

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

¿Debe agotarse la vía administrativa para acceder a la
tutela jurisdiccional en el derecho del consumidor?, mejor
dejemos que decidan los consumidores

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Autor:

Alex Orlando García Lavado

Asesor:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Solórzano Solórzano Raúl Roy, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado “¿Debe agotarse la vía administrativa para acceder a la tutela jurisdiccional en el derecho del consumidor?, mejor dejemos que decidan los consumidores”, del/de la autor(a) Garcia Lavado Alex Orlando, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de abril del 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Solórzano Solórzano Raúl Roy</u>	
DNI: 09998199	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3580-7109	



Quisieron encontrar la luz al final del túnel, pero nunca llegaron a tiempo, algunos lo intentaron, otros se resignaron y prefirieron contemplar como otros aún tenían la esperanza de salir de aquella oscuridad, y los que llegaron salir, consideraron que no valió la pena tanto esfuerzo, pues ya no encontraron lo que en un inicio esperaban alcanzar. Quizás hubiera sido mejor quedarse atrapado.

RESUMEN

La atención oportuna e inmediata de los reclamos en las relaciones de consumo, dio lugar a la creación de un mecanismo de solución de reclamos alternativo a la tutela jurisdiccional, dado que la vía ordinaria, debido al tráfico jurídico procesal, no garantizaba una pronta solución a los derechos conculcados de los consumidores. No obstante, la posibilidad que las resoluciones del Tribunal del Indecopi sean revisadas por un juez judicial, más allá de garantizar la autonomía e independencia con la que serán juzgados las partes, impiden acceder a una auténtica tutela efectiva.

En todo caso, dejemos que el consumidor decida en qué vía ejercerá su acción defensiva, pero exigir agotar la vía administrativa, para transitar por la vía ordinaria, vulnera el derecho de acceder a una tutela efectiva, ello si consideramos que para llegar a la tutela jurisdiccional debemos acudir al Indecopi. En ese sentido, si por un lado, la decisión determinante y definitiva la tiene la tutela jurisdiccional, exigir transitar por la vía administrativa constituye una barrera de acceso a la justicia. Por el contrario, si revestimos de mayor utilidad e importancia a la tutela administrativa, no será necesario la vía ordinaria. En ese sentido, dejemos que compitan ambas vías, ya que cuentan con las mismas garantías del debido proceso. Solo así estaremos ante un derecho eficiente y predecible, pues en la medida que se desburocratice la tutela jurisdiccional, habrá menos reclamos frustrados que no pudieron llegar a la última instancia debido al costo de transacción que ello implica.

Palabras clave

Tutela jurisdiccional, Agotamiento de la vía administrativa, Tutela efectiva, Atención oportuna de los reclamos.

ABSTRACT

Timely and immediate attention to claims in consumer relations is undoubtedly one of the concerns that motivated the creation of an alternative claims resolution mechanism to judicial protection, which is designed within the protective horizon established in the article. 65° of our Constitution, since the ordinary way due to the procedural legal traffic, would not guarantee a prompt solution to the rights violated in consumer relations. Under this scenario, the possibility that the resolutions of the Indecopi Court are reviewed by a judicial judge, beyond guaranteeing the autonomy and independence with which they will be judged, prevent access to an authentic effective protection. This, if we start from the premise that the same guarantees of due process developed in the ordinary way will be those guarantees with which the final resolutions will be issued.

In any case, we let the consumer decide in which way he will exercise his defensive action, but demanding to exhaust the administrative route, to transit through the ordinary route, violates the right to access effective protection, this if we consider that to reach the protection jurisdiction we must go to Indecopi. In this sense, if on the one hand, the decisive and definitive decision is held by the jurisdictional guardianship, demanding to go through the administrative route constitutes a barrier to access to justice. On the contrary, if we make administrative protection more useful and important, the ordinary route will not be necessary. In that sense, let both ways compete, since they have the same guarantees of due process. Only then will we be faced with an efficient and predictable law, because to the extent that judicial protection becomes less bureaucratic, there will be fewer frustrated claims that could not reach the last instance due to the transaction cost that this implies.

Keywords

Jurisdictional guardianship, exhaustion of administrative remedies, effective guardianship, timely attention to claims.

ÍNDICE

Introducción	6
CAPÍTULO I	8
LA MONOPOLIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	8
1.1. El Sistema jurídico peruano.....	8
1.2. Doctrina de plena jurisdicción.....	9
1.3. La tutela jurisdiccional diferenciada	10
1.4. Deficiencias de la tutela administrativa que ofrece el Indecopi	12
1.5. Derechos que se vulneran en una tutela concentrada	14
1.6. Indecopi como órgano constitucional autónomo e independiente desde una propuesta normativa	15
CAPÍTULO II	17
DEFICIENCIAS DE UNA SISTEMA JURÍDICO CONCENTRADO	17
2.1 Dogmas de un sistema jurídico monopolizado	17
2.2. Hacia una tutela efectiva (fortalecimiento del mecanismo de solución de reclamos)....	21
2.2.1. Facultad de indemnización.....	21
2.2.2. Implementación del recurso de revisión.....	22
2.2.3. Facultad de ejercer control difuso	23
CAPÍTULO III	25
LA AUTÉNTICA TUTELA EFECTIVA	25
3.1. Concurrencia de vías paralelas.....	25
3.2. La revisión de las resoluciones administrativas	29
3.3. La exigencia de agotar la vía administrativa	30
CONCLUSIONES	33
RECOMENDACIONES	34
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	35

Introducción

Nuestro sistema jurídico se encuentra diseñado de tal forma que para alcanzar una tutela jurisdiccional, se exija agotar la vía administrativa. Sin embargo, ello ha llevado que se cuestione judicialmente las resoluciones finales del Tribunal del Indecopi, generando un tráfico jurídico procesal en la vía ordinaria, pues se cree erróneamente que para alcanzar una auténtica tutela efectiva se debe monopolizar la administración de justicia. Vemos así que la plena jurisdiccional se alimenta de dicha percepción, ya que considera que no puede quedar exenta de control la función administrativa, en tanto que cuenta con exorbitantes poderes, que exige, que un juez controle la legalidad de sus actuaciones.

Ello sin duda, nos lleva a preguntarnos ¿por qué exigir al consumidor agotar una vía previa?, si para satisfacer su pleno interés legítimo, acceder a una tutela jurisdiccional le resulta indispensable, dado las limitaciones funcionales de la autoridad del consumidor para resolver, y las deficiencias que el sistema repara a costa del perjuicio de éste, lo cual veremos en los siguientes capítulos con mayor detalle. En tanto que, exigir al consumidor canalizar sus reclamos ante el Indecopi, cuando en ella no se logra satisfacer plenamente los intereses legítimamente reclamados, impide a éstos acceder directamente a una tutela jurisdiccional efectiva.

Por otro lado, si realmente queremos un sistema jurídico que importe verdaderamente en la eficiencia y que trascienda en un estado social de derecho para alcanzar la paz social en justicia, alcanzar una tutela efectiva no debe exigir agotar vías previas, pues concentrar la administración de justicia constituye un grave error, dado que al tiempo de tramitar los reclamos, muchos de los que esperan ser resueltos con prontitud habrán terminado por desaparecer el interés de satisfacer legítimamente esos derechos conculcados.

Dejar que se libere un mecanismo de tutela alternativo a la tutela jurisdiccional, a efectos que compita con su antecesor, nos llevará a mejorar cada vez el mecanismo de solución de conflictos, que por excelencia debe oponerse ante las otras, solo así habremos de tener una solución inmediata a los reclamos de los consumidores, que es donde se circunscribe nuestro campo de investigación.

Que si bien, puede postularse para otras materias, la limitación del tema nos lleva a centrar nuestras ideas en el derecho de los consumidores que ven frustrado su acción defensiva en un mecanismo deficiente, por la que tendrán que transitar, si realmente quisieran obtener de su decisión una verdadera tutela efectiva, en tanto que no habrá otro tribunal que se pronuncie por encima de la que ya dirimió su caso con calidad de cosa juzgada.



