dictado de medidas restitutorias.

En conclusión y de acuerdo con los fragmentos de los Libros de Cabildos que hemos examinado, podemos afirmar que a lo largo

⁸² *Ibidem*, p. 264.

⁸³ FISHER, J., *Gobierno...cit.*, p. 189.

de la época colonial, los Cabildos dictaron en sus ordenanzas locales, que en nuestra opinión se asemejan más a resoluciones administrativas, medidas restitutorias como parte de su potestad para ejercer la actividad de policía urbana, pese a que estas no se encontraban reguladas en las Leyes generales dictadas para el territorio de Indias. Las mismas que imponían una obligación a cargo de los ciudadanos en los casos concretos en que su comportamiento afectaba intereses públicos.

1.2.2. En el Perú Republicano

Pese a que “[l]a proclamación de la Independencia (...) [fue] debatida y acordada por los Cabildos que se convirtieron en abanderados de la revolución americana” y “a los propósitos de los fundadores de La República (...) que buscaron los modos adecuados para mantener y fortalecer la institución municipal (...), un contumaz centralismo, hábitos burocráticos, inercia administrativa e intereses políticos, se (...) asocia[ron] en la tarea de debilitar la vida municipal para reducirla o eliminarla algunas veces hasta por décadas”⁸⁴. A esto se sumaba la inestabilidad política producto del caudillismo y la carencia de una norma administrativa de carácter general que regulara los procedimientos que debían seguir los ciudadanos ante la Administración Pública, lo que originaba a su vez que los expedientes administrativos se tramitaran de forma desordenada y empírica y que los requisitos para cada trámite a realizarse variaran de una dependencia a otra.

Por todo ello es que no existió una regulación de las medidas restitutorias como tales en las leyes generales sobre municipalidades. Sin embargo, creemos que es muy probable que hayan seguido dictándose por la autoridad administrativa de ámbito local, teniendo en cuenta que las medidas restitutorias formaban parte del régimen de reacción de la actividad de policía frente a los daños a los bienes públicos y a la salubridad, seguridad y comodidad de sus usuarios así como de las relaciones de vecindad de los administrados, que eran facultades de las municipalidades de

⁸⁴ ALZAMORA VALDEZ, *Derecho ...*, cit., p. 76.

acuerdo con la Constitución de 1823⁸⁵, aunque mezcladas también con algunas atribuciones de carácter judicial⁸⁶.

Dado el desorden imperante en la administración pública, en un intento por brindar cierta uniformidad en los requisitos que se solicitaba a los ciudadanos para realizar sus trámites, el 25 de enero de 1957, se promulgó el D.S. 183, la primera norma con carácter general que regulaba en un total de 15 disposiciones los procedimientos que debían observarse en las oficinas públicas, ninguna de ellas referidas a la facultad de la Administración Pública de imponer la obligación restitutoria al causante de un daño a los bienes de uso colectivo o a la seguridad, salubridad y comodidad de sus usuarios.

Diez años después, el 11 de Noviembre de 1967, se expidió el Decreto Supremo N° 006-67-SC, aprobando el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el que posteriormente, mediante el Decreto Ley N° 26111. Del 28 de Diciembre de 1992, fue modificado y elevado a la jerarquía de ley. Este reglamento reguló por primera vez, en su artículo 66 y después de la modificatoria en su artículo 68, las medidas provisionales que guardan relación con las medidas correctivas que ahora estudiamos, pero cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la resolución administrativa; por lo que en un principio fueron concebidas como similares a la medida cautelar de embargo en proceso civil⁸⁷. En Enero de 1994 se expidió el Decreto Supremo N° 002-94-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que continuaba regulando en su artículo 66 la adopción de las medidas provisionales o precautorias que se estimen oportunas en el marco del procedimiento administrativo, pero sólo si se cuenta con elementos de juicio suficientes para ello y especificando que no podrán dictarse si causan algún perjuicio a los interesados.

⁸⁵ Art 140 de la Constitución Política del Perú de 1823.

⁸⁶ ALZAMORA VALDEZ, Derecho... *cit.*, pp. 77-85.

⁸⁷ DE ALTHAUS, M. *Derecho administrativo peruano. Material de enseñanza*. PUCP, Lima 1971, p. 5.2.2.c.

En el ámbito municipal, en 1984 se promulgó la Ley N° 23853⁸⁸ que otorgó a las Municipalidades la facultad de clausurar establecimientos o servicios cuando su funcionamiento estuviera prohibido legalmente, constituyera un peligro, fuera contrarios a las normas reglamentarias o produjera malos olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario, así como para decomisar materiales, demoler las instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar a ejecutar la orden por cuenta del infractor. Medidas que estaban calificadas por la norma como sanciones administrativas, sin que por ello se presentara problema alguno si se dictaba una multa y un decomiso o una demolición de manera conjunta, ya que la norma especificaba que las sanciones podían aplicarse simultánea o alternativamente.

En virtud de esta Ley, las Municipalidades también gozaban de potestades en materia de protección al consumidor para “ordenar el decomiso, previa acta, de artículos de consumo humano adulterados, falsificados, o en estado de descomposición; de productos que constituyen peligro contra la vida o la salud y de los artículos de circulación o consumo prohibidos por la ley [así como para destruir o eliminar] las especies en estado de descomposición y los productos de circulación o consumo prohibidos, inmediatamente bajo responsabilidad de los órganos municipales respectivos”⁸⁹.

Sin embargo, estas medidas no constituyen realmente sanciones pues, tanto la demolición, que es en buena cuenta restablecer las cosas a como estaban antes de la afectación, como el decomiso de bienes que al entrar en el mercado produjeron una afectación por su peligrosidad o falta de idoneidad, así como la destrucción de productos dañinos son todas medidas restitutorias, las mismas que ya desde la época colonial habían sido dictadas por los cabildos y posteriormente por las municipalidades.

⁸⁸ Arts. 73, 115, 119 y 120 de la Ley N° 23853.

⁸⁹ Art. 118 de la Ley N° 23853.

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y OTRAS FIGURAS AFINES EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente acápite estudiaremos algunas de las figuras afines a las medidas correctivas que encontramos en el Derecho Comparado, unas recogidas por el Derecho español como son: las medidas de restablecimiento de la legalidad, las medidas provisionalísimas, las medidas de prevención y las medidas provisionales; y por otro lado, en el Derecho Argentino, la figura de la indemnización en vía administrativa por daño directo regulada en materia de protección al consumidor.

2.1. Las medidas correctivas y medidas de restablecimiento de la legalidad

Las medidas de restablecimiento de la legalidad en España han sido, al igual que las medidas correctivas en nuestro país, confundidas a menudo con las sanciones. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional española ha negado el carácter de sanción de estas medidas que tienen como finalidad la reposición o restitución de la realidad física o jurídica vulnerada, calificándolas de “medidas de restablecimiento de la legalidad”⁹⁰.

De la misma manera, “la más moderna legislación autonómica”⁹¹ diferencia expresamente entre medidas cautelares y definitivas de

⁹⁰ STSE del 2 de febrero de 1998, (artículo 2060).

⁹¹ Ley de Canarias 9/1999 de Ordenación del Territorio –art. 176 y ss.-; Ley de Murcia 1/1995; Ley de Galicia 1/1995; Ley del País Vasco 3/1998.

protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado, y su independencia de las eventuales sanciones administrativas”⁹².

Estas medidas de restablecimiento de la legalidad son medidas de reacción *a posteriori* frente a los daños a bienes de interés público jurídicamente tutelados derivados de una infracción administrativa que imponen la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado, “obligación que se deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de las cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa (...)”⁹³.

En ese sentido, con indiferencia de la denominación dada a estas medidas, se trata de la misma figura jurídica que nuestro ordenamiento regula como medidas correctivas, aunque cada una con ciertos matices de una regulación a otra.

El desarrollo de esta figura jurídica en la legislación española, al igual que en la peruana se ha dado mayormente en las normas sectoriales debido a la pluralidad de organismos reguladores y supervisores que conforman el aparato administrativo, por lo que también dentro de cada ordenamiento jurídico existen diferencias en el tratamiento de las medidas correctivas de una regulación sectorial a otra, por lo que nos limitaremos a exponer algunas de las diferencias y similitudes –que son preponderantemente de carácter procesal- entre ambas legislaciones.

Entre las similitudes que encontramos entre ambos ordenamientos jurídicos en cuanto al dictado de medidas correctivas por parte de la Administración Pública, es que es de carácter discrecional, sin perjuicio de los presupuestos y requisitos que cada ordenamiento ha establecido para su dictado⁹⁴.

⁹² FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de Inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada 2002, p. 27.

⁹³ STSE de 21 de febrero de 2000 Ar. 796, citada por REBOLLO PUIG, M., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, p. 68.

⁹⁴ FERRÁN PONS, C. *Las medidas en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons: ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid 2001, p. 67.

Otra similitud, consiste en el carácter facultativo de la Administración pública para el dictado de las medidas correctivas o de restablecimiento de la legalidad presente tanto en el ordenamiento jurídico peruano como en el español en sus normas generales⁹⁵. No obstante, específicamente en la regulación sectorial urbanística española, el dictado de estas medidas resulta ser de carácter preceptivo pues, se otorga un carácter inexcusable al ejercicio de las potestades para el dictado de dichas medidas, por lo que en el supuesto de la comisión de una infracción que genera un daño, la Administración urbanística española estaría obligada a aplicar medidas de restablecimiento de la legalidad y no podría dejar de aplicarlas⁹⁶.

