

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Programa de Cumplimiento Normativo en materia de Consumidor ¿Es realmente un incentivo para el proveedor?

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

Autor: Diego Alonso Arpasi Quispe

Asesor: Javier Mihail Pazos Hayashida

Código de alumno: 20206963

2020

1. Resumen

El presente trabajo académico tiene como propósito determinar y desarrollar el valor objetivo que se debería aplicar a los programas de cumplimiento normativo, elaborados por las empresas, en procedimientos administrativos sancionadores en materia de protección al consumidor ante el INDECOPI.

En ese sentido, empezaremos por una breve identificación de la forma en que se desarrollaron los programas de cumplimiento, entendido en el ámbito empresarial como *compliance*, resaltando la iniciativa privada. Lo cual posibilita el desarrollo empresarial con buenas prácticas comerciales en determinados ámbitos de su actividad.

Ahora bien, con la modificación al Código de Protección al Consumidor, en el año 2016, mediante el Decreto Legislativo 1308, se añadió como atenuante, en los procedimientos administrativos sancionadores, la presentación de los programas de cumplimiento.

En la actualidad son pocos los procedimientos donde se observa la presentación de estos programas de cumplimiento para su aplicación de atenuante. A su vez, INDECOPI no ha establecido criterios para la determinación del valor objetivo que debe asignarse a estos como factores atenuantes.

A través del presente trabajo académico se tratará de dar un valor objetivo para el programa de cumplimiento en los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor ante el INDECOPI.

En ese sentido, en una primera parte se desarrollará un breve repaso de los programas de *compliance* en distintos rubros empresariales y sectoriales, luego se hará el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador y las atenuantes en materia de protección al consumidor, lo cual dará paso a comentar y exponer el programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor además de la forma de graduación de sanciones en la actualidad por los órganos resolutivos del Indecopi, y finalmente, analizare el valor objetivo que debe considerarse para los programas de cumplimiento.

ÍNDICE DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| 1. Resumen..... | 2 |
| 2. Introducción | 5 |
| 3. Consideraciones previas..... | 6 |
| 3.1. Marco Conceptual..... | 6 |
| 3.2. Marco Normativo..... | 9 |
| 3.3. Antecedentes..... | 9 |
| 4. El procedimiento administrativo sancionador y las atenuantes en materia de protección al consumidor..... | 15 |
| 5. Programa de Cumplimiento efectivo en materia de Protección Al Consumidor | 21 |
| 6. La graduación de sanción en el procedimiento administrativo sancionador por los Órganos Resolutivos del Indecopi..... | 27 |
| 6.1. Órganos Resolutivos y el dictado de medidas correctivas..... | 29 |
| 7. Análisis del valor objetivo para aplicar como atenuante a un Programa de Cumplimiento en materia de Protección al Consumidor..... | 31 |
| 7.1. ¿Aporta tener un programa de cumplimiento para los procedimientos sancionadores por denuncia de parte?..... | 41 |
| 8. Reflexiones Finales | 43 |
| Bibliografía..... | 45 |

LISTA DE TABLAS

| | |
|---|----|
| Tabla 1 Procedimiento ----- | 33 |
| Tabla 2 Primer elemento ----- | 35 |
| Tabla 3 Segundo elemento----- | 36 |
| Tabla 4 Tercer elemento----- | 36 |
| Tabla 5 Cuarto elemento ----- | 37 |
| Tabla 6 Quinto elemento----- | 38 |
| Tabla 7 Costo objetivo programa cumplimiento----- | 39 |



2. Introducción

Considerando que, toda empresa tiene el derecho a su libre desarrollo, respetando las normas dictadas por el Estado, y analizando que para su desarrollo debe encontrarse en un marco normativo determinado.

En la actualidad no se tiene un criterio establecido por el Indecopi para la aplicación del programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor, más aún, son pocos los procedimientos donde hubo la presentación de dicho programa y el Indecopi no señala un valor objetivo para la atenuante en consideración de los mismos.

Lo cual genera, a mi parecer, una incertidumbre de conocer cuál es el valor y alcance real para los procedimientos sancionadores del Indecopi en materia de Protección al Consumidor. A consideración propia la falta de pronunciamientos específicos en dicho ámbito ocasiona impredecibilidad en una posible sanción, en procedimientos sancionadores, pese a la presentación del mencionado programada. La cual, podrá tomar las reflexiones y conclusiones de la presente investigación para elaboración de criterios objetivos, aplicando criterios objetivos y permitiendo dar un factor objetivo cuando se presenta un programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor en un procedimiento sancionador.

3. Consideraciones previas

El referido marco sobre el cual se desarrollara el presente trabajo, será conforme al desarrollo del Programa de Cumplimiento en Materia de Protección al Consumidor, tanto a nivel normativo y conceptual.

3.1. Marco Conceptual.- Para el desarrollo de la presente investigación primeramente debemos abordar algunos aspectos previos para el desarrollo adecuado del Programa de Cumplimiento de Protección al Consumidor.

Primeramente se debe entender que es un procedimiento administrativo, la cual conforme al artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley 27444) establece que el procedimiento administrativo es el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de administrados.

Por otro lado, el artículo 235° del mismo cuerpo normativo señala que los procedimientos sancionadores son iniciados en ejercicio de la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades de la administración pública para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

Seguidamente, comprender que es una sanción señalada como mecanismo mediante el cual se materializa la potestad sancionadora de la Administración la potestad Pública mediante la imposición de sanciones administrativas (amonestaciones, multas pecuniarias, cierre de locales, suspensión de autorización, entre otros).

Asimismo, respecto a la definición de atenuante conforme a la Real Academia de la Lengua Española (RAE) indica “situación que disminuye la gravedad de algo”. En ese sentido, desde el punto de vista semántica se entiende como la disminución de gravedad, en el caso del procedimiento administrativo sancionador, comprendida como la disminución de responsabilidad en tema de infracciones.

El Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual¹ tiene como parte de sus funciones la protección al consumidor².

¹ En adelante, el Indecopi

² Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI

Dicha función es establecida por el artículo 65³ de nuestra Constitución Política que señala el rol del Estado en materia de consumo⁴.

En ese sentido, el Indecopi tiene la competencia para evaluar y decidir sobre aquellos casos donde se vulneren los derechos de los consumidores en una relación de consumo, teniendo en cuenta que, el incumplimiento de las normas en materia de protección al consumidor por parte del proveedor generan una distorsión en el mercado pasible de sanción.

Al respecto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor⁵, define al consumidor, en su Título Preliminar, como:

Consumidores o Usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor⁶.

En relación con dicha definición el consumidor será todo aquel que se encuentre en una relación comercial con un proveedor pero para el beneficio propio o de su entorno familiar o social.

Artículo 2.- Funciones del INDECOPI

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa;
- b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales, previniendo los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva;"
- c) Corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de dumping y subsidios;
- d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo (subrayado propio)

³ Constitución Política del Perú

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

⁴ El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento jurídico 9 de la STC N° 3315-2004-AA/TC (acción de amparo iniciada por Agua Pura Rovic S.A.C. contra el INDECOPI), que el Estado tiene una actuación tuitiva de su parte hacia dicho grupo económico.

⁵ en adelante, el Código

⁶ Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571, Artículo IV del Título Preliminar

Asimismo, es importante resaltar la definición de proveedor conforme al código que señala:

Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores.⁷

En cuanto al proveedor será todo aquel que brinde un producto o servicio de cualquier naturaleza a los consumidores.

El Indecopi conforme a sus atribuciones brinda una protección especial a los consumidores en una relación de consumo⁸, pues considera que se encuentran en una desventaja respecto con los proveedores⁹.

Y es mediante el Código que se busca equiparar dicha desventaja, cabe recordar que algunos autores señalan respecto al mismo “El Código instituye la protección de los derechos de los consumidores como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 65° de la Constitución Política y a nuestro régimen de economía social de mercado”¹⁰.

Ahora bien, otro concepto importante es entender que se comprende por programa de cumplimiento o *compliance*.

El *compliance* es entendido como un conjunto normativo interno de una empresa, constituido por procedimientos o directrices adoptados a iniciativa propia o legal, para el cumplimiento efectivo de las obligaciones derivadas de una norma.

Existen autores que consideran que el *compliance* es una exigencia solo legal, Serrano citada por Aquisé señala “[Por] regulación de *compliance* se entiende aquella que exige a ciertas personas físicas o jurídicas la creación de un programa que incluya normas y procedimientos internos destinados a prevenir, identificar y corregir actos que violen

⁷ Ib. Ídem

⁸ Considerando que no siempre tendrá que existir una relación contractual con el proveedor sino que el Código de Defensa y Protección al Consumidor señala que la relación de consumo puede ser previa a la contratación.

⁹ Como podría ser la asimetría informativa, desventajas de conocer el proceso productivo de la elaboración de un producto, entre otros.

¹⁰ Durand Carrión, Julio B, El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú, *Revista de Actualidad Mercantil*, (4), 2015, Lima, página 96

ciertas regulaciones o ciertos principios voluntariamente adoptados (“programa de *compliance*”)¹¹.

Al respecto, Pierino Stucchi indica “[*el compliance*] no solamente es un mandato ético y una expresión de responsabilidad social empresarial, sino que además es imprescindible para preservar y aumentar el valor de nuestras marcas, manteniendo óptimas relaciones con nuestros clientes. Nada es mejor que prevenir problemas con ellos”.¹²

Comparto lo señalado por Stucchi pues el programa de cumplimiento no solamente debe estar referido a una responsabilidad empresarial sino que mejore la presentación de las empresas con los consumidores¹³.