CAPÍTULO I

LA MONOPOLIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1.1. El Sistema jurídico peruano

El Sistema jurídico peruano está diseñado para que la función administrativa se encuentre subyugada a la decisión de la función jurisdiccional, bajo ese horizonte la Constitución Política del Perú se ha preocupado en señalar que la resolución administrativa es susceptible de ser impugnada en el contencioso administrativo¹. Todo ello porque nuestra legislación recoge la Doctrina de la plena jurisdicción que profesa que, para alcanzar una tutela efectiva, las decisiones gubernamentales no pueden estar exentas de control y que además es indispensable que sea revisado por otro que no sea un tribunal ejecutivo, de ser el caso por un tribunal judicial². Debido a la separación y división de poderes que garantizaría la autonomía e independencia con la que sus ciudadanos deberán ser juzgados.

Es así que, para incoar un proceso en el contencioso administrativo, cuando se trate de infracciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor se exija como regla general haber transitado por el Tribunal del Indecopi por contar con competencia primaria para resolver los reclamos de consumo³.

Como podrá notar el lector, la administración de justicia en el Perú se encuentra diseñada para transitar por la vía administrativa, cuando de tratarse fuera una actuación de la administración pública para acceder a una tutela jurisdiccional, de tal forma que se exige haber agotado la vía administrativa⁴, concentrando los procesos en la función jurisdiccional - como si no existiera altos costos de transacción-. Dicho de otro modo,

¹ Véase artículo 148° de la Constitución Política del Perú de 1993.

² Véase artículo 1° de Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584

³ Véase artículo 105 del Código de Protección y Defensa del Consumidor

⁴ Véase artículo 19° de la Contencioso Administrativo

creando un monopolio legal para acceder a la justicia⁵. Sin embargo, es de esperarse, que a pesar que la resolución impugnada es tramitada sin efecto suspensivo⁶, llegar alcanzar una seguridad jurídica es imposible hasta que no se adquiriera la calidad de cosa juzgada⁷.

1.2. Doctrina de plena jurisdicción

Como se tiene desarrollado por la Doctrina de plena jurisdicción, las decisiones de los órganos ejecutivos, más aún cuando involucren sanciones, presupone ser revisadas por un órgano jurisdiccional a efectos de garantizar el derecho al acceso a una tutela efectiva que garantice la independencia e imparcialidad del tribunal con la que es juzgado, haciendo énfasis en lo regulado en el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que al pie señala: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley” (1950).

Es así, que el control de las decisiones gubernamentales mediante un Tribunal independiente e imparcial es indiscutible, profesando que, de ser juzgado, debe garantizarse principios procesales mínimos que se enmarca en un proceso equitativo, como bien lo explica Moreno:

De este modo se consagra el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial en un proceso equitativo, siempre que se trate de un asunto de naturaleza “civil” o se sea objeto de una “acusación penal”. El TEDH considera que desde el punto de vista del Convenio tienen naturaleza “penal” todas aquellas medidas que, aunque aplicadas por la Administración sean a la vez represivas y

⁵ Véase artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁶ Véase artículo 24° de Texto Único Ordenado de la Ley N°27584, en concordancia con el artículo 226.5 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Decreto Supremo N°004-2019-JUS

⁷ Véase artículo 123° del Código Procesal Civil

preventivas, siempre que estén dirigidas al conjunto de los ciudadanos. (2008, p.324)

En suma, el deber de ofrecer un proceso equitativo, también trasciende en la vía administrativa, pero pensar que aquella solo puede ser atendida en un Tribunal judicial, no es del todo correcto, pues tal exigencia debe garantizarse sin que sea necesario transitar por la vía judicial.

Como lo señala el profesor Huapaya si bien: “La idea del proceso administrativo descansa en la finalidad de control del Estado sobre la administración pública, a través del Poder Judicial.” (2019, p. 31), porque se considera que la administración pública ostenta potestades administrativas tan amplias que requieren ser controladas (lo cual no lo negamos), pero, lo cierto es que tal percepción que se desarrolla en una línea de pensamiento de separación y división de poderes que genera la sensación de garantizar la independencia e imparcialidad de los tribunales, se encuentra arraigada a monopolizar la administración de justicia. En tanto, que construir un ordenamiento jurídico bajo esos preceptos, dilata los procesos de manera ostentosa e innecesaria. En todo caso, dejemos que los Tribunales judiciales canalicen los reclamos en el caso de los consumidores, y eliminemos los tribunales administrativos como instancia primaria, ya que, en ellas, no se logrará alcanzar una tutela efectiva.

1.3. La tutela jurisdiccional diferenciada

Como señalan Monroy y Monroy (s.f.) en una sociedad donde se exige una tutela efectiva que procure una solución inmediata debido a los nuevos derechos contemporáneos que por su naturaleza postulan a una atención rápida, en tanto que cuando ello no suceda, se habrá perdido el interés por satisfacerla, estaremos frente a un daño irreparable (166-177). Dado que el tiempo en que se resuelva el conflicto resulta apremiante para alcanzar una tutela efectiva, es indispensable que exista alternativas a la tutela jurisdiccional ordinaria.

Nótese que la necesidad de ofrecer una tutela efectiva nos conduce a rediseñar el proceso para no demorar en resolver un caso, pero

lamentablemente en un país arraigado a idolatrar la ley⁸, en un sistema positivista, es normal que se concentre la administración de justicia en la función jurisdiccional, en vez de diversificarla. Quizás por ello, en aquellos países que han monopolizado su sistema de administrar justicia, sientan que una división y separación de poderes pueda garantizar la imparcialidad e independencia del juzgador, lo cual ciertamente están equivocados. Solo cuando exista una tutela jurisdiccional alternativa sin subordinación que compita por la confianza de sus ciudadanos en restablecer la justicia, es claro que no existirá una administración de justicia tardía, deficiente como la que tenemos.

Como señalan Monroy y Monroy (s.f.) el Sistema jurídico peruano se caracteriza por contar con una tutela diferenciada conservadora que impone un proceso cognitivo como único medio para solucionar los conflictos, pero en cierta forma establece distintos procesos a su interior, ya sea por una cuestión de cuantía o materia, que reduzca los plazos procesales, y que, de existir procesos ejecutivos, estos se encuentren sujetos a ser revisados por el juez (178-179).

Aquel dogma de concentrar los procesos ejecutivos en la función jurisdiccional hace que la tutela jurisdiccional se encuentre saturada, sea deficiente y exista demasiada carga procesal. Ante tal problema, el legislador ha preferido desviar la atención en los Tribunales administrativos. Sin embargo, no se han preocupado en que las mismas sean eficientes, pues no reparan que retornen aquellos que no estén conformes con lo resuelto, concentrando nuevamente la administración de justicia en perjuicio de sus ciudadanos, ya que solo aquellos que pudieron resistir una travesía tan larga habrán de encontrar el camino que los ilumina de justicia.

La preocupación por alcanzar una atención a los reclamos en el derecho del consumidor - como se tiene dicho - ha obligado a crearse un tribunal administrativo- sin embargo, en la medida que sus decisiones sean susceptibles de ser revisadas por un juez, habremos acabado con su

⁸ “Civil Law es una categoría que resume la preferencia de la ley escrita” (Eizaguirre, 2012 p. 544).

eficiencia, más aún si limitado a lo que entendemos por tutela efectiva, se exija agotar la instancia administrativa, nos encontramos sin duda ante una barrera de acceso a la verdadera tutela que se pinta de eficiente en un sistema jurídico que se preocupa más por una separación y división de poderes que por la propia efectividad de su proceso. Cuando en realidad el poder no se divide sino las funciones de esta como bien lo señala Ferrero (1993)

Sin embargo, la expresión división de poderes no es precisa ni menos exacta. El poder es único, por lo cual lo que se divide no es el poder, sino más bien las funciones del poder. El propósito es que todos los órganos del Estado no ejerzan a la misma vez en forma solidaria, indivisa, todas las funciones sino que, por el contrario, cada una de las funciones típicas sea ejercida por el órgano especializado competente para ello (p.88)

Ello explica porque el poder ejecutivo realiza funciones legislativas al reglamentar una ley o a través de sus tribunales administrativos ejercen funciones judiciales al revisar sus propios actos administrativos, habida cuenta que existe una división de poderes plenamente identificables.