Algo similar sucede en cuanto a los presupuestos para el dictado de medidas correctivas o de restablecimiento de la legalidad. En nuestro país éstos varían de un organismo supervisor o regulador a otro, para algunos como SUNASS bastará con que se verifique un incumplimiento de la normativa que regula su actividad por parte del administrado supervisado que afecte el interés público para la adopción de una medida correctiva⁹⁷; para otros como INDECOPI será necesario verificar la comisión de una infracción administrativa que cause dicha afectación⁹⁸. Mientras que en el ordenamiento español encontramos que es necesario la tipificación de una infracción como tal para el dictado de una medida de restablecimiento de la legalidad⁹⁹.

En cuanto a las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos, es importante mencionar que cabe la posibilidad de dictar medidas correctivas en el marco de una visita inspectiva para algunos organismos reguladores o supervisores como SUNAFIL¹⁰⁰, lo que no sucede en el ordenamiento jurídico español, en el que siempre es necesario un procedimiento administrativo para el dictado de las medidas de restablecimiento de la legalidad¹⁰¹. No obstante, cabe la posibilidad de

⁹⁵ Ferrán Pons, C. *Las medidas...cit.*, p. 49.

⁹⁶ CASTILLO BLANCO, F., *Régimen...*, *cit.*, p. 57 y ss. Ferrán Pons, C. *Las medidas... cit.*, p. 50.

⁹⁷ Art. 13 de la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2004-SUNASS-CD, Reglamento de Supervisión y Fiscalización de la Prestación de Servicios de Saneamiento.

⁹⁸ Art. 114 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁹⁹ Ferrán Pons, C. *Las medidas...cit.*, p. 65.

¹⁰⁰ Art. 5 de la Ley N° 28806, Ley general de inspección de trabajo.

¹⁰¹ Ferrán Pons, C. *Las medidas...cit.*, p.65.

que se dicten ciertas medidas fuera del procedimiento administrativo, llamadas medidas provisionalísimas, figura que examinaremos más adelante, pero que depende de la instauración de un procedimiento administrativo para su permanencia.

2.2. Medidas correctivas y medidas provisionales

Las llamadas medidas provisionales son aquellas dictadas en el marco de un procedimiento administrativo, cuyo fin es asegurar la ejecutividad de una futura resolución.

Estas medidas muchas veces coinciden en cuanto a su contenido con algunas medidas correctivas, sin embargo, las medidas provisionales son de carácter instrumental, en tanto que están supeditadas a la existencia de un procedimiento administrativo¹⁰²; mientras que las medidas correctivas son independientes y pueden dictarse tanto en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, como en el de una visita inspectiva al igual que las medidas provisionalísimas que analizaremos posteriormente.

En ese sentido, las medidas provisionales, al estar supeditadas al fin de asegurar el cumplimiento de una futura resolución, tienen un carácter más bien preventivo, pues, lo que se pretende con su aplicación es evitar que se realice la afectación al bien jurídico que se pretende proteger o que se produzca un daño mayor o irreversible en el mismo, en tanto se dicta la resolución que da por terminado el procedimiento administrativo; mientras que las correctivas se caracterizan por ser medidas *a posteriori*¹⁰³ y por tanto, forman parte del régimen de reacción frente a los daños que la comisión de una infracción administrativa o un incumplimiento pudiera haber causado a un bien jurídico protegido por un determinado organismo regulador o supervisor.

De esta manera, en el caso que finalmente se acredite la comisión de la infracción y se decida el dictado de una medida correctiva cuyo contenido sea similar a la medida provisional adoptada, ésta conservará su vigencia al dictarse la resolución administrativa y probablemente

¹⁰² CALONGE, V., *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada 2007, p. 11.

¹⁰³ CASTILLO BLANCO, F., *Régimen...*, cit., p. 75.

estará acompañada por una medida correctiva que elimine los efectos negativos que causara la infracción antes de dictada la medida provisional.

Dentro de las similitudes entre ambas medidas encontramos que los presupuestos y requisitos para su adopción suelen ser similares. En el ordenamiento español tanto las medidas provisionales como las medidas de restablecimiento de la legalidad se dictan ante una afectación al interés público causada por la comisión de una infracción al igual que en el ordenamiento peruano, con la diferencia que algunos organismos reguladores admiten también la posibilidad de dictar medidas correctivas frente a un incumplimiento de la normativa administrativa por parte del supervisado que no se califica como una infracción.

Otra característica de las medidas provisionales que las diferencia de las medidas correctivas, es su carácter excepcional, debido a los efectos gravosos que pueden tener estas en la esfera jurídica del administrado supervisado inmerso en un procedimiento administrativo, cuya responsabilidad o incumplimiento no ha sido acreditado¹⁰⁴. En ese sentido, la aplicación de las medidas provisionales está sometida a ciertas limitaciones, pues no podrán dictarse aquellas que pudieran implicar daño y perjuicios de difícil o imposible reparación al administrado investigado en caso de no acreditarse su responsabilidad administrativa¹⁰⁵ como, por ejemplo, la orden de demolición en materia urbanística que únicamente se ejecutará como una medida correctiva, una vez acreditada la responsabilidad administrativa del administrado infractor y no como cautelar en razón de evitar un daño irreversible o difícilmente reparable.

2.3. Medidas correctivas y medidas provisionales

Como explicábamos en el acápite anterior, en España, las medidas de restablecimiento de la legalidad y las medidas provisionales siempre se dictan en el marco de un procedimiento administrativo. No obstante, en el supuesto en que durante una visita inspectiva se evidenciara una vulneración a un bien jurídico protegido que pudiera devenir en irreversible y que derive a su vez de la comisión de una infracción o un

¹⁰⁴ FERRÁN PONS, C. *Las medidas...cit.*, p. 46.

¹⁰⁵ GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES Í., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General y práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2º edición. Aranzadi, Navarra 2010, p. 723.

incumplimiento a la normativa sectorial vigente por parte de un administrado supervisado, lo que sí podría dictarse es una medida provisionalísima para evitar que se continúe dañando el bien jurídico protegido o que el daño sea tal, que sea difícil restaurar el bien a la situación anterior a la vulneración o que éste devenga en irreversible; cuya vigencia, luego del plazo de 15 días, estaría sujeta al inicio de un procedimiento administrativo¹⁰⁶.

La doctrina española¹⁰⁷ considera que estas medidas que se adoptan antes de iniciar un procedimiento administrativo, pero cuya continuación en el tiempo está sometida a la instauración del proceso administrativo en un plazo determinado por ley, son una subclase de las medidas provisionales, ya que su finalidad es la misma: asegurar la eficacia de una futura resolución, con la única diferencia de que, en razón a la urgencia de evitar que el bien jurídicamente protegido sufra un daño irreversible, las medidas provisionalísimas se dictan antes de iniciado el procedimiento administrativo.

En ese sentido, las medidas provisionalísimas son dictadas normalmente en el marco de una visita inspectiva, en la cual se advierte la comisión de una infracción administrativa que causa una afectación al bien, lo que legitima al inspector al dictado de dicha medida; a semejanza de las medidas correctivas que pueden ser dictadas tanto en el marco de una visita inspectiva por parte de los organismos supervisores como en el de un procedimiento administrativo.

En nuestro ordenamiento jurídico no se ha regulado la posibilidad como en España de dictar medidas provisionales antes del inicio de un procedimiento administrativo, pero sí la de dictar medidas correctivas en una visita inspectiva sin que se haya iniciado un procedimiento administrativo, posibilidad vedada en España. Por lo que, en Perú, ante la urgencia de detener una afectación del interés público por la comisión de una infracción o el incumplimiento de la norma, se procedería dictarse una medida correctiva para restablecer la legalidad o de lo contrario, simplemente una medida correctiva de cese de la actividad vulneratoria en aquellos casos en que no se cuente con suficientes medios para

¹⁰⁶ Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

¹⁰⁷ CALONGE, V., *Las medidas... cit.* p. 31.

evaluar si efectivamente se cometió una infracción o se incumplió la normativa pertinente; y el dictado de la medida correctiva pudiera dar lugar a una situación irreversible para el administrado supervisado.

2.4. Medidas Preventivas

Estas medidas dictadas por autoridades sanitarias y organismos reguladores son de carácter preventivo e independiente. Son preventivas en tanto que su finalidad es proteger a la colectividad ante un riesgo inminente para su salud o seguridad, e independientes en tanto que no se dictan en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, sino que son adoptadas en circunstancias de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, la intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquéllos queden excluidos¹⁰⁸.

Se encuentran previstas en el artículo 43.2 de la Constitución Española que dispone “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”¹⁰⁹.

“Las medidas de prevención y seguridad son mecanismos eficaces con el fin de tutelar la salud pública y la garantía de los consumidores y usuarios, ante la gran trascendencia de los bienes jurídicos a proteger, y especialmente ante la magnitud de los riesgos inherentes a la elaboración, distribución, promoción o venta de alimentos, tal como se ha puesto de relieve en los últimos años con las informaciones sorprendentes sobre la detección de dioxinas en la comida suministrada a pollos, la reciente enfermedad de la encefalopatía espongiiforme bovina o “mal de las vacas locas”, o sobre los supuestos peligros que puede implicar para la salud el consumo de orujo de oliva”¹¹⁰.

Su parentesco con las medidas correctivas radica en su independencia del procedimiento administrativo sancionador. Pero se diferencian unas de otras, porque las medidas correctivas responden a

¹⁰⁸ Art. 25.3 de la Ley 14/1986, Ley General de Sanidad.

¹⁰⁹ Ley 26/1984, Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 14/1986 Ley General de Sanidad.

¹¹⁰ FERRAN PONS, C., *Las medidas...*, cit., p. 56.

una conducta del supervisado que corresponde a un incumplimiento de la norma que puede llegar o no a constituirse en una infracción administrativa, contrariamente a lo que hemos afirmado de las medidas preventivas que responden a circunstancias de peligro ajenas al actuar de las personas y su participación en dichas circunstancias.