Asimismo resalto lo señalado por Gonzales y Manrique, que indican “La importancia de la adopción de esta clase de programas consiste en que permiten anticiparse a posibles contingencias derivadas de incumplimientos normativos o, de ser el caso, brindan un plan de acción para mitigar los riesgos.”¹⁴ Exactamente debe considerarse estos programas para anticipar contingencias normativas.

3.2. Marco Normativo: En el presente caso se tomará en cuenta lo señalado en el Código de Defensa y Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 1033, Decreto Supremo N° 185-2019-PCM, T.U.O. de la Ley 27444, entre otras normas aplicables.

3.3. Antecedentes

Si bien, la norma del Programa de Cumplimiento en Materia de Protección al consumidor es reciente, año 2019, el *compliance* ha estado presente en las empresas desde mucho antes de su regulación normativa, y es que, cada empresa busca diferenciarse de otra cumpliendo un rol relacionado con la responsabilidad social empresarial, en palabras de Durand Carrión indica:

¹¹ AQUISE NIÑO DE GUZMAN, Carolina, Promoción de mecanismos de prevención y solución de conflictos para la eficacia en la protección de los consumidores, Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho N° 48-49, 2017-2018, página 64

¹² STUCCHI, Pierino, Compliance en Relaciones de Consumo, Diario Gestión, 02 de octubre del 2016. <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2016/10/compliance-en-las-relaciones-de-consumo.html/?ref=gesr>

¹³ Es importante resaltar que el *compliance* es una forma de mejorar la atención de conflictos entre consumidores y proveedores

¹⁴ GONZALES CUHO, José Carlos y MANRIQUE OPORTO, Víctor, Compliance en materia de Protección al Consumidor: Importancia, Objetivo Y Contenido, *Circulo de Derecho Administrativo*, Lima, página 179

“El proceso de globalización económica liderado por agentes económicos y el papel central que ostenta el capital en el ordenamiento de las sociedades nos obliga a ponderar críticamente el rol que cumple el sector privado en función de su contribución al cumplimiento de los derechos humanos y el desarrollo sostenible y dentro de este contexto en la protección del consumidor, por lo que la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se convierte en un imperativo para lograr entornos sociales y políticos favorables a la estabilidad socioeconómica y el crecimiento sostenido de las sociedades en democracia”¹⁵

Tenemos como antecedentes los desarrollados en materia de publicidad, donde empresas buscaron tener su propia autorregulación y desarrollaron el CONAR promoviendo de esta forma el uso correcto de la publicidad manejando su propio Código de Ética Publicitaria que a palabras de Alex Sosa indica:

“El CONAR nace de una agrupación voluntaria de miembros que concurren en la industria publicitaria, lo cual, se condice con la propia naturaleza de los sistemas de autorregulación en sentido estricto, toda vez que se trata de un sistema de regulación privada llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, normas de conducta en materia publicitaria a través de órganos de control, que serán los encargados de hacerlas cumplir. Ahora bien, decimos que el CONAR nace de una agrupación voluntaria, toda vez que este sistema privado fue creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANANDA), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV)”¹⁶

¹⁵ Durand Carrión, J. B. “Nuevos Criterios Resolutivos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, una Nueva Mirada de la Dimensión Real del Mercado y los Consumidores en el Perú”. *Derecho & Sociedad*, (41), 2013, paginas 289-296. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12779>)

En esa línea actualmente el mismo autor señala “La responsabilidad social empresarial debería ser una política de gestión propia de la empresa como operador de mercado y debería ser parte de su ADN, porque denota el valor que le da a los efectos que sus acciones pueden generar en todos sus stakeholders internos y externos. Es como la ética en las personas y la ética no es obligatoriamente impuesta por la ley, sino que depende de cada uno”. Entrevista a Durand Carrión, J. En *Enfoque y Derecho*. 21 de agosto de 2020. <https://www.enfoquederecho.com/2020/08/21/entrevista-a-julio-durand-carrion-responsabilidad-social-empresarial/>

¹⁶ SOSA HUAPAYA, Alex, “El siguiente paso: La corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria”. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Tesis. Pp. 19. Consulta: 22 de junio de 2017. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1534>

Es claro la iniciativa privada en este caso, es decir, si bien existía regulación sobre la publicidad comercial, es importante resaltar que ellos crearon un mecanismo propio de *compliance* compartido y de uso obligatorio para sus agremiados solucionando los problemas que puedan suscitarse entre los mismo¹⁷.

Asimismo, no debe confundirse el *compliance* con los mecanismos de solución de conflictos establecidos en llámese conciliación, donde participa un tercero como mediador para la solución de un conflicto. En dicho caso es la autocomposición lo que prima y no un programa interno.

Otros antecedentes que se tienen son los programas de cumplimiento en materia penal donde empresas por la actual coyuntura y en búsqueda de no ser responsables directos (afectación de su imagen), generan programas de cumplimiento para erradicar la corrupción dentro de sus empresas.

Ya que, el Código Penal establece responsabilidades a las personas jurídicas, en algunos Estados, la adopción de dichos programas genera la eximente de responsabilidad penal tal como indica Astudillo y Jimenez:

“Para hacer más efectivo el cumplimiento de la legalidad y la lucha contra la corrupción, algunos Estados han recurrido al derecho penal, siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales para incorporar a sus derechos internos la responsabilidad penal para las personas jurídicas atendiendo al denominado modelo por defecto de organización. (...) Dicho de esta manera, la transcendencia que han alcanzado actualmente los programas de cumplimiento se reflejan en el NCP, toda vez que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en la medida en que ésta no cuente con un programa de cumplimiento. En otras palabras, la no adopción de un programa de cumplimiento anticorrupción viene a justificar la sanción (culpabilidad) de la persona jurídica al punto de establecerse en el NCP como una causa de exoneración de responsabilidad penal si la persona jurídica ha implementado un programa de cumplimiento antes de que se hubiere cometido el hecho criminal”.¹⁸

¹⁷ Pese que la actual normatividad también regulará el programa de cumplimiento en materias de Publicidad, el antecedente es bastante importante para citarlo.

¹⁸ ASTUDILLO MEZA, Guillermo y JIMENEZ MONTES, Sandra, “Programas de Cumplimiento Como Mecanismo de Lucha Contra la Corrupción: Especial Referencia a La Autorregulación de Las Empresas”, *Derecho y Sociedad* (45), páginas 64 y 65

Cabe aclarar que en el ámbito penal desarrollan el tema de autorresponsabilidad que considera a la persona jurídica como imputable de hechos ilícitos al respecto Zuñiga y Vilca indican “el segundo modelo se denomina de autorresponsabilidad y considera a la persona jurídica como sujeto directamente imputable por los ilícitos cometidos dentro de la organización. Así, se evaluará la culpabilidad de la persona jurídica de forma autónoma, la que puede evidenciarse en un hecho delictivo societario, un defecto de organización concreto o una reacción defectuosa frente al hecho delictivo realizado por uno de sus directivos o empleados”.¹⁹

Igualmente, en materia de Libre Competencia el Indecopi, ha regulado los programas de cumplimiento en dicha materia, considerando la económica y el libre mercado como uno de los pilares para el desarrollo sostenido de toda Nación, donde los agentes del mercado actúan compitiendo por posicionarse en el mercado y reprimiendo la creación de carteles o abuso de posición de dominio, por parte de una o varias empresas, estos programas tienen como finalidad disuadir dichas conductas por parte de las mismas.

Actualmente existe una guía para su implementación Indecopi señala:

“A fin de garantizar su sostenibilidad, se sugiere que el Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia sea incorporado en uno de mayor envergadura, que aborde la gestión de riesgos de incumplimientos de normas de diversas materias, de manera simultánea. Asimismo, se promueve que dicho programa se inserte en la dinámica propia de la actividad económica de las organizaciones. En ese contexto, la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia tiene por finalidad generar mayores incentivos para que las empresas, por su propia iniciativa, adopten políticas de cumplimiento de la normativa de libre competencia y que estas sean difundidas e interiorizadas por todos sus trabajadores. Se busca generar un cambio en la cultura de las organizaciones y la actitud de sus integrantes, a través de la implementación de Programas de Cumplimiento completos y adaptados a las circunstancias particulares de cada empresa”²⁰.

¹⁹ ZÚÑIGA DIAZ, Giuiliana y VILCA RAVELO, Luis Enrique, La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas, *Derecho y Sociedad*, (54) Lima, página 406

²⁰ ESPINOZA LOZADA, Jesús y varios, Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, *INDECOPI*, Lima, página 9

En materia de mercado de valores se tiene los “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención”, emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores, las cuales señalan que contar con un modelo de prevención se obtiene un sistema ordenado de directrices, códigos de ética o de conducta, entre otros, los cuales tienen un cumplimiento obligatorio dentro de la organización, los cuales deben ser monitoreados y actualizados, destinados a manejar los riesgos relacionados a la comisión de delitos teniendo como efecto el promover y reforzar la cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo en la organización²¹.

Queda claro que los Programas de Cumplimiento no son una innovación reciente sino que existieron como parte de la iniciativa privada y su forma de mejorar la imagen ante la sociedad. Además de mejorar sus propios procedimientos internos²².

Recientemente, luego de las modificatorias vertidas en el Código en el año 2017, se regulo el *compliance* en materia de protección al Consumidor, al señalar en su artículo 112, considerada como una atenuante “especial”²³, sin embargo, es recién a través del Decreto Supremo N° 185-2019-PCM, que se reglamenta y regula la implementación de dicho programa²⁴.