Empero, si el derecho administrativo se justificara en agotar la vía administrativa para llegar al contencioso administrativo, habremos sucumbido a una tutela degradante, pernicioso y obstruccionista, en la medida que dejará de ser un mecanismo de solución de reclamos, para ser considerado como una vía previa para acceder a una tutela jurisdiccional efectiva.

1.4. Deficiencias de la tutela administrativa que ofrece el Indecopi

La tutela administrativa que ofrece Indecopi a través de su procedimiento administrativo sancionador, cuenta con serias y graves deficiencias, puesto que el consumidor no ve una solución real a sus problemas, si por ejemplo pretende solicitar una indemnización como consecuencia de la infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor, tendrá que acudir a la tutela jurisdiccional, sin duda, uno de los rezagos que nos deja la tutela

diferenciada conservadora, impide acceder a una auténtica tutela en la vía que se ha dispuesto como competencia primaria. Se resta de facultades a la autoridad administrativa, relegando el interés legítimo de satisfacción de los derechos conculcados por los proveedores, dado el tiempo de tramitación del proceso que no repara en solucionar el conflicto puesto a debate.

Como señala López (2006):

Si estos reclamos son de poco valor, usualmente se incurrirá en costos de acceso al Poder Judicial, con lo cual es más factible acudir a una vía administrativa alterna, por ser mucho menos costosa; sin embargo, esto sólo se reflejará en denuncias que no impliquen un valor patrimonial muy elevado. Lo ideal, sería otorgar mayor validez a la actuación administrativa en sede judicial, o establecer un mecanismo que le proporcione un mérito mayor a los medios probatorios actuados en el proceso administrativo; para efectos de lograr un mejor reconocimiento y acreditación de los detrimentos patrimoniales sufridos por causa de la conducta del proveedor. (pp. 524, 525)

No se trata del hecho de establecer una vía previa, si representa un mayor costo cuando se quiera acceder a una tutela efectiva, por no contar con las garantías de un debido proceso que den mérito a satisfacer plenamente las expectativas de un consumidor, si para ello se tenga que acceder al Poder Judicial.

Lo ideal como sugiere el autor citado, es dar mayor validez al procedimiento que se ha diseñado para atender inmediatamente los reclamos de los consumidores, ya sea ampliando las etapas probatorias y las facultades resolutorias de la autoridad administrativa, para no desgastar su intervención y desaparecer el estado de necesidad de recurrir a una tutela jurisdiccional, sin descuidar aquellos reclamos que debido a su escasa cuantía o poco trascendencia conflictiva, por más mínimo que sea, puedan encontrar una plena satisfacción, de lo que sea de su acción defensiva.

1.5. Derechos que se vulneran en una tutela concentrada

El literal g) del artículo 1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor precisa que los consumidores tienen derecho acceder a una protección mediante procedimientos eficaces, rápidos, y menos costosos, en ese horizonte es que se crea el mecanismo de solución de reclamos, dando lugar a un tribunal administrativo, para atender sus reclamos, a efectos de alcanzar una tutela efectiva. No obstante, las resoluciones que podría emitir el Tribunal del Indecopi pueden ser impugnadas en el contencioso administrativo, pues en ella no se alcanza una satisfacción plena de los derechos legítimamente reclamados, más aún si sus facultades resolutorias son limitadas. Asimismo, es importante señalar que tal exigencia de crear un mecanismo de solución de reclamos de manera alternativa a la función jurisdiccional descansa en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú con el objetivo que se desprende de su interpretación canalizar la acción defensiva del consumidor mediante un procedimiento eficiente, dando pie a una tutela alternativa a lo que conocemos como procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte la Sala Especializada en Protección al Consumidor en su fundamento (15) de la Resolución N°0376-2015/SPC-INDECOPI, en observancia al artículo 65° de la Constitución enfatiza que el procedimiento administrativo sancionador seguido ante el Indecopi es el medio para canalizar la acción punitiva del Estado ante la vulneración de normas que protegen al consumidor. Bajo ese criterio, creemos que el mecanismo de solución de reclamos, es el medio para controlar las actuaciones de los agentes económicos en una relación de consumo, lo cual presupone establecer las reglas procedimentales para garantizar el debido procedimiento, y expresar en sus resoluciones el derecho de acceder una tutela efectiva.

1.6. Indecopi como órgano constitucional autónomo e independiente desde una propuesta normativa

Actualmente se tiene como proyecto de Ley que reconoce la autonomía constitucional del Indecopi, Proyecto de Ley N°6919/2020-CR, presentado al Congreso de la República el 13 de enero de 2021 a iniciativa de la parlamentaria Zenaida Solís Gutiérrez e integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Morado. Buscando blindar al Indecopi de toda injerencia política, e intereses empresariales, que podrían poner en cuestionamiento el adecuado cumplimiento de sus funciones, dado la importancia de las tareas asignada de acuerdo con el artículo 2° del Decreto Legislativo N°1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, tales como:

- La protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa
- La defensa de la libre y leal competencia
- Corregir las distorsiones en el mercado como las prácticas de dumping y subsidios
- La protección de los derechos de los consumidores
- La eliminación de barreras comerciales no arancelarias
- La protección del crédito mediante la conducción de un sistema concursal
- La protección de los derechos de la propiedad intelectual

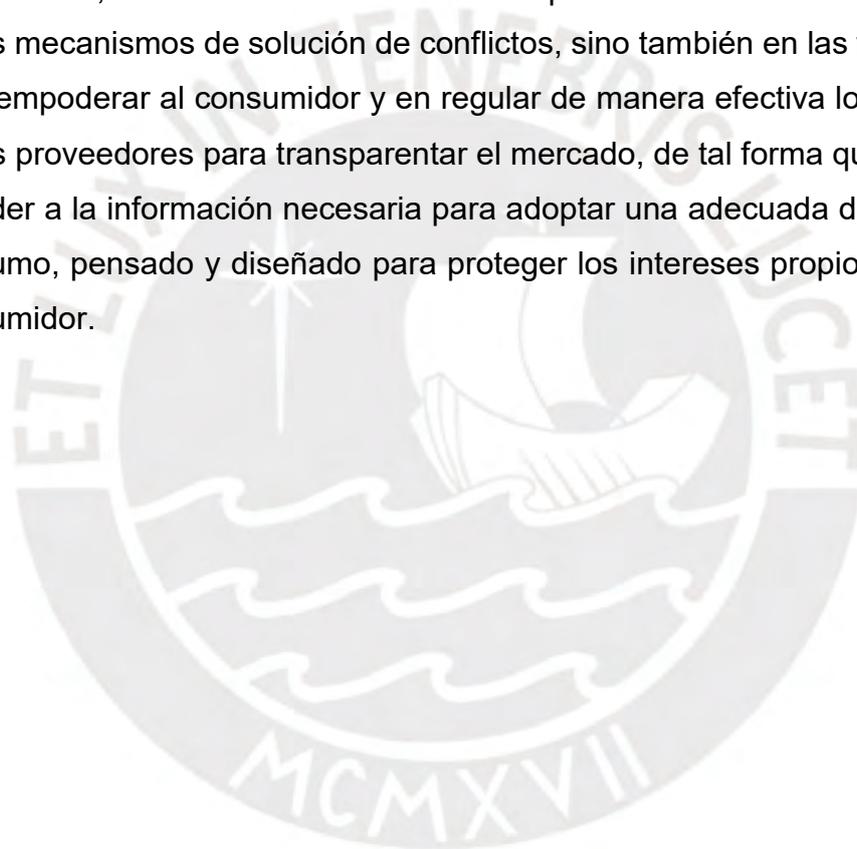
Que se encuentran estrechamente vinculado con “los derechos fundamentales y la parte económica de la Constitución”⁹