Sin embargo pese a su independencia pueden ser dictadas también el marco de procedimiento sancionadores ante organismos reguladores debido a que no siempre se encuentran reguladas en forma clara en las respectivas normas y reglamentos sectoriales o a que estos mismos permiten su adopción antes o junto con el procedimiento sancionador¹¹¹.

2.5. La indemnización por daño directo en vía administrativa

En la legislación argentina sobre protección al consumidor, las medidas como el decomiso, clausura, suspensión de actividades y la pérdida de concesiones y otros privilegios, son consideradas sanciones administrativas¹¹². Así que, a falta de una figura jurídica similar a las medidas de restablecimiento de la legalidad que sirva para revertir los efectos negativos de la comisión de infracciones, se ha regulado la posibilidad de que algunos organismos de la Administración Pública fijen indemnizaciones en vía administrativa en los supuestos en que se ocasione un daño directo.

En ese sentido, la legislación argentina vigente define el daño directo como “todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”¹¹³, con lo cual en principio estaría aludiendo también al daño moral, que, pese a no ser un daño patrimonial, sí es un daño susceptible de valoración económica¹¹⁴. No obstante, la misma regulación, probablemente en un intento de salvaguardar la competencia de los jueces en materia de

¹¹¹ *Ibidem*, p. 61.

¹¹² Art. 18 de la Ley del Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo, Ley N° 26.993.

¹¹³ Art. 59 de la Ley N° 26.993.

¹¹⁴ CARRANZA TORRES, L. R. y OSCAR ROSSI, J., *Derechos del consumidor: derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, Alveroni Ediciones, Córdoba 2009, p. 313.

indemnizaciones, agrega que su definición de daño directo no es aplicable “a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.

La indemnización por daño directo, al igual que las medidas correctivas tiene como presupuesto que el daño se haya ocasionado de un hecho ilícito, específicamente de una infracción a la regulación de protección al consumidor por parte del proveedor o prestador de servicios. Sin embargo, a diferencia de las mismas, tiene la restricción de sólo favorecer a quien la comisión de la infracción al consumidor ha dañado directamente y no a ningún tercero relacionado con éste que pudiera resultar dañado¹¹⁵.

Asimismo, teniendo en cuenta que será la Administración Pública quien fije estas “indemnizaciones” y con el fin de que el consumidor o usuario pueda reservarse el derecho de acudir a la vía judicial, se ha establecido un tope para las mismas equivalente al valor de cinco (5) Canastas Básicas total para el Hogar 3 publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de Argentina¹¹⁶.

No obstante, al igual que en la regulación peruana sobre medidas correctivas, el monto de la indemnización por daño directo que se vea obligado a pagar el proveedor deberá ser deducido de cualesquiera otras indemnizaciones que el Poder judicial pudiera determinar que corresponden al consumidor o usuario.

De lo analizado, en nuestra opinión la regulación de esta figura jurídica, pese a que su intención es mejorar la protección al consumidor, nos parece un desacierto, ya que vulnera claramente el principio de separación de poderes que prohíbe al ejecutivo ejercer funciones jurisdiccionales contemplado en el Art. 109 de la Constitución Política Argentina, sino que además restringe la protección al consumidor en vía administrativa a los daños a su patrimonio. Piénsese, por ejemplo en un

¹¹⁵ TRIGO REPRESAS, F. A. “La Responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor” en *Cuestiones Modernas de Derecho Civil*, JUAN CARLOS PALMERO(Comp.), Advocatus, Córdoba 2011, pp. 356.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 357.

supuesto de discriminación en un establecimiento, en el cual por ser un daño no patrimonial no podría darse ninguna satisfacción al consumidor o usuario afectado en su derecho; si a este supuesto en vez de aplicarse la regulación argentina se aplicaran las medidas correctivas reguladas en nuestro ordenamiento, si bien no se le otorgaría una indemnización como tal, una medida correctiva bien podría ser el ofrecimiento de disculpas públicas al consumidor, así como obligar al proveedor a capacitar a sus empleados en el buen trato a los usuarios y consumidores. Esta, sin embargo, no es la única restricción, sino que además se establece un tope a la indemnización que puede otorgarse, cuando el único límite para restituir la situación vulnerada, de tratarse de una medida correctiva, sería la cuantificación del daño realizado, por ejemplo, en el supuesto¹¹⁷ que el proveedor es una inmobiliaria y que por error vendió un inmueble dos veces, vulnerando la propiedad del primer consumidor al que le vendió porque el segundo tomó posesión inmediata del inmueble, ¿quedaría satisfecho el consumidor si se le otorgara el tope máximo de una indemnización por daño directo?

Ahora bien, no todas las entidades de la Administración pública están autorizadas, sino sólo aquellas que cumplen con ciertos requisitos como la habilitación de una norma que les haya concedido dicha facultad, especialización técnica e independencia, así como que sus decisiones sean susceptibles de control judicial amplio y suficiente –que en realidad no constituye un requisito, puesto que las decisiones de todas las administraciones públicas están sometidas a un control judicial posterior-; requisitos con los que, haciendo un símil con nuestra legislación, cumplirían los organismos reguladores y supervisores.

¹¹⁷ Resolución Final N° 222-2001-CPC-INDECOPI.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS CORRECTIVAS Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

3.1. La introducción de las medidas correctivas en nuestro ordenamiento jurídico

Con la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, Ley N° 27311, que introdujo una serie de modificaciones sustantivas y procesales a las normas contenidas en el D.L. N° 716, Ley de Protección al Consumidor, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección al consumidor, la regulación de las llamadas medidas correctivas, que podían consistir en el decomiso y destrucción de mercaderías, clausura temporal, reparación o reposición de productos, devolución de la contraprestación pagada, publicación de avisos rectificatorios o informativos o cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos de una conducta infractora. No obstante, como hemos estudiado en la primera parte de nuestra investigación, estas medidas restitutorias ya habían venido siendo dictadas por autoridades administrativas locales en supuestos de afectación a bienes jurídicos protegidos, originadas de ciertas conductas lesivas de los administrados, incluso desde la época colonial, por los cabildos; aunque, hasta entonces, confundidas con sanciones administrativas.

Estas medidas que históricamente han formado parte de la actividad de policía administrativa sobretodo de las municipalidades,

ampliaron su ámbito de aplicación, pasando a formar parte de las potestades conferidas a unos nuevos organismos públicos descentralizados creados para supervisar diversos sectores económicos y la protección de bienes públicos de uso colectivo y de los derechos que los administrados tengan sobre ellos. Esto, en razón al proceso de transformación del papel del Estado en la economía iniciado en la última década del siglo XX, producto del cual el Estado pasó de ser un gestor a ser un a un Estado regulador¹¹⁸. En el marco del proceso de transformación del Estado al que nos hemos referido, se llevó a cabo la desconcentración de algunas funciones municipales que pasarían a estos los nuevos organismos, como la regulación del mercado que fue asumida por INDECOPI; la liberalización de amplios sectores del mercado, la privatización de numerosas empresas estatales que brindaban servicios públicos y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura a empresas privadas¹¹⁹.

En ese sentido, en noviembre de 1991, marcando el inicio de la participación de los privados en la prestación de los servicios públicos, se promulgó el D.L. 757, “Ley Marco Para el Crecimiento de la Inversión Privada”, norma a partir de la cual, se da el cambio del rol del Estado, que pasaría de ser un *prestador de servicios y gestor de los recursos propios* a ser un *garante* de la calidad de los servicios públicos prestados por empresas privadas, a quienes deberá supervisar¹²⁰, en virtud a lo dispuesto en su artículo 11, que a la letra dice: “el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios”.

Otra novedad que trajo consigo el D.L. 757 fue la introducción en su artículo 52 de la regulación de otra figura afín a las medidas correctivas: las medidas de seguridad a favor del ambiente, cuya

¹¹⁸ MARTÍNEZ VÁSQUEZ, F., “La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación” en *La administración reguladora y supervisora: visión teórica-práctica*, Coordinador ABAD LICERAS, J. M., Dykinson, Madrid 2009, p. 47.

¹¹⁹ DANÓS ORDÓÑEZ, J., “Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución, de controversias y de reclamos de usuarios”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* n° 57, junio de 2004, p. 60 y CASTILLO FREIRE, M. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*, p. 24.

¹²⁰ CASTILLO FREIRE, M., *¿Arbitraje..., cit., p. 24.*

aplicación se restringe sólo a los casos de peligro grave o inminente, consistentes en medidas que limiten el desarrollo de la actividad dañina, procedimientos que desaparezcan o disminuyan el riesgo a un nivel permisible y la suspensión de permisos, licencias o autorizaciones si el daño pudiera ser irreversible.

Como consecuencia del cambio del rol del Estado al que aludimos anteriormente, se crearon organismos reguladores de los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, saneamiento y para las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias)¹²¹; así como otras entidades supervisores de ciertos sectores económicos relevantes como la regulación del mercado y las actividades riesgosas para el bienestar ambiental, que por ser especializados garantizaran el adecuado tratamiento técnico de la regulación, fiscalización y resolución de reclamos de los usuarios, inspirados en los modelos anglosajones de las *Independent regulatory agencies o commissions* estadounidenses¹²² y los *quangos*¹²³ ingleses.

Sin embargo, no todos los organismos técnicos especializados fueron creados al mismo tiempo. Así pues, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual INDECOPI fue creado en noviembre de 1992 para promover en la economía peruana la libre competencia y proteger las diversas formas de propiedad intelectual. El Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL se constituyó mediante el Decreto Legislativo del 05 de Noviembre de 1991. El Organismo Regulador de Agua y Saneamiento SUNASS creado mediante el Decreto Ley N° 25965 el 19 de diciembre de 1992, en el marco de un proceso de reestructuración del sector saneamiento. El Organismo regulador de energía y minas OSINERGMIN creado mediante Ley N° 26734 del 31 de diciembre de 1998 y el organismo regulador de transporte OSITRAN que fue creado mediante la Ley 26917 del 23 de enero de 1998¹²⁴.