Empero, como se señaló ya existía iniciativa privada para la implementación de un programa de cumplimiento en dicho ámbito, pues las empresas - como Hipermercados Tottus S.A.²⁵ - entendieron que siendo una atenuación especial podrían mejorar sus procedimientos internos en beneficio propio y de sus clientes. Gonzales y Manrique, señalan al respecto:

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>

²¹ Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención, (Ley N° 30424, sus modificatorias y su Reglamento), Superintendencia del Mercado de Valores, Consulta: 15 de abril de 2021. <https://www.smv.gob.pe/Uploads/LineamientosParaImplementacionMPD.pdf>

²² Cabe recordar que existe otros programas de cumplimiento en otras materias, por ejemplo: Laborales, como el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo o Reglamento Interno de Trabajo; Tributarios; entre otros.

²³ Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571

Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

(...) 4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código (...).

²⁴ Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial, Decreto Supremo 185-2019-PCM

Artículo 1. Objeto

El presente reglamento tiene por objeto promover y regular la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial.

²⁵ Expediente 127-2016/CC3

“En materia de protección al consumidor, la implementación de programas de *compliance* resulta de suma importancia si consideramos lo siguiente:

- (i) No solo preservan el valor de una marca, sino que generan un valor agregado a la misma, lo cual se traduce en una mejor reputación de la empresa. Este beneficio resulta de suma importancia en aquellas empresas que, tienen un gran número de consumidores y una constante interacción con ellos, tal como sucede con bancos, instituciones educativas, *retails*, entre otros.
- (ii) Facilitan la detección interna de prácticas legalmente censurables, previniendo a la empresa de la exposición ante posibles reclamos o denuncias y permitiendo un mejor control de los daños pudiesen haberse generado. En esa línea, también se producirá una reducción de las contingencias derivadas de disconformidades o malestares por parte de los consumidores, con la consecuente reducción de inicios de procedimientos sancionadores ante las autoridades competentes.
- (iii) Permiten una mejora continua en las relaciones con los clientes al haberse identificado las áreas con mayor riesgo en la empresa.
- (iv) Desarrollan una cultura interna de cumplimiento normativo, lo cual además permitirá la reducción del tiempo de respuesta ante cualquier situación de riesgo. Este beneficio reviste una especial trascendencia en empresas cuyo personal de atención al cliente tiene alta rotación.
- (v) La existencia de protocolos de respuesta bien diseñados y difundidos al interior de la empresa, permite atender los reclamos o consultas de consumidores con rapidez y minimizando el riesgo de incurrir en errores en las respuestas.
- (vi) Si bien las empresas cuentan con planes de provisión en torno a eventuales multas que pudiera imponer el Indecopi, la implementación de un programa

de cumplimiento significa una reducción de estas.”²⁶

Adicionalmente existe la norma ISO 19600:2014 que va dirigida a las organizaciones que quieran implantar un sistema de gestión demostrando su compromiso con los requisitos legales que le son de aplicación y con aquellos otros requisitos con los que voluntariamente ha decidido comprometerse.

Denota los beneficios de tener un programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor, adicional a ello, señalaría que más que su reputación le daría un posicionamiento en el mercado.

En atención a lo desarrollado, toca analizar consideraciones previas respecto al procedimiento administrativo sancionador, las atenuantes y luego determinar la actuación del Indecopi y cómo debería merituar los programas de Cumplimiento en Materia de Protección al Consumidor.

4. El procedimiento administrativo sancionador y las atenuantes en materia de protección al consumidor.

No ahondare en el significado, acepciones y como se dio el desarrollo para la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, empero, si es bueno considerar que la misma es un procedimiento especial contemplado en el capítulo II del Título IV de la Ley 27444. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado: “La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3° Constitución política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”.²⁷

En ese entender, si bien no está contemplado en la propia Constitución, con lo señalado se infiere que la propia administración tiene dicha potestad sancionadora al manifestarse en su ejercicio legítimo.

²⁶ Ib. Idem

²⁷ Expediente N° 1654 – 2004 –AA/TC, fundamento 2, emitida el 03 de agosto de 2004.

La potestad sancionadora tiene como base el correcto manejo de gobierno en diversos sectores de la vida social, siendo una característica el fin represivo que se acciona frente a la alteración de la convivencia social entre los administrados.

Ahora bien, el procedimiento administrativo sancionador es aquel mecanismo compuesto por un conjunto de actos destinados a determinar la comisión o no de una infracción administrativa, con la finalidad de acreditar la responsabilidad del administrado, quien estará sujeto a una sanción, en caso, efectivamente, haya realizado la conducta infractora.

Cabe recordar que la aplicación del presente procedimiento debe estar enmarcada en el respeto de principios y garantías²⁸ las cuales deben estar presentes en la actuación de la administración al realizar un procedimiento donde se aplicara su potestad sancionadora²⁹.

Comparto la opinión señalada por Santa María al señalar “(...) de una parte, su funcionalidad para la correcta determinación de los hechos y de las circunstancias personales del inculpado; y, de otra, la prestación a éste de las garantías de defensa doblemente necesarias al ejercicio de una actividad, como la sancionadora, cuya capacidad de incidencia y lesión en una persona y patrimonio de los ciudadanos es muy superior a la del resto de las actividades que la Administración desarrolla.”³⁰, es claro que la potestad sancionatoria debe exigir garantías y principios para el respeto del debido procedimiento.

En cuanto al Indecopi, en materia de protección al consumidor, conforme al artículo 105 del Código queda establecido que el mismo es un procedimiento administrativo sancionador neto³¹.

²⁸ Referida a los principios de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso e infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y non bis in ídem

²⁹ Según Morón: “(...) estos principios rigen con carácter supletorio en aquellas áreas que cuenten con leyes especiales de regulación. Lo que si debe advertirse que esta supletoriedad no habilitara al legislador a desnaturalizar o negar los principios ya declarados, en la medida que se tratan de la aplicación concreta de derechos y principios superiores que poseen base constitucional. De suyo, la Administración estaría vinculada a ellos, aun si la Ley hubiese silenciado esta materia” En: MORÓN URBINA, Juan. “Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora”, Lima: Advocatus, 2005, Número 13, pp. 237

³⁰ SANTAMARIA, Juan. Principios de Derecho Administrativo. (2000), Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 401

³¹ Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571
Artículo 105.- Autoridad competente.

Respecto al mismo, se tiene lo señalado por Martín Tirado que indica respecto al procedimiento en materia de protección al consumidor y la participación del denunciante:

“Con ello, la participación del denunciante es bastante limitada toda vez que no llega a ser parte en el procedimiento sancionador que se pueda iniciar promovido en virtud de su denuncia. Tal como se ha señalado, en este tipo de procedimientos, por tener una naturaleza bilateral, solo forman parte de este tipo de procedimiento la administración pública y el presunto infractor. El papel del denunciante es principalmente el de un colaborador con la administración, el cual se encuentra relacionado con la eventual afectación de aquello que se pueda decidir en el procedimiento sancionador sobre su esfera jurídica”³².

Queda claro que será la administración quien tiene la titularidad del procedimiento en dicho ámbito del Indecopi y la participación del denunciante es meramente de colaborador³³.

Asimismo, es reconocida por la propia legislación que el administrativo dentro de un procedimiento administrativo sancionador puede acreditar eximentes y atenuantes de responsabilidad por su conducta.

En cuanto a las eximentes se puede señalar por su mismo significado son acciones absolutorias de responsabilidad para el administrado ante la potestad sancionatoria de la

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, **así como para imponer las sanciones** y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley. (subrayado y negrita propio)

³² MARTÍN TIRADO, Richard, El rol del denunciante en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores. Praeceptum. Año 1. Número 1. Lima. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2014

³³ Importante lo señalado por Gómez Apac respecto al procedimiento sancionador del Indecopi que considera que los procedimientos de protección al consumidor seguidos ante el Indecopi, iniciados por una denuncia, tienen una naturaleza mixta “trilateral-sancionadora”, en la cual hay dos relaciones jurídicas: una bilateral de carácter sancionador, donde prima el interés público, y otra trilateral, que alberga los intereses privados, contrapuestos entre el denunciante y el denunciado. Gómez Apac, H. (2011). El procedimiento trilateral: ¿cuasijurisdiccional? Revista de Derecho Administrativo, 10. Derecho de la Competencia. Lima: Círculo de Derecho Administrativo.

administración.³⁴ En cuanto a las atenuantes, como se señaló anteriormente es considerada como disminución de gravedad.

Como mero carácter enunciativo procederé a mencionar las eximentes de responsabilidad, haciendo hincapié en las atenuantes que es lo importante para el presente trabajo.

Conforme a la Ley 27444, en su artículo 236-A se tiene como eximentes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.- Conforme a las concepciones de caso fortuito, también denominado hechos de la naturaleza; y fuerza mayor, denominado hechos por parte del ser humano. Es claro que, la eximente esta conminada a un acontecimiento imprevisible, extraordinario e inevitable.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.- En ambos casos, se tiene la ponderación de derecho y deber como premisa de ejercicio. En el primer caso, será cuando se está actuando con una conducta antijurídica sancionada por la autoridad pero el administrado lo realiza por cumplimiento de un deber legal. En cuanto a la legítima defensa, entendida como el ejercicio de su derecho de defensa ante la peligrosidad e intensidad de una agresión.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.- Considerada como la afectación de su capacidad de ejercicio en el ámbito civil, dado que, de no entender sus acciones por una enfermedad o aflicción mental gravísima, la persona no podrá responder ante sus actos. Siendo esté un incapaz relativo o absoluto.