Proponiéndose que los integrantes del Concejo Directivo del Indecopi sean designados mediante concurso público a cargo de un Comité Evaluador presidido por el Defensor del Pueblo, y conformado por el presidente del Congreso de la República, el presidente del Consejo de Ministros, el Presidente del Banco Central de Reserva y el Controlador General de la

⁹ Véase del proyecto de ley, p. 09

República, a efectos de dotar una mayor autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Si lo que se quiere en verdad es alcanzar una auténtica protección especial hacia los consumidores, dotar al Indecopi como órgano constitucional autónomo e independiente, no basta, sino revistiéndolo con facultades resolutivas amplias y necesarias para atender los reclamos de manera rápida, menos costosas, con procedimientos sencillos, previsible, y con pronunciamientos predictivos que orienten el mercado frente a una relación de consumo, a la luz de un derecho tuitivo que no solo debe estar presente en los mecanismos de solución de conflictos, sino también en las facultades para empoderar al consumidor y en regular de manera efectiva los deberes de los proveedores para transparentar el mercado, de tal forma que permita acceder a la información necesaria para adoptar una adecuada decisión de consumo, pensado y diseñado para proteger los intereses propios de cada consumidor.



CAPÍTULO II

DEFICIENCIAS DE UNA SISTEMA JURÍDICO CONCENTRADO

2.1 Dogmas de un sistema jurídico monopolizado

En un mundo donde los preceptos legales se encuentran sistemáticamente organizados bajo el control y jerarquía de la Constitución¹⁰, estigmatizar a *prima facie* que la tutela jurisdiccional ofrece mayores garantías procesales, que la administrativa, cuando dirimir un caso se trate, es desconocer que los principios del debido proceso no sean aplicables en la vía administrativa¹¹, y que en todo caso existe una indefensión procesal del administrado al verse limitado a acceder a una tutela efectiva, ya sea por las escasas garantías procesales con las que opera el sistema o por el espurio razonamiento lógico de sus pronunciamientos, le obliga acudir ante un juez Hércules¹² – omnicompreensivo – que interioriza los alcances de otras disciplinas, que alimenta su posición más allá de la ley, dando sentido a la seguridad jurídica que debe reflejarse en toda actuación del Estado.

En el caso que nos convoca, si bien se parte de la premisa que el mecanismo de solución de reclamos que ofrece el Indecopi fue concebido especialmente para brindar una atención inmediata y oportuna a los reclamos de los consumidores, dado la celeridad con la que se tramitaría las denuncias administrativas en los órganos resolutivos del Indecopi, pero mientras se establezca que las resoluciones finales del Tribunal del Indecopi sean susceptibles de ser impugnados en el contencioso administrativo, no se habrá alcanzado una tutela efectiva, pues para ello, agotar la vía administrativa es indispensable tal regulación, sin duda ha llevado a monopolizar la

¹⁰ Véase artículo 51° Constitución Política del Perú, 1993.

¹¹ Véase los fundamentos 43 y 48, respectivamente del Expediente 0023-2005-AI/TC.

¹² En la construcción de aquel heroico juez Hércules, Dworkin (2007) desarrolla que en vez de proceder a razonar de dentro hacia fuera, el juez debe operar de fuera para dentro, para de encontrar soluciones generales sean aplicadas a los casos que se les propone y ser consecuente con sus decisiones, analizando las diferentes disciplinas que se involucren en la misma, como: la metafísica, la epistemología, la ética, la moral incluyendo sobre todo la moralidad política, es decir unificar su criterio de solución con los alcances o conocimientos perfeccionados por otras especialidades, de este modo explicar porque estaría justificado pensar de una determinada forma para alcanzar la justicia y equidad.

administración de justicia que por imperio de la Constitución¹³ se ha otorgado esas facultades al Poder Judicial, saturando la administración de justicia, con la carga procesal que queda por resolverse, siendo al 19 de enero de 2021 tres millones seiscientos trece mil doscientos ocho (3,613208) procesos por resolverse, solo entre el período de enero de 2020 a enero de 2021, tal como se muestra en el siguiente cuadro estadístico:

Tabla 1

PODER JUDICIAL: CARGA PROCESAL Y PROCESOS RESUELTOS TRÁMITE Y EJECUCIÓN, POR ÓRGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD
Período: Enero - Diciembre 2020

Actualizado al 19 de enero del 2021

Órgano Jurisdiccional / Especialidad	Nº Dependencias al 31/12/2020	Pendientes al 01/01/2020 (A)	Ingresados (B)	Carga Procesal (C = A+B)	Procesos Resueltos
Salas Superiores	232	97 573	92 836	190 409	103 095
Civil	54	23 176	27 520	50 696	32 704
Constitucional	2	1 938	1 986	3 924	3 062
Contencioso Administrativo	8	12 212	4 059	16 271	6 112
Extinción de Dominio	3	256	31	287	58
Familia	2	762	807	1 569	857
Laboral	44	24 612	34 417	59 029	36 300
Mixto	21	8 529	7 629	16 158	7 830
Penal	98	26 088	16 387	42 475	16 172
Juzgados Especializados y Mixtos	1 797	1 569 894	662 960	2 232 854	725 471
Civil	271	284 470	89 193	373 663	102 436
Constitucional	14	16 648	6 116	22 764	5 679
Contencioso Administrativo	26	29 248	6 020	35 268	7 849
Extinción de Dominio	22	3 759	165	3 924	1 250
Familia	248	322 324	271 409	593 733	264 366
Laboral	195	296 984	85 986	382 970	80 481
Mixto	149	136 042	61 501	197 543	63 732
Penal	869	477 423	141 986	619 409	199 185
Tránsito	3	2 996	584	3 580	493
Juzgados de Paz letrados	626	936 073	253 872	1 189 945	265 797
Total	2 655	2 603 540	1 009 668	3 613 208	1 094 363

Nota: La variable Ingresados no incluye los procesos provenientes de otra dependencia

Fuente: Sistema Integrado Judicial (SIJ) / Formulario Estadístico Electrónico (FEE)

Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub - Gerencia de Estadística

(Poder Judicial, 2021, p. 28)

Y si nos remitimos al contencioso administrativo se tiene treinta y cinco mil doscientos sesenta y ocho (35268) casos por resolverse, y solo siete mil ochocientos treinta casos resueltos, lo cual representa de alguna forma el tiempo que podría demorar una tutela jurisdiccional en resolver una demanda

¹³ Véase artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993

en lo contencioso administrativo, ya que de una lectura de los datos estadísticos que arroja la tabla es que por año solo se estaría avanzando en resolver aproximadamente ocho mil (8000), sumado a ello, agotar una vía previa de la que podría demorar aproximadamente un año a dos teniendo en cuenta la materia, cuantía y los plazos legales de tramitación en el Indecopi, sin duda, afectaría gravemente las expectativas de un consumidor de llegar a accionar ante el contencioso administrativo.

Asimismo, la Resolución Administrativa N°206-2012-CE-PJ que dispone crear diversos órganos jurisdiccionales en la Corte Superior de Justicia de Lima, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, publicado en el diario "El Peruano" el 27 de octubre de 2012, que debido a la carga procesal para esa fecha referido a la impugnación de decisiones del Indecopi superaban los 2,500 expedientes, lo cual dio lugar a la creación de tres (3) juzgados con dicha sub especialidad, asumiendo la carga en tenor a lo dispuesto los Juzgados Vigésimo Cuarto, Vigésimo Quinto y Vigésimo Sexto Especializado en lo Contencioso Administrativo, muy a parte de lo que sería sobre asuntos referidos a cuestiones tributarias y aduaneras que al ser superior a los 3,000 expedientes se haya dispuesto la creación de seis (6) juzgados especializados. Además de ello la creación de una (1) Sala Superior para temas exclusivos del Indecopi, creándose la Octava Sala Superior Especializado en lo Contencioso Administrativo y dos (2) para temas relacionados a temas tributarios y aduanero.