“Al [haber sido] creados en diferentes momentos, los organismos reguladores tenían importantes diferencias entre ellos, tanto en funciones

¹²¹ *Ibidem*, p. 24.

¹²² MARTÍNEZ VÁSQUEZ, F., “La Administración independiente...”, cit., p. 31.

¹²³ *Ibidem*, p. 35.

¹²⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, J., *Los Organismos... cit.*, p. 60-61.

como en estructura”¹²⁵. Razón por la cual, en julio del 2000 se promulgó la Ley N° 27332, Ley marco para los organismos reguladores, con el propósito de implementar unas normas básicas que fueran comunes sólo a los organismos reguladores de servicios públicos (dentro de los que la ley incluye a OSIPTEL, OSITRAN, OSIRNEGMIN y SUNASS) en cuanto a sus funciones y a su estructura organizativa¹²⁶.

Estos organismos reguladores sumados a otras entidades supervisoras creadas en diferentes momentos como INDECOPI son organismos públicos técnicos especializados descentralizados y autónomos, adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros¹²⁷, que ostentan potestades de supervisión, fiscalización y control e imposición de sanciones a fin de garantizar el cumplimiento de los fines para los cuales han sido creados.

Al año siguiente, en el 2001 entró en vigencia la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que incluye por primera vez en su artículo 232.1 la facultad general de la Administración Pública de exigir “la reposición de la situación alterada por el [administrado infractor] a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente”.

Hasta entonces, la obligación de restituir las cosas a su estado anterior había sido confundida con las sanciones que anteriormente podían dictarse simultánea o alternativamente. Sin embargo, la Ley 27444 también incluye en su artículo 230 inciso 10 el principio *Non bis in ídem*, regulado como principio de la potestad sancionadora administrativa, por el cual “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento; con lo que se pone en evidencia la naturaleza no sancionadora de la medida restitutoria y surge la necesidad de buscar una nueva categoría jurídica propia del Derecho Administrativo en la cual pudiera enmarcarse dicha obligación restitutoria.

¹²⁵ CASTILLO FREIRE, M., *¿Arbitraje... cit.*, p. 25.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹²⁷ Los organismos supervisores pueden estar adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros como INDECOPI, o a un Ministerio específico como la Superintendencia del Mercado de Valores que está adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas.

Asimismo, habilitados de manera general por la Ley 27444, los distintos organismos reguladores¹²⁸ (tales como OSINERGMIN, SUNASS, OSIPTEL, OSITRAN) y otros organismos supervisores como INDECOPI o la Superintendencia nacional de Banca y Seguros SBS han implementado en sus reglamentos el uso de medidas de policía administrativa para el restablecimiento de la legalidad ante una conducta contraria al ordenamiento jurídico, las cuales vienen siendo utilizadas cada vez con más frecuencia para obligar al administrado infractor a revertir los efectos negativos que su actuar ha creado en perjuicio del interés público, pues la sanción por sí misma no basta para cumplir con las competencias específicas que ostentan, ya que no cesan las actividades dañosas ni revierten sus efectos.

Sin embargo, la regulación y consecuente aplicación de la medida restitutoria se ha dado de manera progresiva en el ámbito de los diferentes organismos reguladores y supervisores, debido, en buena parte, a la falta de una regulación específica de los alcances y características de esta figura en el marco de la LPAG.

Al respecto, una de las sentencias más importantes que versa sobre medidas correctivas fue dada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N°1963-2006-PA/TC (Caso Ferretería Salvador S.R.L.), cuya importancia radica en que reafirma la facultad que ostenta INDECOPI, de dictar “medidas complementarias” en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado como la medida de cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios, porque negarle dicha facultad sería negarle capacidad real para hacer prevalecer los fines constitucionalmente protegidos que le han sido encomendados¹²⁹.

¹²⁸ En España, la legislación acerca de organismos técnicos especializados no es uniforme. La doctrina y la jurisprudencia se refieren a estos organismos como administraciones independientes. Estas administraciones independientes pueden ser agencias sectoriales u organismos reguladores y supervisores, o agencias multisectoriales. Se llama organismos reguladores a todos los organismos que regulan y supervisan determinados sectores económicos esenciales, a diferencia de los que sucede en nuestra legislación. Vid. ABAD LICERAS, J. M., “El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español” en *La Administración reguladora y supervisora*, Dykinson, Madrid 2009, *cit.*, pp. 65-75.

¹²⁹ STC recaída en el Expediente N° 1963-2006 de fecha 5 de abril de 2006, f. j. 22.

A partir del pronunciamiento del TC, INDECOPI y otros organismos supervisores y reguladores incrementaron el dictado de medidas correctivas en el marco de sus funciones, dilucidando algunas de sus características a través de sus resoluciones, pero sin que existiera un tratamiento uniforme en la aplicación de estas medidas.

El año 2010 entró en vigencia la Ley N° 29571, Código de Defensa y Protección del Consumidor, que en un intento, en nuestra opinión fallido, de esclarecer la naturaleza de las llamadas medidas correctivas, amplió su regulación, distinguiéndolas en medidas reparadoras y complementarias, de las cuales, las medidas reparadoras, a pesar de que la norma específicamente afirme que no tienen naturaleza indemnizatoria, están configuradas de tal manera que se hace difícil su distinción con las indemnizaciones, especialmente con el contenido de la reparación civil por daño emergente.

Con el fin de facilitar la comprensión y en consecuencia la correcta aplicación de las medidas correctivas, en el año 2013 la OEFA emitió Los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22° de la ley N° 29325- Ley del sistema nacional de evaluación y fiscalización ambiental¹³⁰, que es la primera norma específica para la aplicación de este figura jurídica. Esta norma autoriza a la OEFA a dictar medidas correctivas a partir de una infracción que puede generarse de un daño real o potencial al medio ambiente. Diferencia a las medidas correctivas de otras figuras afines y ofrece una clasificación de las mismas en medidas de adecuación, medidas de paralización, medidas de restauración y medidas de compensación ambiental, clasificación que nos parece más acertada que la ofrecida anteriormente por INDECOPI.

En resumen, la liberalización de amplios sectores del mercado, la privatización de las empresas públicas y la entrega de concesiones de servicios públicos, el Estado pasó de ser el encargado de explotar los recursos propios y prestar servicios públicos a ser un garante de la conservación de los bienes públicos y de la calidad de los servicios públicos a cargo de empresas privadas. Para ello se crearon distintos organismos técnicos especializados, dentro de cuyas potestades se

¹³⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD. “Los Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas”.

encuentra el dictado de medidas correctivas en el marco de sus funciones de supervisión de los diversos sectores económicos y salvaguarda de los bienes públicos de uso colectivo y derechos de los ciudadanos sobre ellos, que pudieran resultar dañados por dichos sectores económicos y de los derechos que los administrados tuvieren sobre los mismos.

3.2. Análisis comparativo con otras figuras jurídicas en el Ordenamiento Jurídico Peruano

3.2.1. Medidas correctivas y sanciones administrativas

Aunque históricamente nuestra legislación confundía las medidas correctivas con las sanciones, e incluso alguna legislación más antigua sobre la materia aún consigna el decomiso, clausura de establecimientos y otras medidas correctivas como sanciones¹³¹; lo cierto es que no lo son, puesto que no reprimen una conducta tipificada.

La doctrina es unánime en manifestar que la medida correctiva no posee una naturaleza sancionadora, dado que le es ajena la finalidad aflictiva¹³². Sin embargo, en la práctica la delimitación de ambas figuras jurídicas puede ser confusa, ya que en muchas ocasiones “un mismo acto de gravamen, como por ejemplo el comiso de bienes, la clausura de instalaciones o establecimientos, suspensión de actividades, pueden ser aplicadas sobre un administrado como sanción, como medidas correctivas, como medida provisional o como medida de seguridad, según sea el contexto y la finalidad perseguida¹³³. Razón por la cual, creemos que es necesario que establecer un criterio para su distinción.

¹³¹ Como por ejemplo la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades que precisa en su artículo 46 que “[l]as sanciones que aplique la autoridad municipal podrán ser las de multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos y otras”.

¹³² MORÓN URBINA, J., “Los actos medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. *RDA n° 9*, febrero 2011, pp. 135-157; No obstante, en una posición minoritaria JUAN ESPINOZA opina que las medidas correctivas son verdaderas sanciones administrativas. *Cfr.* ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta jurídica, Lima 2002.

¹³³ MORÓN URBINA, J. “Los actos medida...*cit.*”, p. 140.

Ciertamente, aunque el sólo constreñimiento del infractor a restablecer la legalidad conculcada ya le causaría un perjuicio económico, para ser calificado como sanción, es preciso que “el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un *mal añadido* al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. (...)El carácter de castigo criminal o administrativo sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente”¹³⁴.

En cuanto al aspecto formal, el presupuesto necesario de una sanción, es la comisión de una infracción. Existe un requisito de tipicidad para las sanciones, no establecido para las medidas correctivas, puesto que éstas responden a la afectación causada por un administrado supervisado, el mismo que puede derivarse tanto de la comisión de una infracción propiamente dicha, como de un incumplimiento a la normativa sectorial que rige su actividad, ya que su finalidad principal es revertir el daño causado.