³⁴ En palabras de Neyra Cruzado: “Como se puede apreciar, desde el punto de vista semántico hay dos circunstancias bien definidas: primero, una persona tiene una obligación que cumplir o asumir; segundo, por una razón especial, esta misma persona es liberada de su obligación”, NEYRA CRUZADO, Cesar Abraham, “Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental”, Derecho PUCP N° 80, Lima, p. 336

d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Entendida, como la ejecución de una orden obligatoria de autoridad competente.

e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal. Considerada en dos acepciones primero cuando el administrado comete una infracción por persuasión o incitación de la administración; y en cuanto, a la disposición confusa o ilegal al no ser clara en cuanto a una conducta regulada por la administración, el administrado caería en error en su aplicación por parte de la propia regulación.

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.- La forma más simple de eximir la sanción, corregir la conducta infractora por parte del administrado antes de la notificación de imputación de cargos de inicio de procedimiento sancionador.

Conforme a lo señalado, las eximentes tienen características propias que no solamente están reguladas para el tema administrativo sancionador sino para otros ámbitos del derecho como penal, tributario entre otros.

Asimismo, el Código no tiene un apartado sobre las eximentes, en ese caso por aplicación supletoria de la propia norma se aplica lo dispuesto en lo señalado anteriormente.

Ahora toca señalar las atenuantes que si se encuentran reguladas tanto en la Ley 27444 y el Código, sin embargo, en materia de protección al consumidor existe más atenuantes que la regulación general. En ese sentido, se tiene lo señalado en el artículo 112 del Código respecto a las atenuantes:

- (i) La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.

En el procedimiento administrativo, es reconocido que el proveedor en cualquier momento y antes de la emisión de la resolución final puede presentar una propuesta conciliatoria para la disminución de la multa, siempre y cuando está se encuentre enmarcada con lo peticionado por el consumidor o denunciante.

Claramente tendrá que considerarse caso por caso si la propuesta es adecuada. Por ejemplo: en caso se denuncie la implementación del libro de reclamaciones, al ser una infracción de afectación difusa no podría considerarse una atenuante la presentación de una propuesta conciliatoria por parte del denunciado.

Empero, es importante señalar que la presente propuesta deviene más como una forma de disminuir la multa “de ultima ratio”, dado que, conforme se irá desarrollando existe la posibilidad de que pueda exonerarse de una multa dineraria³⁵.

- (ii) Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.

La presente causal, puede llegar a sopesar dudas respecto si habría una contraposición a la eximente de subsanación voluntaria, entendida en ambos casos como de remediar la conducta infractora cuando se tuvo conocimiento de la misma.

En ese sentido, consideró oportuno señalar que la oportunidad y aplicación de cada una es distinta, en el caso de una subsanación o remedio anterior a la notificación de inicio de procedimiento se considerará una eximente, empero si luego de notificado, y habiendo conocido la conducta infractora, en ese momento el denunciado o administrado acredita que su conducta ha sido cesado o concluido entonces se aplicará esta atenuante. Previamente, deberá estar plenamente acreditado.

Por ejemplo: En caso se denuncie métodos abusivos de cobranza como llamadas en horarios nocturnos de 10pm y se logra acreditar, luego de notificado la resolución de inicio de procedimiento, que se cesó de dichas llamadas y ha remitido comunicaciones

³⁵ Por ejemplo: En caso se haya pasado la oportunidad de allanarse o reconocer una infracción al momento de la presentación de descargos o habiéndolo presentado de forma posterior, señala una propuesta conciliatoria para la disminución de la multa.

internas para que no sigan realizando dicha acción, entonces será considerada una atenuante.

- (iii) En los procedimientos de oficio promovidos por denuncia de parte, cuando el proveedor reconoce las imputaciones o se allana a las pretensiones del consumidor al ser notificado con la resolución que inicia el procedimiento, se da por concluido el procedimiento con la resolución de determinación de responsabilidad del proveedor y la imposición de la medida correctiva correspondiente.

Como se señaló anteriormente, está es una de las más usuales formas de no impongan una multa pecuniaria a los proveedores. Dado que, de reconocer o allanar las imputaciones efectuadas y dentro del plazo de descargos, el órgano resolutorio podrá imponer una amonestación.³⁶ Adicional se exonera de los costos.

La figura normativa señala que debe allanarse o reconocer todas las imputaciones, asimismo, que existe casos donde no podrá imponerse una amonestación como actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y sustancias peligrosas, solo se consideran como atenuante más se impondrá igualmente una sanción pecuniaria.

Asimismo, en caso el reconocimiento o allanamiento sea posterior a la presentación de descargos, dentro del plazo, entonces igual existirá multa pecuniaria.

- (iv) Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código

Siendo la presente atenuante materia de la presente investigación, solo señalaremos que el programa de cumplimiento efectivo está contemplada también con su regulación especial.

5. Programa de Cumplimiento efectivo en materia de Protección Al Consumidor

Conforme a lo desarrollado en los antecedentes, es a través de las modificatorias realizadas en el Código, en el año 2017 se obtuvo una atenuante “especial” para la imposición de sanciones en la materia del presente análisis, cabe resaltar que conforme al

³⁶ En su mayoría el Indecopi, a través de sus órganos resolutorios en materia de protección al consumidor, solo amonestan son pocos los casos donde son multados pecuniariamente hacia los proveedores.

art. 112.4 del mismo cuerpo normativo, solamente señalaba los elementos que debía contener el programa de cumplimiento.

Es recién, con el Decreto Supremo 185-2019-PCM, donde se desarrolla de forma más explícita lo que debe contener cada elemento del programa de cumplimiento, aun así, en la actualidad de los pocos procedimientos³⁷ donde se presenta el referido programa el Indecopi no ha tenido un pronunciamiento definitivo respecto a cuándo se considerará como atenuante su presentación dentro de un procedimiento sancionador.

Para el presente acápite se desarrollara los elementos del programa de cumplimiento conforme a lo señalado en el referido Decreto Supremo, en ese sentido, los elementos son:

- (i) Involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos del proveedor: Se indica que los programas deben ser aprobados por el directorio u órgano de gobierno³⁸, conforme a su forma de constitución empresarial. Asimismo, el involucramiento y compromiso de los directivos de la empresa debe quedar documentado en actas de directorio, hechos de importancia o, en general, cualquier otro documento institucional que demuestren su compromiso expreso o tácito de su alta dirección.

Respecto al primer elemento, si bien, es bastante específico respecto a cómo debe ser aprobado el programa de cumplimiento por parte de una empresa, cabe recordar que las formas societarias tienen diferentes formas de constitución, en ese sentido, para las empresas con denominación EIRL³⁹ u otras, podrán señalar dicho acuerdo de aprobación del programa de cumplimiento en distintos documentos – v.g. libro de actas – los cuales lograrán cumplir el requisito formal conforme a este elemento⁴⁰.

³⁷ Expediente 127-2016/CC3, de oficio contra Hipermercados Tottus S.A. y expediente 191-2018/CC3, de oficio contra Autotaxi Satelital S.A.C.

³⁸ Acreditados documentalmente donde consten las aprobaciones y/o conformidades del máximo órgano de gobierno, alta dirección de la persona jurídica, o quien haga sus veces, según corresponda, de las principales políticas y acciones que resulten necesarias, referidas a la implementación del programa de cumplimiento.

³⁹ Conforme a la Ley General de Sociedades, Ley 26887, existe diversidad de sociedades como la Sociedad Anónima, Anónima Abierta, Anónima Cerrada, Sociedad en Comandita, Sociedad de Responsabilidad Limitada, entre otros.

⁴⁰ Conforme al mismo reglamento todos estos documentos son pasibles de fiscalización o pedido de los órganos resolutivos del Indecopi en el ámbito de sus competencias.

Sin embargo, cabe la pregunta ¿Es solamente para los proveedores que tienen una forma societaria?, del cuerpo normativo no se infiere que sea solamente para dichos proveedores, más aún, cuando en las definiciones incluye la “de proveedor”⁴¹. En ese sentido, una persona natural también podrá acogerse a este programa de cumplimiento⁴².

Adicionalmente, el proveedor debe encargarse de incorporar mecanismos de vigilancia para monitorear y detectar las posibles contingencias para la ejecución del programa.

- (ii) Que el programa cuente con una política de procedimientos destinados al cumplimiento de la normativa: Referido a que el proveedor establezca lineamientos que funcionen como una guía en la actuación de los miembros de la organización (trabajadores, directorio, entre otros) en función a los riesgos aplicables a sus operaciones y actividad para el cumplimiento de las normas de protección al consumidor, considerando de forma referencial los riesgos tales como actos de discriminación, no brindar información relevante, no respetar garantías, el establecimiento de cláusulas abusivas, entre otros. Estas políticas pueden constar de manuales de buenas prácticas comerciales, manuales de atención y organización y, en general, cualquier política interna orientada a cumplir con la normativa.

En cuanto, al presente elemento, un proveedor debe señalar lineamientos que se plasmen en documentos que sean conocidos por todos los miembros de su empresa u organización. Como bien se señala, dependerá de las operaciones y actividades que desarrolle el proveedor para realizar los lineamientos, pues, no es lo mismo la actividad económica de restaurantes a la venta de vehículos entre otros.

⁴¹ DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL REGLAMENTO QUE PROMUEVE Y REGULA LA IMPLEMENTACIÓN VOLUNTARIA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y PUBLICIDAD COMERCIAL – DECRETO SUPREMO 185-2019-PCM.

3.4. proveedor: Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. (subrayado propio)

⁴² Cabe aclarar que también en las definiciones señala que el programa de cumplimiento tiene como objetivo de detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de la normativa por parte de los proveedores (...). Asimismo, se entiende que para un proveedor como persona natural sería bastante complicado tener un programa de cumplimiento, más aún, el tiempo y cumplimiento de cada uno de los elementos para su elaboración.