Y a partir del 1 de agosto de 2016, mediante Resolución Administrativa N°159-2016-CE-PJ, se amplía la competencia funcional de vigésimo tercero, vigésimo cuarto, vigésimo quinto y vigésimo sexto Juzgados Contenciosos Administrativos con Subespecialidad en Temas de Mercado, asuman competencia donde sean parte los Organismos Públicos Reguladores. No obstante que mediante Resolución Administrativa N°102-2015-CE-PJ del 11 de marzo de 2015 se haya dispuesto que el vigésimo tercer Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad Tributaria, Aduanera y de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, sea también de competencia exclusiva en derechos del consumidor.

Sin duda un hecho sin precedentes, que actualmente no ha logrado descongestionar la inmensa carga procesal que tiene el proceso contencioso administrativo que hemos dado a conocer en términos generales en la Tabla 1 citado en líneas arriba, lo cual nos lleva a sostener que no es lo más conveniente concentrar la función jurisdiccional. Por el contrario, fortalecer los tribunales ejecutivos, a efectos que sus decisiones no sean recurribles en sede judicial, debe ser una prioridad de acceso a una tutela efectiva.

En suma, como podrá notar el lector, el acceso a una tutela efectiva está muy lejos de los consumidores, pues en la medida que se exija agotar la vía administrativa, se impide acceder a una atención oportuna y efectiva de sus reclamos, debido a la concentración de la administración de justicia, que genera efectos negativos en una sociedad, como ofrecer una justicia tardía y en algunas ocasiones inservible, dado que una resolución del Tribunal del Indecopi ante un juez en lo contencioso administrativo no tendrá validez legalmente, si éste no lo confirma, de lo contrario podrá revocar o sancionarlo con la nulidad.

En ese sistema jurídico defectuoso, desde ya, que no garantiza acceder a una tutela efectiva de manera directa, la preocupación del investigador descansa en proponer que aquellos que acuden a los órganos resolutivos del Indecopi, no deberán tener la necesidad de acudir a otra que no sea la que finalmente eligieron para canalizar su reclamo de manera integral. Tal importancia radica en alcanzar una tutela efectiva mediante un procedimiento inmediato sin dilaciones que resuelva en su totalidad el reclamo, incluyendo aquellos derechos conexos que se desprenden de su condición de consumidor. Dado que la información que se transmite a la sociedad, ante un eventual fracaso de los procesalistas como lo señala Monroy y Monroy (s.f.) es cuando un ciudadano se pregunta:

¿Por qué debo cumplir con mis obligaciones jurídicas si esta sociedad “premia” al incumplidor con un proceso de reconocimiento del derecho tan largo, complicado y moroso que, en la eventualidad de que alguna vez me den

la razón, es seguro que habrá desaparecido en mí el interés por tal satisfacción? (p. 167)

Sin duda una de las preocupaciones del derecho del consumidor es atender los reclamos de manera inmediata, pero en la medida que esta demore, éste se encontrará en un estado de indefensión que inevitablemente por el transcurso del tiempo habrá desaparecido.

Por otro lado, la celeridad con la que se brinda justicia, no debería desconocer ninguna de las garantías procesales de las que se ofrecen en la vía ordinaria, de tal manera que aquellos que acuden a la vía especial deberán saber que no podrán proseguir su caso en la vía ordinaria, y aquellos que optaron por la vía más lata, deberán saber que iguales garantías han de encontrar en la vía especial. Porque una justicia que tarda representa los rezagos de un tutela deficiente e imprevista de toda finalidad de protección al consumidor.

Es por ello que resulta necesario reestructurar nuestro sistema jurídico, a tal forma que las distintas tutelas de derecho que se generen alternativamente a la tutela jurisdiccional sean las que compitan por alcanzar una tutela efectiva, y de este modo reestablecer la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia que se percibe de muy lejos, si no dejamos que fluyan nuevas alternativas de solución que no se encuentren subordinados a la función jurisdiccional.

2.2. Hacia una tutela efectiva (fortalecimiento del mecanismo de solución de reclamos)

2.2.1. Facultad de indemnización

A decir de un mecanismo de solución de reclamos que no prevea otorgar indemnizaciones por los daños como consecuencia de infracciones de normas imperativas, sin duda es un mecanismo incompleto y como tal deficiente, ya que, si bien reprime y disuade conductas reprochables socialmente en ejercicio de su facultad sancionatoria, lo cierto es que, como consecuencia de una sanción administrativa, una protección integral a los derechos de los consumidores, exige que se establezca

una indemnización, en la medida que se haya acreditado un daño irreparable, una afectación al lucro cesante, un daño a la persona, a la moral, que procure por decir menos restablecer las cosas al estado anterior, manteniendo el *status quo* del consumidor *ex ante* a la infracción detectada en atención al deber jurídico de no dañar a otro¹⁴.

No cabe la posibilidad de desamparar al consumidor alegando que la autoridad administrativa no cuenta con la competencia funcional de otorgar indemnizaciones porque simplemente nuestro sistema jurídico no lo establece, probablemente lo más acertado sea que solo los jueces judiciales cuenten con dicha potestad, y en ese drama se justifique que el Indecopi no pueda ejercer una función reparadora y si lo hace ésta solo se encuentra pensado como consecuencia de un daño emergente como lo da a conocer de manera limitada el artículo 115° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

2.2.2. Implementación del recurso de revisión

Sin duda los recursos administrativos regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444, permiten canalizar el derecho de contradicción para que una segunda instancia compuesta por un órgano colegiado revise y controle la legalidad del acto administrativo que fue dictado arbitrariamente, siendo el recurso de revisión procedente de manera excepcionalmente cuando se cuestiona errores de puro derecho respecto si se ha dejado de aplicar o aplicado erróneamente las normas vigentes como consecuencia del pronunciamiento que resuelve el recurso de apelación. No obstante, el lector podrá advertir que el recurso de revisión fue derogado del procedimiento administrativo sancionador seguido ante el Indecopi

¹⁴Papayannis (2014) señala que:

La afirmación de un deber de no dañar suele ir acompañada de una descripción de la práctica en términos de derechos y deberes primarios y secundarios. Así concebida, la responsabilidad civil incluye un deber de no dañar, correlativo con un derecho a no ser dañado, cuya violación activa un par de derechos y deberes secundarios relativos a la compensación de los perjuicios causados. (p.21)

mediante el artículo 1° del Decreto Legislativo N°1308 del 30 diciembre 2016.

Asimismo, en principio la posibilidad de recurrir a una tercera instancia, se encuentra limitada a que no haya existido un pronunciamiento emitido por una autoridad de competencia nacional, dado que será la Sala Especializada en Protección al Consumidor quien dirima frente a un recurso de revisión, solo cuando éste no se haya pronunciado frente al recurso de apelación interpuesto por la partes procesales, lo que da lugar solo aquellas denuncias administrativas incoadas ante los Órganos de Procedimientos Sumarísimos creados por el Indecopi, pues en grado de apelación será la Comisión en Protección al Consumidor quien resuelva y no precisamente la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

En ese sentido, si promovemos que los procedimientos seguidos ante el Indecopi sean actos no revisables judicialmente, implementar todas las herramientas procesales en su mecanismo de solución de controversias, es necesario e ineludible para garantizar el respecto al debido procedimiento.