Así acertadamente se ha regulado en el artículo 23° del Reglamento de fiscalización, infracciones y sanciones de OSIPTEL que “[l]as medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos y que no se encuentre tipificada como una infracción administrativa”¹³⁵. De la misma manera, ha regulado el tema el art. 13 del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de la Prestación de Servicios de Saneamiento, donde se establece que la SUNASS se encuentra facultada a imponer medidas correctivas, entre otros, en el siguiente supuesto: “13.1.1 Cuando en el ejercicio de sus funciones supervisoras, los órganos competentes detecten *incumplimiento de obligaciones* por parte de las EPS”¹³⁶.

¹³⁴ V. V. A. A. Diccionario de sanciones administrativas, Iustel, Madrid 2005, p.171.

¹³⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL. Reglamento de fiscalización, infracciones y sanciones de OSIPTEL.

¹³⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 015-2004-SUNASS-CD. Reglamento de Supervisión y Fiscalización de la Prestación de Servicios de Saneamiento.

Esta disposición no requiere que dicho incumplimiento deba configurarse como infracción en sentido estricto. Por lo que, a diferencia de las sanciones, el solo incumplimiento de un deber por parte de la empresa supervisada dará lugar a una medida correctiva, en cuanto cause una afectación en los derechos de los usuarios y no únicamente las infracciones propiamente dichas.

Sin embargo, no toda la legislación que versa sobre medidas correctivas se pronuncia en el mismo sentido. Así tenemos que la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor requiere la comisión de una infracción como requisito para la aplicación de medidas correctivas¹³⁷.

3.2.2. Medidas correctivas y medidas provisionales o cautelares

Las llamadas medidas provisionales son dictadas en el marco de un procedimiento administrativo con el fin de asegurar el cumplimiento de la resolución final, prevenir un daño que pudiera causarse del incumplimiento del supervisado o evitar que éste se siga produciendo.

En ese sentido, son de carácter preventivo, excepcional, instrumental y provisional, ya que su finalidad es asegurar el cumplimiento de la posterior resolución administrativa, a diferencia de las medidas correctivas que como ya hemos visto son medidas *a posteriori*, independientes y de inmediata ejecución.

En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran reguladas en el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, del que se desprende que podrán dictarse una vez que se haya iniciado el procedimiento administrativo, sólo se dictarán en caso que existiera la posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir, para lo cual deberán contar con suficientes elementos de juicio y motivar adecuadamente su decisión, las mismas que caducan una vez que se dicta la resolución que pone fin al procedimiento, resolución que podría disponer la aplicación de medidas correctivas al caso concreto.

¹³⁷ Art. 114 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

No obstante, muchas veces coinciden en su contenido, sobretodo cuando se trata de medidas que ordenan el cese de la actividad, decomiso o cierre temporal del establecimiento, que pueden tener el mismo efecto que la medida correctiva a dictarse al final del procedimiento administrativo, con la única diferencia que las medidas provisionales son de naturaleza temporal.

En ese sentido, las medidas provisionales adoptadas podrán variarse en razón de las circunstancias de las que la autoridad conociere, a diferencia de las medidas correctivas que al término de la vía administrativa se consideran medidas definitivas y sólo impugnables en vía judicial.

Otra diferencia entre ambas medidas, es el carácter excepcional de las medidas provisionales, por el cual no se podrán dictar medidas provisionales que fueren muy gravosas de modo que puedan causar un perjuicio de imposible o difícil reparación a los administrados supervisados a quienes les sean impuestas, limitándose a la conservación de la situación actual para evitar que se siga vulnerando el interés público; a diferencia de las medidas correctivas que restituyen lo dañado a la situación anterior a su afectación a costa del administrado supervisado sin ninguna otra limitación que la magnitud del daño sufrido.

Son equivalentes a las medidas provisionales reguladas en la legislación española que estudiamos con la diferencia que en nuestra legislación no se ha regulado la figura de las medidas provisionalísimas; lo que podría originar que algunas veces se dicten “medidas correctivas” que en realidad son medidas provisionales para cesar la afectación y asegurar que a futuro la ejecución de la resolución administrativa; toda vez que las medidas correctivas, a diferencia de las provisionales sí pueden ser dictadas fuera del procedimiento administrativo.

3.2.3. Medidas correctivas y medidas de seguridad

Estas medidas son equivalentes a las medidas de carácter preventivo e independiente previstas en la legislación española que estudiamos con anterioridad.

Las medidas de seguridad constituyen un supuesto especial de actos administrativos autorizados en razón a la existencia de un inminente riesgo para las personas en su vida, salud o seguridad.

Estas medidas son, al igual que las medidas correctivas, decisiones administrativas de inmediata ejecución; sin embargo, a diferencia de ellas sólo se aplican cuando se constatan situaciones de peligro para la salud, vida o medio ambiente con independencia de que éstas se hayan o no originado a partir de la actuación de un supervisor. Las medidas de seguridad son independientes, no necesitan el inicio previo de un procedimiento administrativo sancionador o de apercibimiento, pues consisten en la reacción frente a un hecho y no a conductas de personas¹³⁸. Sin embargo, en algunos organismos reguladores éstas pueden ser dictadas en el marco de procedimientos sancionadores, lo cual ha traído confusión en cuanto a su naturaleza. Así han sido recogidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN que en su artículo 18 regula las llamadas medidas de seguridad, que “se imponen únicamente en razón de la falta de seguridad pública constatada por el órgano competente de OSINERGMIN, que pone en inminente peligro o grave riesgo la vida, la salud de las personas o el medio ambiente, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño¹³⁹”.

¹³⁸ MORÓN URBINA, “Los actos- medida..., *cit.*, p. 145.

¹³⁹ Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas N° 233-2009-OS-CD, Reglamento del procedimiento administrativo sancionador de OSINERGMIN.

CAPÍTULO IV

LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

4.1. ¿Son las medidas correctivas complementarias a las sanciones?

Como explicábamos en un acápite anterior, las medidas correctivas no son sanciones. Sin embargo, lo que aún no es del todo claro es si existe entre ambas una interdependencia necesaria de tal suerte que para que exista una medida correctiva deba haber un procedimiento sancionador, y más aún, una sanción administrativa.

Huapaya Tapia opina que las medidas correctivas “pueden ser expedidas como un acto complementario o un acto accesorio a la sanción administrativa¹⁴⁰”, posición que ha sido recogida por nuestra legislación en el acápite II, 3, 1.4 de los Lineamientos para la aplicación de las Medidas Correctivas dictado por la OEFA que las concibe como “[m]edidas accesorias a la sanción administrativa que van más allá de la finalidad meramente punitiva”.

Sin embargo, discrepamos con dicha opinión, pues si bien las medidas correctivas se originan de un incumplimiento de la norma administrativa que puede constituir o no una infracción y son dictadas, en su mayoría, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, esto “no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental,

¹⁴⁰ HUAPAYA TAPIA, R., *Administración pública, derecho administrativo y regulación: estudios y cuestiones*, Ara editores, Lima 2011, p. 56.

concentrando en un solo procedimiento el haz o conjunto de decisiones derivables de aquel acto de alteración; de ahí por tanto que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la decisión de imponer la obligación de demoler lo indebidamente realizado¹⁴¹”. Es más, pueden ser dictadas en una visita inspectiva en la que personal de fiscalización corrobore la afectación generada por la comisión de la infracción por parte del supervisado. Razones por la que consideramos, que son independientes y compatibles con la imposición de la sanción que procediera. Así lo ha manifestado la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)¹⁴²:

“La aplicación de medidas correctivas al final del procedimiento, como complemento de una sanción, es una posibilidad que la SUNASS puede considerar al momento de resolver un procedimiento administrativo sancionador, con el fin de restablecer, una situación anterior. No obstante, *no debe interpretarse que las medidas correctivas sólo pueden imponerse siempre que acompañen como complemento a las sanciones administraciones.*

La Gerencia General se encuentra facultada a dictar medidas, sin condicionar la imposición de las referidas medidas al inicio o conclusión de un procedimiento administrativo sancionador.

En ese sentido, *la aplicación de medidas correctivas es totalmente independiente de cualquier procedimiento sancionador o de cualquier sanción que se imponga dentro de dichos procedimientos, bastando para su imposición, que se verifique el incumplimiento de obligaciones por parte de (EMAPICA S.A.), de acuerdo con lo estipulado en el numeral 13.1.1 del artículo 13° del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de la Prestación de Servicios de Saneamiento, tal como se ha producido en el presente procedimiento*”¹⁴³.

¹⁴¹ REBOLLO PUIG, M., *Derecho Administrativo Sancionador*. Lex Nova, Valladolid 2010. p. 68.

¹⁴² Así también en materia de relaciones laborales, la Ley General de Inspección de trabajo, Ley N° 28806, en su artículo 5 permite a los inspectores de trabajo, una vez terminadas las diligencias, la adopción de medidas correctivas, tales como ordenar al sujeto inspeccionado la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, entre otras.

¹⁴³ Resolución de Consejo Directivo N° 063-2006-SUNASS-CD, f. j. 4.7.

Por lo expuesto, al menos en nuestra opinión, éstas medidas no son complementarias a las sanciones y por tanto no derivan de la potestad sancionadora de la administración.

4.2. ¿Las medidas correctivas tienen naturaleza indemnizatoria? Límites entre las medidas correctivas en vía administrativa y la reparación civil en el Código de Consumo.

Pese a que el Código de Consumo dicta expresamente que las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria, la principal dificultad que presentó su aplicación fue diferenciarlas con las indemnizaciones. Esto a causa de la desafortunada redacción de los artículos referidos a las medidas correctivas¹⁴⁴ de la citada norma, que lejos de esclarecer su naturaleza la han confundido aún más, clasificándolas en reparadoras y compensatorias. Así como del hecho de que la misma norma pretenda restringir la discrecionalidad del juez, ordenando que el monto a que ascienda la medida correctiva a que se obligue a pagar el proveedor deba restarse de las indemnizaciones que el juez otorgare, en caso de que el consumidor hubiere acudido al Poder Judicial, de la misma manera en que sucede en Argentina respecto a las indemnizaciones por el daño directo dictadas en vía administrativa. Razones que nos llevan a preguntarnos si las medidas correctivas son o no equiparables a la reparación civil.