En ese sentido, la particularidad de los lineamientos se dará caso por caso, empero, considero como riesgos generales para todo proveedor: la de información relevante, y sea de sus productos o servicios⁴³, la existencia de productos o servicios defectuosos, denegación al acceso y respuesta al libro de reclamaciones.

Si bien, señala que las políticas pueden constar en manuales también indica que estas pueden ser en cualquier política interna orientada a cumplir con la normativa, sin embargo, ¿Cómo acreditar la política interna?, a consideración propia y conforme a la normativa del Indecopi, respecto a las pruebas dentro de un procedimiento⁴⁴, se pueda designar a un personal para la identificación, evaluación y mitigación de riesgos, sería recomendable que las mismas se encuentren contenidas en documentos (informes o similares donde consten las mismas, adicional de las políticas específicas para los procedimientos destinadas al cumplimiento normativo).

- (iii) El programa cuente con mecanismo internos para el entrenamiento de su personal en cumplimiento de la normativa: Señala que, el proveedor educa y entrena, principal pero no necesariamente de manera exclusiva, al personal que tenga contacto directo con el producto o servicio y se evidencia en que la empresa brinde charlas de inducción, capacitación, cursos presenciales o virtuales sobre los programas de cumplimiento y el respeto de la normativa en protección al consumidor.

Respecto al presente elemento, considero un error señalar que la educación y entrenamiento va hacia el personal con contacto directo con el producto o servicio, y si bien hace la salvedad que no es necesariamente exclusiva, debió considerar también al

⁴³ Es claro que, puede haber servicios particulares, por ejemplo el servicio legal, se puede señalar que un estudio de abogados podría brindar información respecto a la asesoría en cuanto a lo que pueda conllevar.

⁴⁴ Facultades, normas y organización del INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO 807

Artículo 31.- Las partes sólo podrán ofrecer los siguientes medios probatorios:

a) Pericia;

b) Documentos, incluyendo todo tipo de escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos y bienes que recojan, contengan o representen algún hecho, una actividad humana o su resultado; e

c) Inspección.

Excepcionalmente podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas, sólo si a criterio del Secretario Técnico de la Comisión éstas revisten especial importancia para la resolución del caso.

Respecto al mismo, en materia de protección al consumidor, la presentación de declaraciones no está permitida y como tal solo se permitiría una declaración por medio escrito, filmico o de audio.

personal que tiene trato directo con los consumidores⁴⁵. Pues son ellos quienes son los primeros en iniciar y desarrollar la relación de consumo, en general⁴⁶.

En cuanto, a cómo acreditar la evidencia de la educación y entrenamiento, todo debe constar en documentos, sean evaluaciones realizadas al personal, declaraciones escritas de haber superado el entrenamiento, actas de compromiso entre otros. Asimismo, si existe un personal encargado del cumplimiento puede elaborarse calendarios o planes de capacitación y educación permanente hacia los colaboradores⁴⁷.

- (iv) Que existan mecanismos de monitoreo, auditorías y reporte de eventuales incumplimientos: El monitoreo busca verificar y detectar oportunamente el desarrollo y ejecución efectiva del programa lo que permitirá realizar un control de daños interno. Por su parte, en la auditoría se evalúan los resultados del monitoreo para verificar la ejecución del programa mediante la revisión de planes de mitigación de riesgos, reportes de cumplimiento e informes.

Lo señalado presenta la división de dos momentos uno en el monitoreo y otro en la auditoría, cada uno tiene su desarrollo para el programa de cumplimiento. También indica la forma de constar dichas acciones, como informes, planes de mitigación de riesgos y avances periódicos o todo documento que deje constancia de la evaluación de riesgos y potencial mitigación.

- (v) Que el programa cuente con mecanismos para disciplinar los eventuales incumplimientos a la normativa: El proveedor podrá implementar distintos mecanismos para disciplinar, corregir y prevenir los eventuales incumplimientos, igualmente establecer un régimen de incentivos para los

⁴⁵ Personal de atención al público, ventas, plataforma de atención, cajeros de venta entre otros.

⁴⁶ Al respecto Fiorella Seno Vasallo comparte dicha opinión esta vertida en “Apuntes sobre los lineamientos para la implementación voluntaria de Programas de cumplimiento normativo en materias de protección al consumidor y publicidad”, IUS 360, 07 de diciembre de 2019 <https://ius360.com/publico/administrativo/apuntes-sobre-los-lineamientos-para-la-implementacion-voluntaria-de-programas-de-cumplimiento-normativo-en-materias-de-proteccion-al-consumidor-y-publicidad/>

⁴⁷ Puede hacerse reuniones con comités o representantes de los trabajadores, o también con el comité de Riesgos, Ética, Auditoría u otra instancia colegiada interna. Entrevistas con colaboradores, directivos de la empresa, consumidores y otras partes interesadas.

trabajadores que cumplan con la normativa; régimen de faltas, medidas disciplinarias o incluso sanciones ante incumplimientos reiterados.

En relación al presente elemento, si bien todo puede ser desarrollado en un código interno de cumplimiento, cabe resaltar que podría incluir los incentivos o las sanciones disciplinarias. En cuanto, a los incentivos podría considerarse bonos, reconocimientos, capacitaciones u otras medidas que puedan generar una mejoría en el personal que realice el cumplimiento del programa de cumplimiento. Para las sanciones no desarrolla qué tipo o forma de las mismas se pueda aplicar y se puede afirmar que podría llegarse a faltas tan graves que conlleven la extinción del vínculo laboral⁴⁸.

Asimismo, el programa de cumplimiento no debe ser considerado como obediencia incondicional a la autoridad de alta gerencia o dirección, sino más bien, que toda persona dentro de la organización del proveedor promueva cumplir el mismo, enfatizando la responsabilidad de cada individuo iniciando por la alta dirección.

- (vi) Los incumplimientos deben ser aislados y no obedecer a una conducta reiterada: De acuerdo al artículo 10° del referido Decreto Supremo, se evaluarán que el incumplimiento responda a una conducta infractora aislada, tomando en cuenta aspectos como el tamaño de la empresa, participación del mercado, volumen de transacciones, entre otros elementos que permitan evaluar los programas de cumplimiento en relación al sector o actividad económica en la cual se aplica.

Como puede apreciarse, el contenido de este requisito no es realmente desarrollado, por lo que, el administrado carecería de un parámetro idóneo a seguir en la medida que no existen lineamientos claros de cuándo y hasta que extensión un incumplimiento será considerado como un hecho aislado.

En ese sentido, puede llegarse a la conclusión respecto a este acápite que implementar un programa de cumplimiento denota un esfuerzo bastante complejo para el proveedor, aunado que es probable que no pueda hacerlo el mismo, sino que tendrá que contratar un asesor legal para la orientación y redacción del mismo, personal adicional para auditorías

⁴⁸ Conforme a la normatividad laboral, el empleador en aplicación de su potestad sancionatoria puede imputar las faltas que cometa el trabajador, asimismo, puede sancionar conforme a la normatividad y normas internas de trabajo.

entre otros aspectos que el reglamento no contempla como externalidades que genera su aplicación.

6. La graduación de sanción en el procedimiento administrativo sancionador por los Órganos Resolutivos del Indecopi

Conforme a lo desarrollado, toca ingresar a como se viene aplicando la graduación de la sanción por parte de los órganos resolutivos en materia de protección al consumidor del Indecopi.

A través del artículo 112 del Código⁴⁹, establece los criterios para aplicar una sanción, siendo estos:

- El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
- La probabilidad de detección de la infracción.
- El daño resultante de la infracción.
- Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
- La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
- Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

⁴⁹ Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571

Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Al graduar la sanción, el órgano resolutivo puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
 2. La probabilidad de detección de la infracción.
 3. El daño resultante de la infracción.
 4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
 5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
 6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.
- Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:
1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
 2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
 3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
 4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
 5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
 6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

En su gran mayoría, los órganos resolutiveos utilizan un par de dichos criterios y en algunos casos utiliza la totalidad de los mismos, dependerá de cada caso en concreto para poder aplicar los mismos.

Pues no es lo mismo sancionar a un proveedor al vender un vehículo con defectos de fábrica a un proveedor que realiza un acto discriminatorio.

En ese sentido, muchas veces las sanciones se aplican con valores que, en algunos casos, solamente el Indecopi podrá sostener pero de una evaluación exhaustiva no se podrá obtener la forma real del valor objetivo de los mismos⁵⁰.

Tocare solo una materia para ejemplificar como es el caso de las aerolíneas cuando cancelan o retrasan su vuelo tramitado en distintos órganos resolutiveos, primero tenemos el sancionador de oficio contra Peruvian Airlines Perú S.A.C. iniciada por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi Lima Norte, donde se impuso una multa de 10 UIT por 8 vuelos retrasados y cancelados⁵¹.

En la parte correspondiente a la graduación de la sanción toman como criterio el beneficio ilícito obtenido, la probabilidad de detección y los efectos que generan en el mercado. Lo particular es que por un retraso de vuelo imponen la multa de 2UIT y por una cancelación 1UIT. Uno pensaría que es por la particular del beneficio ilícito o probabilidad de detección pero de la revisión del mismo, se obtiene el mismo valor para cada uno de los vuelos.

Lo mismo, sucede en otros casos similares⁵², siendo así no los únicos casos en distintas materias donde se sanciona sin una razón objetiva sólida, sin embargo, existe una materia del Código que se ha aplicado parámetros objetivos y fijos para la imposición de

⁵⁰ Como se puede ver del estudio realizado por LA MADRID PACHERRES, Milagros Mercedes, “Criterios de graduación de sanciones administrativas en la ley de protección y defensa del consumidor”, Piura, 2018

⁵¹ Expediente 63-2017/ILN-CPC-SIA, de Oficio contra Peruvian AirLines S.A.C., de los fundamentos de la graduación los vuelos son del año 2016, siendo estos: vuelo 212, vuelo 126, vuelo 127, vuelo 711, vuelo 211, vuelo 122, vuelo 220 y vuelo 122. Las cancelaciones de vuelo son la de 212 y 220, los demás son retrasos.