2.2.3. Facultad de ejercer control difuso

En lo que concierne a la facultad de ejercer el control difuso por parte de la autoridad administrativa, tal inquietud nace de la exigencia de respetar la Constitución, por encima de la leyes o normas de menor jerarquía. Es así que la importancia del Derecho Constitucional en los procedimientos administrativos en especial de carácter sancionador o disciplinario con mayor rigurosidad debería ser supervisada no solo por el juez judicial a quien se le facultad ejercer función jurisdiccional, sino también a la autoridad administrativa. Bajo esos alcances una incompatibilidad verificable en sede administrativa entre una norma legal y una norma constitucional en el marco del control de legalidad no puede encontrarse reservado a los jueces como se regula en el artículo 138° de la Constitución, ya que una interpretación literal negaría dicha facultad a la autoridad administrativa. Sin embargo, de tratarse una autoridad

autónoma e independiente dicha restricción no puede ser impuesta, habida cuenta que sus resoluciones no serán revisadas en sede judicial. En ese extremo, corresponde dotar a la autoridad del consumo con la facultad de ejercer control difuso, a efectos de purgar el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales de conformidad al artículo 51° de la Constitución, pues en ella se reconoce la supremacía de las normas constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Empero, a pesar que el Tribunal Constitucional en la STC N°04293-2012-PA/TC haya señalado que el control difuso es una atribución exclusiva para quienes ejercen función jurisdiccional, y no para los tribunales administrativos que forman parte del Poder Ejecutivo, y que éstos no pueden controlar normas dictadas por el Poder legislativo por mandato supremo de la Constitución (fs. 33). No obstante a ello, nada impide que los tribunales administrativos ejerzan control difuso. Si consideramos que la propia administración puede controlar sus propias actuaciones mediante los recursos de apelación o de revisión. En ese extremo, no menos cierto es que antes de controlar la legalidad de sus actuaciones deberá ejercer un control constitucional de sus resoluciones en la medida que la norma constitucional prevalece por encima de una norma infraconstitucional,

Por último, el hecho que la contravención a la Constitución es una causal de nulidad según el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N°004-2019-JUS, nos lleva a sostener con mayor razón que la autoridad administrativa se encuentra obligado hacer una revisión constitucional del acto administrativo, antes de realizar un control de legalidad del propio acto, ejerciéndose un control difuso indirectamente.

CAPÍTULO III

LA AUTÉNTICA TUTELA EFECTIVA

3.1. Concurrencia de vías paralelas

Los consumidores, no obstante, haber agotado la vía previa, y pese estar facultado para accionar en el contencioso administrativo, preferirán, previo a un análisis de costo y beneficio, conformarse con la resolución final emitida por el Tribunal del Indecopi. Ello en la medida que la urgencia de atender sus reclamos, no les permitirá establecer una relación procesal tan larga con el proveedor en la vía judicial, ya sea por la defensa cautiva, la carga procesal, el plazo legal de tramitación, las etapas procesales, audiencias, entre otros, que elevan exponencialmente el costo de transacción, pues transitar por la vía judicial importa más tiempo y dinero, dado el monto del bien que se reclama. Probablemente, y debido a ello, también los microempresarios apuestan ser considerados bajo ciertos requisitos como vulnerable en una asimetría informativa y encontrarse facultados para ejercer su acción defensiva ante los tribunales del Indecopi¹⁵, exponiéndose a ser calificados como consumidores, antes de recurrir frente a un juez, pues se considera al menos la atención más pronta a sus reclamos en las relaciones de consumo. Es decir, la vía idónea que brinda una solución inmediata, no obstante, no sea definitiva e irrecurrible.

Por su parte un empresario que es sancionado administrativamente, proteger sus intereses económicos, le lleva indefectiblemente a transitar por el contencioso administrativo, que tentativamente podría apostar por ello, cuando librarse de la sanción impuesta por el tribunal del Indecopi se trate. Es así que de conseguir revocar la decisión de la autoridad de consumo o dejarla sin efecto debido a un vicio nulificante, en ambos supuestos, el proveedor encuentra una alternativa en el en el mejor de los escenarios, escapar de la acción punitiva del Estado y en el peor, graduar la respectiva sanción.

¹⁵ Véase el numeral 1.2 del artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor

Empero, más allá de que el contencioso administrativo sea una vía de control de legalidad del *ius puniendi* del Estado, el lector podrá advertir que la misma se encuentra prevista con mayor énfasis en el interés del proveedor, ya que, en ella, la sanción administrativa podría dejarse sin efecto, librando al proveedor de la sanción impuesta por el Indecopi.

En esas líneas, como explica Torres en la entrevista realizado por Postigo, R. y Dupuy, J. (2000) probablemente un sistema judicial de protección al consumidor sea la más idónea y viable para hacer frente a los reclamos, dado que la autoridad administrativa no ejerce función jurisdiccional. Que más que la creación de juzgados especializados en defensa del consumidor, para anunciar la ineludible desaparición del Indecopi, siendo incompatible la coexistencia paralela de dos sistemas de protección al consumidor, dado que el sistema administrativo debe ser eliminado y subrogado por el sistema judicial (p.144-148). Sin embargo, la rigurosidad de la propuesta de Torres, desmonta una tutela tuitiva, a la que no debemos perder de vista y dotar de función jurisdiccional deberá ser, a efectos de que sea una vía irrecurrible y única como parte de la función de administrar justicia.

En efecto, quien a sabiendas conoce de su conducta ilícita en el mercado que podría desencadenar un reclamo en cualquiera de las vías propuestas, bajo el supuesto que la competencia primaria no solamente sea reservado para el Indecopi, de llegar a tramitarse un reclamo ante el mismo, como instancia única e irrecurrible, el proveedor no podrá alegar una indefensión a su derecho de acudir a un contencioso administrativo, pues al igual que el consumidor que tuvo la oportunidad de elegir en que vía tramitar su reclamo, el proveedor también tuvo la oportunidad de promover una conclusión anticipada del proceso.

En suma, puede existir dos formas de solucionar el reclamo de los consumidores, sin que una sea exigible para transitar por la segunda, la primera: que a sabiendas que las resoluciones del Tribunal del Indecopi son irrecurribles, la probabilidad de ser sancionado será inversamente proporcional a la probabilidad de librarse de la respectiva sanción, en caso

que decidiera atender directamente el reclamo, a fin de conseguir su archivamiento, pero de proseguir con su conducta desafiante claro está, se expone a ser sancionado, y limitado a recurrir a una tutela jurisdiccional. Todo ello bajo el supuesto que el consumidor decidiera canalizar su reclamo ante la autoridad administrativa, (porque finalmente es quien deberá elegir a que vía de tutela acudir).

En segundo lugar, accionar directamente a la vía judicial, precisamente cuando se trate de casos complejos, como por ejemplo cuando se requiera peritajes para acreditar la falta de idoneidad de un servicio o producto seguido de una pretensión indemnizatoria y donde la urgencia de tutela es determinante. Exigir que se agote una vía previa, genera una barrera de acceso a la tutela jurisdiccional y una carga para la autoridad administrativa, que en la medida que ésta se encuentre limitada por competencia o materia, el interés jurídicamente tutelado no podrá ser plenamente satisfecho. Por ello, es necesario, que agotar la vía previa sea una opción y no una obligación para acceder a una protección más amplia, integral que comprenda y permita atender todas las pretensiones del consumidor, como cuando se pretende una indemnización como consecuencia a la infracción detectada.

A este punto, imaginar que se haya alcanzado una plena regulación de protección especial al consumidor en las relaciones de consumo como lo quiere el artículo 65° de nuestra Constitución¹⁶, no es de todo posible, pues, aún queda mucho por implementar, a efectos de dotar de eficiencia al mecanismo de solución de reclamos, partiendo de la premisa de reducir costos de transacción para atender los reclamos de forma rápida, oportuna, con trámites simples y sobre todo previsibles¹⁷, sin que sea necesario acudir a la vía judicial. En ese sentido, “por más que sus instituciones sean sabias o justas en otros sentidos. Pero el cumplimiento de las normas no es

¹⁶ Véase el artículo 65° de la Constitución Política del Perú, 1993.