Dar respuesta a la interrogante planteada no es una mera cuestión dogmática, como podría pensarse sino que tiene una importante implicancia en la práctica pues, si respondiéramos afirmando la naturaleza indemnizatoria de las medidas correctivas, su aplicación en vía administrativa estaría viciada de inconstitucionalidad, ya que estaría vulnerando el principio de separación de poderes contemplado en nuestra Constitución Política.

Al respecto, creemos que no se trata de medidas de naturaleza indemnizatoria. Primero, porque históricamente ambas figuras se han originado de supuestos de afectación a bienes jurídicos de distinta naturaleza y cada cual se ha configurado en un ámbito diferente del Derecho. Las medidas correctivas tienen sus antecedentes en los interdictos de *publicis locis* prohibitorios y restitutorios, dictadas en vía

¹⁴⁴ Arts. 114-116 de la Ley 29571.

administrativa, que sólo buscaban proteger el *status quo*, restaurando el bien jurídico público afectado a la situación anterior a su vulneración; mientras que las indemnizaciones han tenido su origen en la búsqueda del resarcimiento de un daño causado por un ciudadano a otro, que ya había producido efectos negativos sin que existiese la posibilidad de revertirlo, que si bien en un principio estuvieron ligadas al ámbito penal, considerándose el daño como un delito privado, posteriormente fueron acertadamente anclándose en el ámbito del derecho civil.

En ese sentido, ambas tienen un origen diferente, las medidas correctivas se originan de un incumplimiento en la normativa administrativa, por lo que la responsabilidad administrativa del proveedor o supervisor en los casos que se derive de un incumplimiento de la norma que regula su actividad será siempre objetiva. En cambio, la responsabilidad civil se origina de una intromisión de una persona en la esfera jurídica del otro en la que le produce un daño, que bien podría haberse causado incluso cumpliendo con la normativa vigente.

Téngase en cuenta además que el bien jurídico afectado en la reparación civil es, un interés privado pues, se trata de resarcir un daño infringido al afectado, por parte de otro que irrumpe en su esfera jurídica, mientras que, si bien es cierto que en las medidas correctivas, en especial en las reparadoras, también se afecta un interés privado, éste es protegido en tanto que coexiste con un interés público y sólo en la medida en que puede restablecer la situación alterada originada del incumplimiento de una norma administrativa.

De la afirmación anterior podría objetarse que se dicte una medida correctiva que beneficia directamente a un consumidor, sin embargo esto no sería correcto porque es de interés público que se proteja los derechos de los consumidores frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran frente a los proveedores, derivada de la asimetría existente entre ambos. Esto debido a que las afectaciones a los derechos de los consumidores repercuten directamente en el ejercicio del bien jurídico protegido, en este caso la libre competencia en el mercado que el Estado garantiza.

Por tanto, las medidas reparadoras satisfacen un interés privado en tanto que revierten el daño causado en el consumidor, sin embargo, lo hacen protegiendo un interés colectivo que ha coincidido con la

afectación de los derechos de un consumidor determinado en un caso en concreto. Lo mismo sucede cuando un usuario se encuentra frente a un privado que presta un servicio público. Existe una cualificación del sujeto al que se aplica la medida correctiva, por lo que el Estado espera que éste cumpla con ciertos deberes que no exige al ciudadano común, en tanto le ha dado en concesión la prestación del servicio que brinda; contrariamente a lo que sucede en la responsabilidad civil en la que el deber de indemnizar surge de los actos del demandado en perjuicio de la víctima, de los que podemos inferir que en las indemnizaciones existe un elemento culposo del que las medidas correctivas carecen.

Si bien la responsabilidad civil puede configurarse como responsabilidad objetiva, la mayoría de supuestos de este tipo de responsabilidad regulados en el Código Civil, han nacido siendo supuestos de la responsabilidad subjetiva, basada en la culpa y que con el transcurrir del tiempo han cambiado de significado¹⁴⁵. Razón por la cual, podemos afirmar que mientras que la responsabilidad administrativa del proveedor derivada de un incumplimiento de la norma o infracción es siempre objetiva, la responsabilidad civil, desde su configuración ha contado con un elemento subjetivo.

Desde una perspectiva teleológica, las medidas correctivas buscan restituir las cosas al estado anterior a su afectación, mientras que las indemnizaciones buscan el resarcimiento. Pero ¿existe alguna diferencia entre ambos conceptos?

Según la RAE, restituir (del latín *restituere*), tiene tres acepciones:

1. Volver algo a quien lo tenía antes.
2. Restablecer o poner algo en el estado que antes tenía.
3. Dicho de una persona: Volver al lugar de donde había salido.

De las cuales, la segunda es la que más se corresponde con el contenido de las medidas correctivas que pretendemos examinar.

Mientras que, resarcir, (del latín *resarcire*) significa indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio.

¹⁴⁵ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho...*, cit., p. 97.

Aunque, en principio ambos conceptos resultan parecidos, al examinarlos detenidamente, podemos advertir que restituir se limita únicamente a regresar algo a como estaba antes, mientras resarcir abarca la restitución de lo dañado, pero va más allá pues contempla la posibilidad de que la situación no pueda revertirse y abarca una compensación no sólo por el daño sino también por todos las consecuencias que hubiere traído consigo. Por lo que las medidas correctivas no pueden consideradas indemnizaciones, ya que no resarcen el daño que se haya podido causar al consumidor, sino que se limitan únicamente a reponer lo que fue afectado en la medida que sea posible hacerlo.

4.3. Medidas correctivas y potestad fiscalizadora

De lo expuesto, tenemos claro que las medidas correctivas ni son sanciones, ni dependen de la potestad sancionadora de la Administración¹⁴⁶, ni mucho menos pueden ser equiparables a las indemnizaciones.

MORÓN URBINA las define como “órdenes y mandatos acto administrativo de gravamen a través del cual se manifestaba el poder de policía ostentado por las autoridades administrativas para imponer una conducta determinada”¹⁴⁷, con lo que nos queda claro que forman parte de la actividad de policía administrativa, a la que pertenecen la potestad sancionadora y la potestad fiscalizadora de la Administración Pública. Lo que nos lleva a pensar, al igual que MORÓN URBINA que las medidas correctivas pertenecerían a ésta última potestad de la Administración Pública.

Refuerza nuestra postura el hecho de que la constatación de la comisión de una infracción en las diligencias de inspección por parte de funcionarios de los organismos supervisores ha sido suficiente para la aplicación de las medidas correctivas¹⁴⁸, pues “aun cuando se suele considerar la potestad inspectora como una facultad de policía preventiva, lo cierto es que la actuación inspectora no se limita a una

¹⁴⁶ En ese sentido, la expresión medida correctiva ha sido mal utilizada por la Resolución N° 0104-2006-ED, Reglamento Interno de trabajo del Ministerio de Educación, que al hablar de medidas correctivas hace alusión a medidas disciplinarias.

¹⁴⁷ MORÓN URBINA, J, “Los actos- medida...”, *cit.*, pp. 140-141.

¹⁴⁸ REBOLLO PUIG, M., *Derecho...*, *cit.*, p.530.

mera función de vigilancia orientada a prevenir riesgos y daños, sino que debe activar y, en su caso adoptar los mecanismos de reacción previstos en el ordenamiento contra la transgresión de la legalidad administrativa y, sobre todo, de restablecimiento del orden perturbado¹⁴⁹”.

Por ello, a diferencia de lo que podría pensarse a priori, las medidas correctivas no pertenecen al ejercicio de la potestad sancionadora, sino precisamente a la actividad de inspección, fiscalización o supervisión¹⁵⁰.

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., “*La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*”, Granada 2002, p. 23.

¹⁵⁰ MORÓN URBINA, J, “Los actos- medida...”, *cit.*, p. 141.

CAPÍTULO V

RÉGIMEN APLICABLE

La legislación pertinente a la aplicación de las medidas correctivas no se ha desarrollado de manera uniforme entre los distintos organismos supervisores. No obstante, intentaremos dar un alcance de las características generales de esta figura.

5.1. Requisitos para su adopción

Como requisitos para la adopción de las medidas correctivas tenemos los siguientes:

1. Norma habilitante. Para que una Administración Pública pueda dictar medidas correctivas debe existir una norma habilitante, obstáculo salvado por el mandato general contemplado en el art. 231 de la LPAG que autoriza a las Administraciones Públicas a ordenar la restitución de la situación que hubiere resultado afectada por la comisión de una infracción.
No obstante, creemos que la potestad de dictar medidas correctivas le corresponde a los organismos técnicos especializados y municipalidades que ostentan la potestad de supervisar y fiscalizar agentes económicos y no a todas las administraciones públicas, por lo que, desde nuestro punto de vista sería necesario que la facultad de dictar medidas correctivas sea concedida por ley como parte de sus funciones a los organismos reguladores y supervisores, pudiendo ser reglamentadas posteriormente sin exceder los términos de la ley que rige su actuación.

2. Supuesto de infracción. En cuanto al supuesto de infracción este no debe entenderse en sentido estricto como en el Derecho Administrativo Sancionador, sino que es toda conducta de acción u omisión que se traduzca en un incumplimiento de sus deberes por parte del supervisado que pueda causar en el ámbito del consumidor, usuario o bien público protegido, un daño o afectación.
3. La generación de un daño concreto o potencial, derivado del incumplimiento o infracción del supervisado.