⁵² Expediente 0047-2018/CPC-INDECOPI-LAL-SIA, de oficio contra Latam Airlines S.A., donde la Sala en segunda instancia señalo que para vuelos en demoras o cancelaciones se impone usualmente multas entre 0.5 a 2UIT. O el expediente 0028-2018/CPC-INDECOPI-SIA, donde igualmente se sanciona por 4 vuelos demorados y 3 cancelados con 1 UIT por retraso y 2UIT por cancelados pero del desarrollo de los mismos no se puede obtener objetivamente el motivo.

sanciones, siendo está cuando se infringe lo relativo al Libro de Reclamaciones, donde se realiza mediante un aplicativo⁵³.

Hasta el momento es el único caso donde se observa parámetros objetivos y establecidos sin poner valores “subjetivos”,⁵⁴ entendido como al libre albedrío del órgano resolutor. No es óbice, del presente trabajo proponer una solución para todos los casos, sin embargo, debo señalar que sería recomendable que en los casos donde se imponga una sanción pecuniaria previamente pase por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi para fundamentar plenamente la misma.

Mientras se redacta el presente artículo se tiene aún sin aplicación el Decreto Supremo 032-2021-PCM⁵⁵, el cual establece la metodología de graduación de sanciones y factores de determinación de la misma, la fórmula que se aplicará en general es:

$$M = m \times F$$

Teniendo en términos generales, que la multa preliminar (M) es el resultado de multiplicar el valor estimado de la multa base (m) por un componente que captura el efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en cada caso (F).

6.1. Órganos Resolutivos y el dictado de medidas correctivas.

Cabe recordar que, con la multa impuesta por los órganos resolutivos puede dictarse medidas correctivas para corregir la infracción la conducta del proveedor. En ese sentido, ¿Puede ser la medida correctiva la implementación de un programa de cumplimiento?

Veamos, en materia de Libre Competencia se establece que, además de las sanciones por infracciones a dicha norma, el órgano resolutor puede dictar medidas correctivas

⁵³ Aplicativo que se encuentra para descargar en formato Excel en <https://www.indecopi.gob.pe/en/libro-de-reclamaciones> o <https://indecopi.gob.pe/en/sanciones-por-infracciones-vinculadas-al-libro-de-reclamaciones>

⁵⁴ Pues se observa que comisiones regionales del Indecopi, no fundamentan debidamente sus graduaciones de sanción y la Sala en algunos casos declara nula o confirma la misma, ejemplos: expediente 02417-2017/CC2, 02097-2018/CC2 entre otros.

⁵⁵ Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia, DECRETO SUPREMO 032-2021-PCM

Conforme al artículo 3 de la misma, la entrada en vigencia será de manera conjunta con la entrada en vigencia de la Ley N° 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, parte de éstas se encuentra el desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia⁵⁶.

En materia de protección al consumidor el Código establece las medidas correctivas reparadoras y complementarias, en cuanto a la primera tienen como objeto resarcir las consecuencias patrimoniales ocasionadas al consumidor por la infracción cometida por el proveedor, y respecto a la segunda tienen como efecto revertir la conducta infractora o evitar que se produzca a futuro. El Código señala los supuestos de dictado de dichas medidas⁵⁷.

En este aspecto, debo resaltar la similitud de la medida complementaria señalada en el Código en su artículo 116. f con el dictado de medidas correctivas en materia de libre competencia. Estimo conveniente afirmar que los órganos resolutivos en materia de protección al consumidor podrían dictar una medida correctiva como la implementación, desarrollo y ejecución de un programa de cumplimiento en dicha materia.

La propia norma la faculta, sería interesante tener un pronunciamiento similar a lo señalado en un procedimiento sancionador, donde se designe un oficial de cumplimiento⁵⁸ como la propia capacitación del órgano resolutivo. Aportaría bastante tener dichas acciones para una implementación correcta del programa de cumplimiento. Obviamente en algunos casos no será suficiente pero no existiendo pronunciamientos recientes con la

⁵⁶ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en: (...)

e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia

⁵⁷ Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571

Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras.

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. En caso el órgano resolutivo dicte una o varias medidas correctivas, debe considerar lo acordado por las partes durante la relación de consumo. (...)

Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes: (...)

f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. (subrayado propio)

⁵⁸ Es claro que tener un oficial de cumplimiento genera cierta confianza en que se implementará y llevará a cabo de forma adecuada un programa de cumplimiento, sin embargo, Indecopi ha sancionado a empresas en materia de Libre Competencia pese a que tenían dicho oficial.

publicación del reglamento ayudaría como incentivo de implementación de los proveedores.

7. Análisis del valor objetivo para aplicar como atenuante a un Programa de Cumplimiento en materia de Protección al Consumidor.

Habiendo desarrollado la forma como actúa el Indecopi, a través de sus órganos resolutivos toca señalar como debe merituar la presentación del programa de cumplimiento en un procedimiento administrativo sancionador en la materia del presente trabajo.

Como se señaló anteriormente, el redactar, elaborar y obtener un programa de cumplimiento conlleva tiempo, asesorías, implementación, desarrollo, educación, entrenamiento entre muchos otros factores para que pueda funcionar dentro de la organización interna y externa del proveedor.

Por ejemplo en temas de Libre Competencia el Indecopi ha señalado lo siguiente respecto a los programas de cumplimiento en dicha área⁵⁹.

En cuanto al compromiso de cumplir de alta dirección, señala que se refiere al nivel de involucramiento que debe existir en las altas jerarquías de una empresa, tanto Gerente General como su Directorio, para el cumplimiento de la normatividad del sector con la finalidad exista un compromiso transversal respecto al programa de cumplimiento, evitando así un actuar incoherente entre los trabajadores y la alta dirección.

Respecto a la identificación y gestión de riesgos señala ser un componente esencial lo que permitirá a las empresas identificar con mayor certeza cuales son las líneas o áreas del negocio que presentan una mayor aversión a incumplir las normas de dicha área, y por ende, le permitirá reconocer el alcance de las acciones que deberá desplegar a fin de reducir los riesgos de cometer una infracción.

En cuanto a procedimientos y protocolos internos refieren ser componentes esenciales de todo programa de cumplimiento y tiene como finalidad alinear de manera ética el

⁵⁹ Expediente 017-2015/CLC, resuelto mediante Resolución N° 010-2017/CLC-INDECOPI,

comportamiento de los trabajadores de la empresa en las prácticas comerciales expuestas a una infracción.

Respecto a las capacitaciones anuales para los trabajadores señala que radica en fomentar un espacio de diálogo y motivación para el desarrollo de una cultura de cumplimiento a nivel organizacional. Asimismo, las capacitaciones realizan que los trabajadores desarrollen sus labores de la mejor forma respecto al cumplimiento normativo, y puedan encontrarse en una mejor situación para resistir presiones (internas o externas) para incumplir.

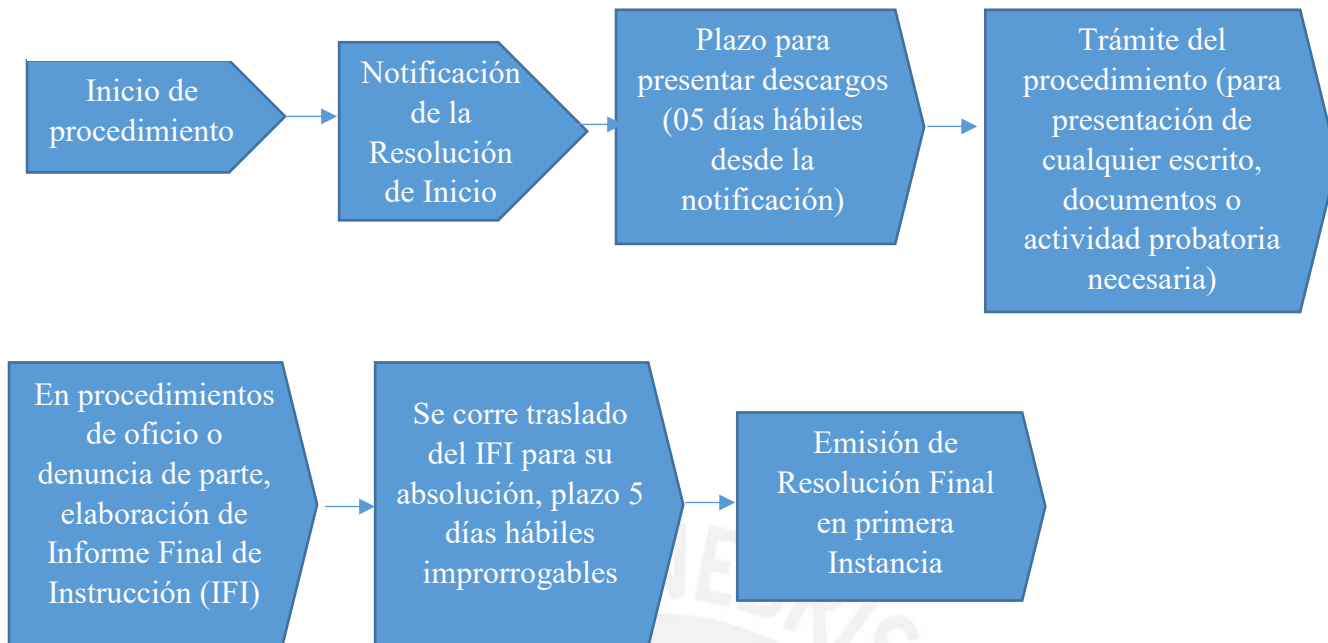
En cuanto al procedimiento de consulta o denuncias, señala que éstas permiten que los trabajadores de la empresa tengan al alcance los canales de contacto para consultar no solamente interrogantes sobre las posibles infracciones de la normatividad, sino también para denunciar una presunta infracción.