¹⁷ “El derecho penal, el de propiedad, el de contratos y el civil extracontractual, deben ser estructurados principalmente por reglas técnicas cuya aplicación pueda ser previsible con un razonable grado de confianza por los ciudadanos” (Dworkin, 2010, p.12).

suficiente para garantizar la justicia: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias” (Dworkin, 2012 p.29), por cuanto no desconocemos la labor importante que cumple los órganos judiciales, pero pensar que solo en ella, se puede llegar alcanzar una tutela efectiva, implica restar de utilidad e importancia al mecanismo especial ideado precisamente por imperio de la Constitución para solucionar los reclamos de los consumidores.

Solo sí, dejamos de pensar que el juez judicial sea considerado como aquel omnipotente del control de legalidad, como la máxima autoridad e instancia para alcanzar una tutela efectiva, exenta de toda arbitrariedad, podremos desvincular el procedimiento administrativo sancionador del proceso contencioso administrativo. En tanto que ello denota una seria y grave deficiencia de nuestro mecanismo de solución de reclamos, que se encuentra diseñado para transitar como última instancia, por la vía judicial para finiquitar con la discusión mediante los efectos de una cosa juzgada, olvidando que por imperio de la Constitución se ha dispuesto una protección especial hacia los consumidores.

Que, como bien lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional en el fundamento (30) del Expediente N° 0008-2003-AI/TC se constituye en un derrotero jurídico binario, que por un lado, busca proteger los intereses de los consumidores orientando el mercado y por el otro, creando el mecanismo para canalizar la acción punitiva del Estado, a efectos de reprimir y disuadir las conductas ilícitas detectadas y de esta forma atender inmediatamente los reclamos de los consumidores, precisamente, respecto a esta última, es que la acción defensiva del consumidor debe ser desarrollada de tal forma que se logre alcanzar una auténtica tutela efectiva, dirimida por una autoridad especializada en donde el consumidor afectado encuentre la verdadera solución a sus reclamos, constituyéndose como parte del deber de la protección especial, como la instancia primaria y definitiva para solucionar los derechos conculcados en una relación de consumo.

3.2. La revisión de las resoluciones administrativas

Que si bien el artículo 148° de la Constitución Política del Perú establece que pueden ser revisados mediante la acción contencioso- administrativo las resoluciones administrativas que causan estado, que habilita ejercer un control de legalidad de la resolución cuestionada a través de un juez judicial, habida cuenta que las decisiones de los tribunales gubernamentales no pueden estar exentas de control¹⁸, lo cierto es que en la medida que se siga un control de legalidad, esta será plausible accionar ante un juez judicial, pero no a efectos de generar un tráfico procesal exigiendo agotar la vía previa, que es precisamente lo que hemos cuestionado a lo largo de este trabajo proponiendo la facultad directa de acudir al juez judicial. Empero, que duda cabe que en un estado de derecho se realice un control de legalidad a las decisiones de los tribunales administrativos, pero tal control no puede activarse condicionado a que se haya agotado la vía previa, solo así podemos ofrecer una tutela efectiva y eficiente.

De esta forma el consumidor tendrá más de una vía de defensa y solución a sus reclamos (si así se prefiera mantenerse, dado que la existencia de una no contraviene funcionalmente a la otra), para empezar la vía especial a cargo del Indecopi y la vía ordinaria a cargo de un juez judicial, o de ser el caso la vía del arbitraje de consumo. No obstante, exigir al consumidor transitar por más de una vía, no puede ser digno de una tutela efectiva, uno por el costo de transacción, y otro por el tiempo de tramitación que se encuentra latente, a pesar de concederse la demanda con efectos suspensivos. De esa manera, inclusive se verá qué vía es la que genera mayor confianza en los consumidores a la hora de resolver sus conflictos y no será una mera sensación de autonomía e independencia que solo figura en una redacción legal, porque no basta con una división y separación de poderes, ya que simplemente ello, no puede garantizar la imparcialidad e independencia del juez, si éste no dirime el caso de manera justa.

¹⁸ En ese mismo sentido véase el fundamento cuatro del Exp. 01218-2010-AA/TC

3.3. La exigencia de agotar la vía administrativa

La tesis propositiva que se presenta es que puede coexistir una dicotomía para acceder a la administración de justicia, la primera establecer una vía previa para llegar a una tutela efectiva y que es justamente la que venimos cuestionando, debido a que el Perú ha estructurado su sistema jurídico basado en esta tendencia, y la segunda y no por ello menos importante que la vía administrativa sea considerada como una opción de solucionar los reclamos, de tal forma que permita al consumidor accionar directamente ante el juez judicial, pues no resulta razonable que se imponga una vía previa sin que la misma garantice al administrado que alcanzará una tutela plena y efectiva. De lo contrario, se limita el acceso a la tutela jurisdiccional, en el derrotero que Indecopi no pueda pronunciarse sobre las indemnizaciones, o cuando genere un estado de indefensión al no poder inaplicar una norma inconstitucional. La exigencia de agotar la vía administrativa, sin duda, bajo ese escenario, constituye una afectación grave al derecho de acceder a una tutela efectiva.

A este punto nos preguntamos por qué sostener una vía previa, si en ella, el administrado no alcanza satisfacer todos sus intereses legítimamente reclamados, por qué no dejar que sea una vía opcional, si se pretende que se resuelva sobre facultades de competencia que la autoridad administrativa se encuentra limitada, tal como sucede en Francia, que como regla general se establece que “toda persona puede atacar directamente un acto administrativo ante el juez. Por “principio general” es optativo la opción de acudir previamente ante la administración misma mediante un recurso administrativo gracioso o jerárquico” (Corvalán, 2012, pp.1131, 1132). En ese sentido, si partimos de la premisa que la vía previa sea opcional (como lo venimos sugiriendo), a efectos de recurrir directamente al juez, se habrá logrado alcanzar la plena eficacia de las garantías procesales de lo que importa como una conformidad de la solución integral de un conflicto suscitado en la sociedad como consecuencia de las transacciones comerciales en el mercado.

La plena jurisdicción que se funda en que toda decisión de los órganos ejecutivos puedan ser revisados, en tanto que la potestad de la administración de sancionar, no puede estar exenta de control y que la misma no puede dejar ser cuestionada, sino es a través de un órgano jurisdiccional para asegurar el acceso a un tutela efectiva, no resiste el menor análisis, si lo que se busca es lo regulado en el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), a ser juzgado por un “tribunal independiente e imparcial” (p.9), tal prerrogativa no enerva la posibilidad que sea ante un tribunal administrativa. Si tan solo se garantizará la autonomía e imparcialidad al dirimir un conflicto, en tanto que ello deriva no de una división de poderes, sino de la inmodificabilidad de la competencia que según Priori precisa que:

una vez que la competencia ha sido determinada, ella no puede variar en el transcurso del proceso, aun cuando varíen las circunstancias de hecho o de derecho que sirvieron para determinarla. La razón de ello es para evitar cualquier tipo de injerencias en el proceso a través de intencionados cambios de jueces (Priori, 2004, p.41)

Lo contrario conlleva a un embotellamiento procesal que presupone transitar por otra vía donde la autonomía e independencia con la que fue resuelto es la que se profesa y aplica indistintamente en ambas vías, es decir, tanto en la vía por la que se transitó y por la que se transitará, al compartir las mismas garantías procesales.

Empero, en vez de dotar de eficiencia la vía administrativa, permitir que el juez pueda subrogarse facultades (que no la tiene) de la autoridad administrativa, provoca una desconfianza de los actos administrativos emitidos por los órganos ejecutivos, trasladando un mensaje a la sociedad que - si no estás de acuerdo con lo resuelto - en la vía administrativa siempre puedes acudir al juez judicial - quien todo lo sabe y hace lo que otro no puede - provocando un tráfico jurídico innecesario y una alta carga procesal en los

procesos contenciosos administrativos, cuando se debería de implementar y adecuar los tribunales administrativos para acceder a una auténtica tutela efectiva a nivel administrativo.