5.2. Características de las medidas correctivas

Siguiendo a CASTILLO BLANCO¹⁵¹ y a CARRERA SCHABAUER¹⁵², podemos afirmar que son características de las medidas correctivas las siguientes:

1. Son medidas limitativas de derechos.
2. Son medidas típicas incardinadas en la competencia de los organismos que ostentan la potestad fiscalizadora como los organismos técnicos especializados y municipalidades.
3. Son medidas de protección *a posteriori* para contrarrestar los efectos negativos de una vulneración ya producida, ya que su adopción siempre tiene como presupuesto de hecho un incumplimiento a una determinada norma sectorial que puede llegar o no a calificarse como una infracción administrativa.
4. Son medidas declarativas del régimen jurídico sustantivo infringido, limitadas por eso mismo a restablecer la situación indebidamente alterada.
5. Son medidas, cuyo alcance tiene un límite intrínseco: el restablecimiento de la situación alterada. Razón por la cual, la autoridad administrativa no podría dictar una medida correctiva excediendo el límite propio de la afectación causado¹⁵³.

¹⁵¹ CASTILLO BLANCO, F., *Régimen... cit.*, pp. 71-84.

¹⁵² CARRERAS SCHABAUER, N. "Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú". *Derecho PUCP*, p. 67.

¹⁵³ De modo que no debería establecerse un límite cuantitativo en la valoración económica de las medidas correctivas reparadoras, como lo hizo, en su afán de diferenciar las medidas correctivas de las indemnizaciones, la Resolución Final de la Comisión de Protección al consumidor N° 222-2001-CPC, que revocó una medida correctiva a favor de la afectada en la que se ordenaba a una Inmobiliaria proceda a

6. Son medidas independientes, aunque con una inevitable conexión con la adopción de medidas sancionadoras que eventualmente se produzcan, por lo que su aplicación es perfectamente compatible con el dictado de una sanción administrativa sin que por ello se infrinja o padezca el principio de *non bis in ídem*.
7. Las resoluciones finales que ordenan medidas correctivas gozan de la ejecutividad de todo acto administrativo. Ante el incumplimiento de las medidas correctivas por parte del administrado infractor, el organismo regulador o supervisor que las dicta tiene la potestad de imponer multas coercitivas. En materia de protección al consumidor, sólo las medidas correctivas reparadoras a favor del consumidor, constituyen títulos de ejecución cuando causan estado, en virtud de los cuales el consumidor tiene el derecho de exigir en la vía judicial el cumplimiento de la medida correctiva otorgada a su favor¹⁵⁴.
8. A las medidas correctivas no les resultan aplicables los principios de la potestad sancionadora. Tampoco su existencia y ejecución están sujetas al plazo prescriptorio de las sanciones, y pueden aplicarse y ejecutarse aunque la sanción se extinguiera por cualquier causa¹⁵⁵.

5.3. Tipos de medidas correctivas

La doctrina ha considerado como medidas correctivas típicas a las siguientes:

- Comiso o incautación definitiva de los objetos empleados para la comisión de la infracción,
- Cierre o clausura de establecimientos,
- Imposición de mandatos u órdenes de dar, hacer o no hacer,
- Inhabilitaciones (cuando la situación lo amerita en función a las circunstancias personales del administrado),
- Destrucción o demolición de bienes u obras realizadas en infracción,

devolverle US\$ 40.000 Dólares americanos que había pagado por concepto de adelanto para adquirir un inmueble que finalmente fue adjudicado a otro propietario, instando a la afectada a que acudiera al Poder Judicial en razón a la cuantía.

¹⁵⁴ Arts. 115.6 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor y 688 del Código Procesal Civil.

¹⁵⁵ MORÓN URBINA, J. “Los actos- medida..., *cit.*, p.

- Deber de reposición y resarcimiento¹⁵⁶.

Las mismas que el Código de Protección y Defensa del Consumidor clasificó en medidas reparadoras como reparar el producto, devolver el dinero gastado, pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa y otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores; y las medidas complementarias como el decomiso, cierre de establecimiento y otras similares¹⁵⁷. Sin embargo, encontramos que las medidas reparadoras, si bien tienen la ventaja de abarcar gran cantidad de supuestos y de contar con una lista *numerus apertus* de medidas a aplicar a fin de favorecer al consumidor, no delimitan correctamente el contenido de dichas medidas.

Por lo que, dicha clasificación que pretendía esclarecer el contenido de las medidas correctivas, en conjunto con el artículo 115.7 que establece en el caso que un consumidor acudiera al Poder Judicial para ser indemnizado “se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa”; termina atenuando aún más las diferencias entre las medidas correctivas y la reparación civil¹⁵⁸.

Con posterioridad a la clasificación ofrecida en el Código de Consumo, la OEFA emitió los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas¹⁵⁹”, documento en el cual nos ofrece una clasificación, más acertada desde nuestro punto de vista, de las medidas correctivas, a las que divide en:

1. Medidas de adecuación, aquellas que al originarse en infracciones menores, su única finalidad es que el agente supervisado introduzca algunos cambios en la realización de su actividad que le permitan revertir los efectos negativos de su incumplimiento y adecuarse a los estándares contemplados en la norma; como podría ser, por ejemplo una capacitación a los trabajadores de una MYPE en

¹⁵⁶ HUAPAYA TAPIA, R. *Administración pública...*, cit., p.55.

¹⁵⁷ Artículos 114-116 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

¹⁵⁸ BACA ONETO, V. *Protección al consumidor*. INDECOPI, Lima 2013, p. 73.

¹⁵⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD.

materia de protección al consumidor para que faciliten al consumidor el acceso al libro de reclamaciones.

2. Medidas de paralización, aquellas que buscan el cese inmediato de la afectación para evitar que los efectos negativos de la misma se perpetúen en el tiempo, como puede ser el cierre temporal del establecimiento.
3. Medidas de restauración, aquellas en las que se ordena revertir la situación al estado anterior a la afectación, erradicando los efectos negativos de la misma y reparando el daño. Por ejemplo en el caso en que un proveedor venda un producto defectuoso a un consumidor, que al conectarlo al tomacorriente en su casa, produce un corto circuito; una medida correctiva podría abarcar el cambio del producto por otro en buen estado y la reparación de los circuitos eléctricos dañados.
4. Medidas de compensación, aquellas en las que se parte del supuesto en que no se puede restablecer la situación al mismo estado anterior en el que se encontraba antes de la afectación, pero en la que sí es factible que el infractor reduzca los efectos negativos que produjo y cree una situación alternativa similar a la que no es factible de restitución. Como sería el caso en que un proveedor vende un producto defectuoso a un consumidor, quien le solicita el cambio de ese producto por uno en buen estado, y finalmente no puede cambiárselo porque su fabricación se discontinuó, lo que puede hacer es otorgarle en compensación otro producto que aunque tenga distintas características tenga una función similar.

No obstante la clasificación presentada, todas las medidas correctivas comparten la misma naturaleza restitutoria, pues buscan restablecer a su estado anterior la situación alterada.

CONCLUSIONES

1. Las medidas correctivas, históricamente se han desarrollado en el ámbito de las actividades de policía, cuyos antecedentes en el Derecho Romano son los interdictos de *publicis locis* prohibitorios y restitutorios para la protección de intereses públicos. Las indemnizaciones, por su parte, en un principio fueron consideradas como consecuencia de un delito privado y que posteriormente pasarían a regularse por el Derecho Civil.
2. Con la caída del Imperio Romano, en países como España que heredaron muchas figuras jurídicas pertenecientes al Derecho Romano dentro de las cuales se dictaron medidas reparadoras, pero confundidas con las sanciones especialmente en el ámbito de la defensa de los bienes públicos, competencia del ayuntamiento.
3. Con la conquista del Perú por parte de los españoles, éstos últimos trajeron sus instituciones al Perú, dentro las cuales el cabildo ha tenido especial importancia y en el marco del cual se dictaron medidas de policía administrativa que posteriormente fueron evolucionando. Los cabildos se transformaron en municipalidades, que continuaron dictando medidas correctivas, todavía como parte de la potestad sancionadora de la Administración.
4. Debido a un cambio en el rol del Estado, que dejó de ser prestador de servicios para convertirse en un garante de los mismos, las medidas correctivas extendieron su ámbito de aplicación a la actividad inspectora de los organismos técnicos especializados.

5. Las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria, sino que forman parte de la potestad pública de inspección de la Administración en su vertiente correctora.
6. Son medidas independientes del procedimiento sancionador, aunque a menudo puedan dictarse en el marco de los mismos, debido a una cuestión de economía procesal, por lo que no le serán aplicables los mismos principios del derecho sancionador, sino los principios generales del Derecho Administrativo.
7. Consideramos que sería necesario una modificatoria del artículo 115 inciso 7 del Código de Consumo que dispone que se descuenta automáticamente el monto de la medida correctiva de la indemnización que otorgare el juez al consumidor en la vía judicial, porque consideramos que vulnera la discrecionalidad del juez, a quien, sus funciones obligan a evaluar todas las circunstancias del hecho a la hora de dictar el monto de la indemnización, como el esfuerzo del proveedor por reponer la situación alterada a su estado anterior, sin que sea necesaria la existencia de dicha disposición.
8. Asimismo, nos parece que debe optarse por la clasificación de las medidas correctivas que han regulado los Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas, dictados por la OEFA, ya que la clasificación ofrecida por el Código de Consumo, lejos de esclarecer sus límites los confunde.
9. El límite del monto patrimonial de las medidas correctivas debe estar marcado únicamente por el monto equivalente a la reposición perseguida.
10. Creemos necesario que los organismos reguladores tengan una regulación general uniforme respecto a las medidas correctivas, a partir de la cual cada organismo supervisor con facultades para dictarlas puedan dotar de ciertas características especiales en razón a su especialidad técnica.