En ese sentido, la presentación del programa de cumplimiento será dentro del procedimiento administrativo sancionador, ya sea a pedido de parte o de oficio, ante los órganos resolutivos del Indecopi.

Cabe la pregunta ¿Cuál es la oportunidad de presentarlo?, a consideración propia y conforme a la experiencia, debo señalar que puede ser presentada en dos momentos, uno a la presentación de descargos, dentro del plazo legal, o dentro del procedimiento hasta antes de la emisión de la Resolución Final (sea en primera o segunda instancia)⁶⁰, lo cual puede ser señalado en el siguiente esquema.

⁶⁰ Todo conforme a los principios del procedimiento administrativo en general, principio de presunción de veracidad, principio de verdad material y principio de informalismo.

Tabla 1 Procedimiento



(Fuente: propia)

En el caso de segunda instancia, es más sencillo el trámite pues se eleva el expediente, se corre traslado de la apelación y se emite la Resolución Final.

Cabe recordar algunos principios del procedimiento administrativo general que rigen para la actuación dentro del procedimiento sancionador como son: el principio de verdad material, entendida como el deber de la autoridad de verificar plenamente los hechos, concordada con el principio de presunción de veracidad, comprendida como la presunción de que todas las declaraciones y documentos presentadas por las partes responden a la verdad de los hechos que se afirman. Además, del principio de buena fe procedimental, entendida como que todo participante del procedimiento administrativo están guiados por la buena fe y colaboración⁶¹.

⁶¹ T.U.O. DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY 27444 TITULO PREMILIMAR.- Artículo IV Principio del procedimiento administrativo
1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.
1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad

Como normatividad internacional se tiene las ISO 19600 y 37301⁶², la primera tiene como objetivo mejorar el perfil de riesgo de las organizaciones a través de programas de cumplimiento presentando un documento que permita unir las principales leyes y regulaciones con la mejora de la práctica de negocios teniendo como prioridad 5 aspectos: el compromiso con el cumplimiento y liderazgo de la alta dirección, evaluación de riesgos, estándares y controles, formación y monitoreo y documentación⁶³.

La ISO 37301, tiene como finalidad ayudar a las organizaciones a desarrollar y difundir educación efectiva del programa de cumplimiento, la cual genera una gestión eficaz y sólida de los riesgos del incumplimiento del programa. Además, se encuentra considerada como una oportunidad para aprovechar, los beneficios que proporciona el mismo hacia una organización, sea pública o privada, sirviendo como referencia a los órganos reguladores y judiciales.

La estructura señalada en la ISO, esta acoplada por los tiempos de pandemia que se vive, la misma se encuentra contemplada en 10 capítulos y un anexo las cuales son⁶⁴:

- Alcance
- Referencias normativas
- Términos y definiciones
- Contexto de la organización
- Liderazgo
- Planificación
- Soporte
- Operación
- Evaluación de desempeño
- Mejora

administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

⁶² Existe normas ISO adicionales pero están tienen como perfil principal las normas de cumplimiento en general.

⁶³ Normas Compliance ISO 19600 y Antisoborno 37001, Consulta: 18 de junio de 2021.

<https://www.compliance-antisoborno.com/que-priorizar-en-un-programa-de-cumplimiento-iso-19600/>

⁶⁴ AENOR, Certificación ISO 37301 Sistemas de gestión de Compliance, Consulta: 18-06-2021

<https://www.aenor.com/certificacion/compliance-y-buen-gobierno/sistemas-gestion-compliance-37301>

Entonces, si habiendo sido presentado por el proveedor en un procedimiento administrativo sancionador, y ante una posible sanción pecuniaria ¿Cómo saber el valor objetivo del programa de cumplimiento?.

Preliminarmente puede desarrollarse los lineamientos a realizar por el proveedor para la implementación de la misma⁶⁵:

- Involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos del proveedor: Se indica que los programas deben ser aprobados por el directorio u órgano de gobierno, conforme a su forma de constitución empresarial.

Tabla 2 Primer elemento

| Acreditación del cumplimiento | Acreditación del funcionamiento |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - Actas de directorio, hechos de importancia o, en general, cualquier otro documento institucional que demuestren su compromiso expreso o tácito de su alta dirección - En cuanto a las formas societarias existe diferentes formas de constitución, en ese sentido, por ejemplo: una EIRL u otras, podrán señalar dicho acuerdo en su libro de actas. | <ul style="list-style-type: none"> - Involucramiento del máximo órgano de gobierno, alta dirección de la persona jurídica o natural, o quien haga sus veces, según corresponda, en el proceso de gestión de riesgos. |

- Que el programa cuente con una política de procedimientos destinados al cumplimiento de la normativa: Referido a que el proveedor establezca lineamientos que funcionen como una guía en la actuación de los miembros de la organización (trabajadores, directorio, entre otros) en función a los riesgos

⁶⁵ Se toma como referencia lo desarrollado hasta el momento e información de las normatividades sectoriales (Informe de la Superintendencia del Mercado de Valores, contenido en <https://www.smv.gob.pe/Uploads/LineamientosParaImplementacionMPD.pdf>, Indecopi en Libre Competencia, *compliance* penal entre otros)

aplicables a sus operaciones y actividad para el cumplimiento de las normas de protección al consumidor.

Tabla 3 Segundo elemento

| Acreditación del cumplimiento | Acreditación del funcionamiento |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - Documentos donde consten las políticas, procedimientos, protocolos manuales, etc., para la identificación, evaluación y mitigación de los riesgos aplicables a sus operaciones y actividades. - Documentos donde consten los objetivos y las metodologías utilizadas para la identificación, evaluación y mitigación, aplicables a sus operaciones y actividades. | <ul style="list-style-type: none"> - Aplicación de los procedimientos, protocolos, manuales, metodologías, etc. para la identificación, evaluación y mitigación de los riesgos. - Aplicación de las políticas específicas o diferenciadas, de corresponder. - Resultados de la identificación y evaluación de los riesgos de acuerdo con la metodología indicada en la fase de implementación, conjuntamente con la información y documentación que lo sustente. |

- El programa cuenta con mecanismo internos para el entrenamiento de su personal en cumplimiento de la normativa.

Tabla 4 Tercer elemento

| Acreditación del cumplimiento | Acreditación del funcionamiento |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Documentos donde consten las capacitaciones, entrenamiento, charlas de inducción, cursos presenciales o virtuales sobre los programas de cumplimiento y el respeto de la normativa en protección al consumidor. | <ul style="list-style-type: none"> - Resultados del entrenamiento, charlas de inducción, cursos y evaluaciones realizadas al personal. - Medidas adoptadas respecto de los resultados de las evaluaciones sobre el modelo de prevención. |

| | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Evaluaciones realizadas al personal (virtuales o escritas), declaraciones escritas de haber superado el entrenamiento, actas de compromiso entre otros. - Registro de los tipos de capacitación y tópicos en función al nivel de riesgo del área o puestos críticos. | <ul style="list-style-type: none"> - Entrevistas o encuestas realizadas a los trabajadores. |
|---|--|

- Existencia de mecanismos de monitoreo, auditorías y reporte de eventuales incumplimientos.

Tabla 5 Cuarto elemento

| Acreditación del cumplimiento | Acreditación del funcionamiento |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Documentos donde consten las políticas y/o procedimientos de evaluación, monitoreo y mejora continua, de actualización de los programas de prevención y/o procedimientos de auditoría interna. - Plan anual de auditoría de programas de prevención. - Documentos donde consten las políticas y/o procedimientos de interrupción, remediación rápida y oportuna, así como el tratamiento y/o aplicación de acciones correctivas ante infracciones y violaciones al programa de cumplimiento. | <ul style="list-style-type: none"> - Aplicación de las políticas y/o procedimientos de evaluación, monitoreo, y mejora continua, de actualización de los programas de prevención y/o procedimientos de auditoría interna. - Auditoría del programa de prevención. - Acciones de remediación y/o correctivas ante infracciones y violaciones del programa de cumplimiento. - Supervisión y/o revisión constante del modelo de prevención. - Identificación de fortalezas y falencias del programa de cumplimiento. |

- Que el programa cuente con mecanismos para disciplinar los eventuales incumplimientos a la normativa.

Tabla 6 Quinto elemento

| Acreditación del cumplimiento | Acreditación del funcionamiento |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Documento que acredite el mecanismo disciplinario ante eventual incumplimiento de la normatividad vigente en protección al consumidor - Implementación de canal(es) de denuncias, de la investigación interna y de la imposición de sanciones y/o medidas disciplinarias. - Políticas y/o procedimientos de investigación interna. - Documentos donde consten las políticas de protección del denunciante contra represalias y de protección de datos personales, de corresponder. - Documento donde conste un procedimiento predeterminado, conocido y predecible para la imposición de sanciones y/o medidas disciplinarias, en caso se haya establecido un régimen de sanciones. - Documentos donde consten las políticas de recompensas o incentivos para los denunciantes, de corresponder. | <ul style="list-style-type: none"> - Medidas de protección adoptadas a favor de los denunciantes, que garanticen la confidencialidad de la denuncia y, de ser el caso, el anonimato del denunciante - Resultados de las investigaciones, sanciones y/o medidas disciplinarias impuestas, de corresponder. - Incentivos otorgados a los trabajadores, de corresponder. |

- Los incumplimientos deben ser aislados y no obedecer a una conducta reiterada.