Creer que la subrogación de la competencia, cuando se verifique vicios de nulidad en los actos administrativos queda justificada debido a una tutela jurisdicción efectiva, es pensar que en la vía administrativa no se pueda alcanzar una auténtica tutela efectiva, y esa falsa percepción ha llevado a que se desencadene la intromisión del juez en la competencia y facultades propias a la administración pública. Pues una cosa no lleva a la otra, si se infringe reglas procesales para alcanzar otra finalidad, es como admitir que el fin justifica los medios. Sin embargo, dicha concepción, queda relegado, si distorsiona las reglas del proceso, como hacer resuelto por el juez natural, en caso que nos ocupa por el tribunal del Indecopi compuesto por miembros sometidos a concurso público, para garantizar su autonomía e independencia concebido como un órgano constitucional autónomo a que debe apuntar, dado el rol fundamental que cumple en el mercado, como bien se encuentra en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que reconoce la autonomía constitucional del Indecopi, Proyecto de Ley N°6919/2020-CR, presentado al Congreso de la República el 13 de enero de 2021.

CONCLUSIONES

- La exigencia de agotar la vía previa para acceder a una tutela efectiva no permite la atención inmediata de los reclamos de los consumidores, si consideramos que las resoluciones del tribunal del Indecopi pueden ser impugnados en el contencioso administrativo. En ese extremo exigir al consumidor transitar por más de una vía, no puede ser digno de una tutela efectiva, uno por el costo de transacción, y otro por el tiempo de tramitación que se encuentra latente.
- Es un fracaso procesal la concurrencia de dos sistemas de solución de reclamos como la administrativa y por el otro lado la judicial, si solo esta última ejercer función jurisdiccional, y la primera es utilizado como una barrera de acceso a una autentica tutela efectiva. Ya que ello provoca una desconfianza de los actos administrativos emitidos por los órganos ejecutivos, trasladando un mensaje negativo a la sociedad que - si no estás de acuerdo con lo resuelto - en la vía administrativa siempre puedes acudir al juez judicial - quien todo lo sabe y hace lo que otro no puede - provocando un tráfico jurídico innecesario y una alta carga procesal en los procesos contenciosos administrativos.
- No existe algún impedimento razonablemente atendible para que el consumidor de considerar ejercer su acción defensiva acuda directamente al Poder Judicial, si en la vía previa no llegara alcanzar una plena satisfacción de sus legítimos intereses vulnerados.
- Puede que de encontrarse bien delimitados las funciones del Poder Judicial los tribunales administrativos creados por el Poder Ejecutivo desaparezcan para dar lugar a juzgados especializados en protección al consumidor, terminando con la existencia del Indecopi.

RECOMENDACIONES

- Es necesario reestructurar el sistema jurídico de administración de justicia en el Perú, pues la que se tiene, no procura alcanzar una tutela efectiva en las relaciones de consumo, si se sigue exigiendo agotar la vía administrativa.



REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Bullard, A. (2019). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (2° ed.). Palestra.
- Congreso de la República del Perú. (1993, 30 de diciembre). Constitución Política del Perú. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Congreso de la República del Perú. (2010, 2 de setiembre). Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano 424840. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-ley-n-29571-538113-1/>
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre, 1950, https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf
- Covalán J. (2012). Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (135), 1111-1165. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n135/v45n135a7.pdf>
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga* (M. Iglesias y I. Ortiz, Trad.). Marcial Pons (Obra original publicada en 2006).
- Dworkin, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?. *Insomía*, (32), 7-29. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n32/n32a1.pdf>
- Dworkin, R. (2012). *Una Cuestión de principios* (V. Boschioli, Trad., 1ª ed.). Siglo Veintiuno Editores S.A. (Obra original publicada en 1985).
- Elizaguirre, J. (2012). Civil law: la vigencia de una categoría convencional. *Anuario del derecho civil*, 65 (2), 533-546. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3992337>
- Expediente 0023-2005-AI/TC (2006, 27 de octubre). Tribunal Constitucional (García). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

- Expediente N° 0008-2003-AI/TC (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Expediente N° 01218-2010-AA/TC (2010, 30 de junio). Tribunal Constitucional (Ramírez Mesía). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01218-2010-AA%20Resolucion.html>
- Ferrero, R. (1993). Equilibrio de poderes, *Ius Praxis*, 86-94. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/3542/3480/.
- Gabriel, C. (2016), Intervención injustificadas en establecimientos comerciales, cuando los mecanismos de seguridad afectan la tranquilidad de los consumidores, *Actualidad Jurídica*, (272), pp. 204 – 212.
- García, A. (2021). La teoría de la función preventiva del derecho. *Actualidad Civil* (84), 241-251.
- Guzmán, C. (s.f), *El origen y la evolución de la separación de poderes* [Mensaje en un blog]. Blog Escuela de Posgrado - Universidad Continental. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/el-origen-y-la-evolucion-de-la-separacion-de-poderes>
- López, J. (2006). La mejor protección al usuario de servicios públicos de telecomunicaciones, a partir de la regulación del OSIPTEL e INDECOPI. *Revista de Derecho Administrativo*, (1), 507-535. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16367/16773>
- Monroy, J. y Monroy, J. (s.f.). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada, apuntes iniciales. pp.165 – 208. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/tutela.pdf>
- Moreno, P. (2008). El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derecho humanos. *Instituto Nacional de*

Administración Pública, Tomo I (280-281), 323-358.
http://imagenesbibliotecacentral.minhap.gob.es/pdfpublicaciones/Literaturagris/da_2008_280-281.pdf.pdf

Papayannis, D. (2014). La práctica del *Alterum non Ladere*, *Isonomía*, (41), 19-68. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n41/n41a3.pdf>

Poder judicial del Perú (2015. 11 de marzo). Resolución Administrativa N°102-2015-CE-PJ. Convierten, reubican y modifican denominación de órganos jurisdiccionales en los Distritos Judiciales de Lima, Madre de Dios y Piura. Diario Oficial El Peruano 551243
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/convierten-reubican-y-modifican-denominacion-de-organos-jur-resolucion-administrativa-n-102-2015-ce-pj-1229010-1/>

Poder Judicial del Perú. (2012. 27 de octubre) Resolución Administrativa N°206-2012-CE-PJ. Crean diversos órganos jurisdiccionales en la Corte Superior de Justicia de Lima y dictan disposiciones complementarias. Diario Oficial El Peruano 477374.
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/crean-diversos-organos-jurisdiccionales-en-la-corte-superior-resolucion-administrativa-n-206-2012-ce-pj-859501-1/>

Poder Judicial del Perú. (2016. 22 de junio). Resolución Administrativa N°159-2016-CE-PJ. Modifican denominación y amplían competencia funcional de diversos órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima y disponen otras acciones administrativas. Diario Oficial El Peruano 591541. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/modifican-denominacion-y-amplian-competencia-funcional-de-di-resolucion-administrativa-no-159-2016-ce-pj-1399277-3>

Poder Judicial. (2021). *Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional*, Periodo: enero – diciembre 2020.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/32cf290041e6c808b05cb85aa5>

[5ef1d3/Estadisticas+Jurisdiccionales+2020IVParte1+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=32cf290041e6c808b05cb85aa55ef1d3](https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15929/16354)

Postigo, R. y Dupuy, J. (2000). *¿Protección judicial o administrativo del consumidor?*, *Entrevista con Miguel Torres Méndez y Carlos A. Patrón Salinas*. *Ius et veritas* 10(20), 144-148.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15929/16354>

Priori, G. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (22), 38-52.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16797/17110>

Resolución N°0376-2015/SPC-INDECOPI (2015, 04 de febrero). Sala Especializada en Protección al Consumidor (Rospigliosi Vega, A.J.).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5b220b09-702c-4906-a3aa-554e440891dd>

Solís, Z. (2021, 13 de enero). *Proyecto de Ley N° 6919/2020-CR, Proyecto que reconoce la autonomía constitucional del Indecopi*. Congreso de la República del Congreso.
https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06919-20210113.pdf