BIBLIOGRAFÍA

V. V. A. A. *Diccionario de sanciones administrativas*. Iustel, Madrid 2010.

ABAD LICERAS, J. M. “El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español” en *La administración reguladora y supervisora: visión teórica-práctica*, Dykinson, Madrid 2009.

ALBURQUEQUE SACRISTÁN, J. M. y RUÍZ PINO, S. “Algunas notas referentes a la experiencia administrativa romana de protección de los recursos naturales”, en *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (comp.), Dykinson, Madrid 2011.

ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M. *La protección o defensa del uso colectivo de la cosas de dominio público: Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Dykinson, Madrid 2002.

ALZAMORA VALDEZ, M. *Derecho Municipal*, Editorial y Distribuidora de Libros, Lima 1985.

BACA ONETO, V. *Protección al Consumidor*, INDECOPI, Lima 2013.

- CANALES, M. y MIRÓ, M. “¿Cuidado consumidor! si el monto de la medida correctiva que solicitas es elevado... te esperamos en el poder judicial”, *Diálogo con la Jurisprudencia* n° 50, Año 8, noviembre 2002, pp. 113-232.
- CALONGE, V. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada 2007.
- CARRERAS SCHAUBER, N. “Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú”, *Derecho PUCP* n° 67, Lima 2011, pp.487-509.
- CASTILLO FREYRE, M. y SABROSO MINAYA, R. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*, Palestra, Lima 2001.
- CASINO RUBIO, M. La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía: comentarios a la STS del 2 de febrero de 1998, artículo 2060, *Revista de estudios de la administración local y autónoma REALA*, 283, fecha, 571-, 1998.
- CASTILLO BLANCO, F. Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico autorizante. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2006.
- COPPER, M. A. *Evolución del pensamiento jurídico. Estudio comparado del pretor romano y el juez inglés*, UNMSM, Lima 1967.
- CARRANZA TORRES, L. R. y OSCAR ROSSI, J. Derechos del consumidor: derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios, Alveroni Ediciones, Córdoba 2009.
- DANOS ORDÓÑEZ, J. “Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución, de controversias y de reclamos de usuarios”. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* n° 57, junio de 2004, pp. 59-94.
- D’ORS, A. *Derecho Privado Romano*, 9° ed., Pamplona 1997.
- El Libro de Cabildos de la Ciudad del Cuzco. LAURA GONZÁLEZ PUJANA (ed.), Lima 1982.

- ESPINOZA, J. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica, Lima 2002.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*. Civitas, Madrid 2011.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Comares. Granada 2002.
- FERRAN PONS, C. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons: ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid 2001.
- FISHER, J., *Gobierno y Sociedad en el Perú Colonial. El régimen de las intendencias: 1784-1814*, PUCP, Lima 1981.
- FONT I LLOVET, T. “La Protección del Dominio Público en la Formación del Derecho administrativo Español: Potestad Sancionadora y Resarcimiento de daños” en *RAP*, n° 123, septiembre- diciembre 1990.
- GARRIDO FALLA, F. *Tratado de derecho administrativo. Parte General: Conclusión*. (Vol. II), Tecnos, Madrid 2006.
- GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES Í. *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Thomson-Aranzadi, Navarra 2010.
- HUAPAYA TAPIA, R. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación: Estudios y Cuestiones*, Ara editores, Lima 2011.
- Libro de Cabildos de Lima. Libro Primero, descifrados y anotados por BERTRAM T. LEE, Impresores Torres Aguirre San Marti Cía. SA. Lima, 1955.
- Libros de Cabildos de Lima Libro XV años (1606-1609), descifrado y anotado por DON JUAN BROMLEY. Impresores Torres Aguirre. Vol. XV, Lima 1947.

- MARTÍNEZ VÁSQUEZ, F. “La Administración independiente: definición, naturaleza, encuadramiento sistemático y regulación” en *La administración reguladora y supervisora: visión teórica-práctica*, Coordinador ABAD LICERAS, J. M., Dykinson, Madrid 2009.
- MELGAR CÓRDOVA, E. “Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador”. *Revista de derecho administrativo CDA*, n° 2, pp. 274,
- MORÓN URBINA, J. *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, Lima, 2011.
- MORÓN URBINA, J. Los actos medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*, n° 9, febrero 2011, pp. 135-157.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España, 2da ed., Boletín Oficial del Estado. Madrid 1992.
- ORTELIS, M. *Las medidas cautelares en derecho de la competencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- ROBLES, J. R. *Magistrados, jueces y árbitros en Roma. Competencia civil y evolución*, Dykinson, Madrid 2009.
- REBOLLO PUIG, M. *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid 2010.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. “Responsabilidad por daños en bienes públicos: *indemnitati rei publicae satisfacere debere*” en ALFONSO MURILLO VILLAR (coord.) *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*. Coordinador. Universidad de Burgos, Burgos 2001, pp. 683-696.
- TERRAZAS PONCE, J. D. “La tutela jurídica del agua en el Derecho Romano”. *Revista Chilena de Derecho*, 39, vol. 2, agosto 2012, pp. 371 – 409.

TRIGO REPRESAS, F. A. “La Responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor” en *Cuestiones Modernas de Derecho Civil*, JUAN CARLOS PALMERO(Comp.), Advocatus, Córdoba 2011, pp. 342-364.

TRISCIUOGLIO, A. “Consideraciones generales sobre la tutela de las *res publicae* y de sus usos en la experiencia romana”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia un Derecho Administrativo y fiscal Romano*, Dykinson, Madrid 2011.

Índice de Fuentes

I. Fuentes Jurídicas

A. CORPUS IURIS CIVILIS

Digesta

43, 23, 1.15.

43, 23, 2.

43, 23, 3.

43, 8, 2, 20.

43. 8, 2, 31.

43, 8, 2, 35.

43, 8, 2, 37-38.

43. 8. 2, 29.

43, 8, 2, 9.

47, 10, 13, 7.

47. 11.1.1.

B. DERECHO CASTELLANO

Novísima Recopilación de las Leyes de España

7.24.14.

7.24.16.

7.35.7.

7.35.8.

C. DERECHO INDIANO

Recopilación de las leyes de indias

4.16.1

4.17.15

Legislación Peruana

D.S. N° 183	Procedimientos que observarán en las oficinas públicas, de fecha 25 de enero 1957.
D.S. N° 0006-67-SC	Reglamento de normas generales de procedimientos administrativos, de fecha 24 de diciembre de 1992.
D.L. N° 26111	Ley de normas generales de procedimientos administrativos, de fecha de publicación 28 de diciembre de 1992.
D.S. N° 002-94-JUS	Texto único ordenado de la ley de normas generales de procedimientos administrativos publicada el 20 de abril de 1996.
Ley 23853	Ley orgánica de municipalidades, publicada el 09 de junio de 1984.
D.L. 757	Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, publicada el 13 de noviembre de 1991.
D.L. N° 25965	Ley de la superintendencia nacional de servicios de saneamiento, de fecha 19 de diciembre de 1992.
Ley N° 26734	Ley del Organismo supervisor de inversión en energía – OSINERG, de fecha 31 de diciembre de 1996.
Ley N° 27332	Ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, ley publicada el 29 de julio de 2000.

Ley N° 27444	Ley de procedimiento administrativo general, de fecha de publicación 10 de abril de 2001.
Ley N° 27311	Ley de fortalecimiento del sistema de protección al consumidor, de fecha 19 de julio del 2000.
Ley N° 29571	Código de protección y defensa del consumidor, a los 14 de agosto de 2010.
Ley N° 29325	Ley del sistema nacional de evaluación y fiscalización ambiental de fecha 04 de marzo del 2009.
Ley N° 27699	Ley complementaria de fortalecimiento institucional del organismo supervisor de la inversión en energía (OSINERG), publicada en el diario oficial el peruano el 16 marzo del 2002.

Legislación Extranjera

Legislación Española

Constitución Española de 1978.

Ley 30/92,	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común del 26 de noviembre de 1992.
Ley 9/1999	Ley de la comunidad autónoma de Canarias de Ordenación del Territorio de Canarias del 13 de mayo de 1999.
Ley 1/1995	Ley de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia del 8 de marzo 1995.
Ley 1/1995	Ley de Protección Ambiental de la Comunidad Autónoma de Galicia del 02 de enero de 1995.
Ley 3/1998	Ley General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco del 27 de febrero de 1998
Ley 26/1984	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del 19 de julio de 1984.
Ley 14/1986	Ley General de Sanidad del 25 de abril de 1986.

Legislación Argentina

Ley N° 26.993

Sistema de Resolución de Conflictos en las relaciones de consumo; de fecha 17 de septiembre de 2014.

Ley 24.240

Ley de Defensa del consumidor; de fecha 13 de octubre de 1993.

Sentencias y Resoluciones utilizadas

STC recaída en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC del 05 de diciembre de 2006.

STSE del 2 de febrero de 1998.

Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, publicada el 25 de marzo de 2013, “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas”.

Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada el 17 de septiembre de 2013.

Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 233-2009-OS-CD, publicada el 11 de diciembre de 2009, “Reglamento del procedimiento administrativo sancionador de OSINERGMIN”.

Resolución de consejo Directivo N° 015-2004-SUNASS-CD, publicada el 13 de junio de 2004, “Reglamento de Supervisión y Fiscalización de la Prestación de Servicios de Saneamiento”.

Resolución de Consejo Directivo N° 063-2006-SUNASS-CD, publicada el 26 de diciembre de 2004.

Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, publicada el 4 de julio de 2013, “Reglamento de fiscalización, infracciones y sanciones de OSIPTEL”.

Resolución Final de la Comisión de Protección al consumidor N° 222-2001-CPC.