Respecto al mismo, verificar que se realice el cumplimiento de los demás lineamientos para la evaluación por parte del Indecopi, en cuanto lo requieran.

De todo lo desarrollado hasta el momento se puede afirmar que genera un gasto para el proveedor pues debe asumir todo lo referido para que pueda existir su programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor.

Ahora bien toca desarrollar cuanto es el costo objetivo de gasto que incurre el proveedor para desarrollar la misma.

Para resolver dicha cuestión, debemos elaborar el siguiente cuadro:

Tabla 7 Costo objetivo programa cumplimiento

| Tipo de proveedor | Consideraciones para su implementación y desarrollo del Programa de Cumplimiento | Factores a evaluar para la sanción |
|--|---|---|
| Persona Natural | Elaboración del programa (incluye asesorías, redacción en documentos, acuerdos de su alta dirección, u órganos de gobierno, entre otros). Implementación del programa para todo su | Considerando las horas hombre de su implementación, desarrollo, cumplimiento, monitoreo y auditorias para el programa de cumplimiento ⁶⁶ , adicionalmente de evaluar su conducta dentro del procedimiento, |
| Persona jurídica MYPE (ingreso anual hasta 150UIT) | | |
| Persona jurídica pequeña empresa (ingreso anual de 150 a 1700 UIT) | | |
| Persona jurídica mediana empresa (ingreso anual 1700 a 2300 UIT) | | |

⁶⁶ Solo tomando como referencia el costo por hora por trabajador del sector de servicios 2016 – INEI equivalente a S/ 36.33, Información publicada por el INEI. Se estimó que una persona labora 30 días al mes. Ver: <https://www.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/income/>

En ese sentido, si la sola elaboración fuese desarrollada en un plazo de 120 horas, adicional que se tenga la educación y entrenamiento de personal en un plazo de 48 horas, más el monitoreo y auditoria constante aproximada en 3 horas semanales, siendo 156 horas anuales generaría un gasto general de S/ 11,770.92 soles por persona, sin contar los gastos adicionales como asesoría entrenamiento de personal nuevo, gastos en tecnología, materiales y otros.

| | | |
|--|--|--|
| Persona jurídica gran empresa (ingreso anual superior a 2300 | personal de la organización. Educación, entrenamiento, capacitación periódica, evaluaciones al personal. Monitoreo y auditorias periódicas para su desarrollo y efectivo cumplimiento. Otros. | participación en el mercado, volumen de transacciones. |
| LA PROPUESTA ES QUE LA ATENUANTE NO SEA MENOR A 25% NI MAYOR A 50% DE UNA MULTA PECUNIARIA | | |

Si bien, podría considerarse otros factores⁶⁷, la presente propuesta permite acreditar que un proveedor, realiza un gran esfuerzo para todo lo que implica el programa de cumplimiento.

Indecopi, no debe negar o desconocer el mismo, como se ha podido observar en el caso de Hipermercados Tottus, anteriormente mencionado, donde alego dentro del procedimiento que su programa generó disminución de sanciones recibidas por infracción del Código, empero, el Indecopi no los tomo como suficientes.

Establecer este criterio objetivo analizado en el presente acápite beneficiaria a la predictibilidad de los procedimientos sancionadores por los órganos resolutivos del Indecopi, además de obtener un incentivo para su implementación en todos los ámbitos económicos por parte de los proveedores y así cumplir una de sus políticas públicas conforme al Código⁶⁸.

⁶⁷ Es menester resaltar, que el proveedor podría presentar dentro del mismo procedimiento eximentes y atenuantes adicionales al programa de cumplimiento que podría generar disminución o eliminación de la sanción

⁶⁸ Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571

Artículo VI.- Políticas públicas

(...) 8. El Estado procura y promueve una cultura de protección al consumidor y comportamiento acorde con la buena fe de los proveedores, consumidores, asociaciones de consumidores, sus representantes, y la

Adicionalmente y conforme a la normativa de graduación de sanciones, que aún no está en vigencia, se puede mencionar que las circunstancias atenuantes pueden reducir la multa base hasta en un 50%.

Lo cual, conlleva a generar un símil con la propuesta desarrollada en el presente trabajo, más aún, cuando se necesita tener predictibilidad para una posible sanción teniendo el proveedor un programa de cumplimiento, que adicionalmente le ayude a mejorar a su organización, en protección al consumidor.

7.1.¿Aporta tener un programa de cumplimiento para los procedimientos sancionadores por denuncia de parte?

En la actualidad los procedimientos sancionadores en la materia señalada, tienen dos formas de inicio, ya sea por una denuncia de parte o de oficio. Como tal, las denuncias de parte se tramitan de forma similar a las denuncias por iniciativa de la autoridad (o de oficio).

Sin embargo, las denuncias de parte pueden concluir de distintas formas: conciliación, transacción, desistimiento, entre otros. Conforme a la legislación especial y general⁶⁹, no

función protectora de los poderes públicos, para asegurar el respeto y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Código, privilegiando el acceso a la educación, la divulgación de los derechos del consumidor y las medidas en defensa del consumidor.

⁶⁹ T.U.O. DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY 27444

Artículo 228. Conciliación, transacción extrajudicial y desistimiento

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

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

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

228.4 Procede el desistimiento conforme a lo regulado en los artículos 189 y 190

Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571

Artículo 107-A.- Formas de conclusión anticipada del procedimiento de oficio promovido por denuncia de parte.

En cualquier estado e instancia del procedimiento de oficio promovido por denuncia de parte, el órgano resolutorio puede declarar su conclusión anticipada en los siguientes supuestos:

1. Cuando el denunciante formule desistimiento del procedimiento o de la pretensión antes de la notificación de la resolución que agota la vía administrativa.
2. Cuando las partes lleguen a un acuerdo mediante conciliación, mediación, transacción o cualquier otro acuerdo que, de forma indubitable, deje constancia que se ha solucionado la controversia materia de denuncia antes de la notificación de la resolución que pone fin a la misma.

ahondare del motivo de la aplicación de dichas formas de conclusión del procedimiento al no ser materia del presente trabajo⁷⁰.

En ese sentido, los interesados – denunciante, al interponer la denuncia, y en caso sea calificada de forma positiva (es decir, la admisión e imputación de cargos) se correrá traslado hacia el denunciado quien tendrá la oportunidad de presentar sus descargos. Es en ese instante, como se señaló anteriormente, que el denunciado podrá presentar su defensa, como es la presentación del programa de cumplimiento en caso lo vea necesario; sin embargo, también podrá reconocer o allanarse a las infracciones señaladas por el órgano resolutorio para que no se imponga una multa pecuniaria sino una amonestación.

Puede entonces considerarse que no es un aporte tener un programa de cumplimiento en dicha materia, empero, no es tan cierta dicha afirmación, más aún, que existe procedimientos que a pesar ser denuncias de parte pueden conllevar a la imposición de multas pecuniarias altas.

Por ejemplo son los casos cuando denuncia las asociaciones de consumidores por afectación de los intereses difusos o colectivos, en dicho caso, pese al allanamiento que pueda presentar el denunciado, no podrá exonerarse en todos los casos de una multa pecuniaria, pues la afectación no fue en un caso en particular sino a un grupo determinado o indeterminado de personas⁷¹.

Sin embargo, el tener un programa de cumplimiento genera prevenciones para procedimientos ante el Indecopi pues ayuda a mejorar la organización interna de un proveedor.⁷²

Cualquiera de las partes podrá acreditar ante el órgano resolutorio la solución de la controversia, para que la autoridad declare la conclusión anticipada del procedimiento. El procedimiento continuará respecto de aquellos denunciados o pretensiones no comprendidos en dicha conclusión anticipada.

La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento entrañase interés general

⁷⁰ En temas de protección al consumidor sigue la disyuntiva si es un procedimiento sancionador neto o un trilateral-sancionador, pues las formas de conclusión, la calificación de la parte denunciante genera aún discusión en la actualidad, pese a que, la ley señala algo distinto.

⁷¹ Caso expediente 1380-2018/CC2, denunciante ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS – ASPEC, denunciado OPERACIONES ARCOS DORADOS DE PERÚ S.A.

⁷² Es claro que no todos los proveedores tiene la oportunidad de elaborar un programa de cumplimiento, por el propio costo y tiempo del mismo.

8. Reflexiones Finales

Las eximentes y atenuantes consideradas en la Ley 27444 son de aplicación a todos los procedimientos sancionadores, asimismo, la potestad sancionadora esta supeditada a la administración en respeto de las garantías y principios que enmarcan los procedimientos que inician.

Conforme al Decreto Supremo 185-2019-PCM, se tiene los elementos del Programa de Cumplimiento en protección al Consumidor siendo: Involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos del proveedor, el programa cuente con una política de procedimientos destinados al cumplimiento de la normativa, el programa cuente con mecanismo internos para el entrenamiento de su personal en cumplimiento de la normativa, existan mecanismos de monitoreo, auditorías y reporte de eventuales incumplimientos, el programa cuente con mecanismos para disciplinar los eventuales incumplimientos a la normativa, los incumplimientos deben ser aislados y no obedecer a una conducta reiterada, todo lo cual conlleva a un efectivo cumplimiento de la misma, la acreditación de cada elemento puede ser realizada con distintos documentos. Como actas, informes entre otros.

Los órganos resolutiveos no tienen al momento una forma establecida y objetiva para la imposición de sanciones hacia los proveedores pues si bien utilizan lo establecido en el artículo 112 del Código no existe predictibilidad o razonabilidad en todos los procedimientos que tramitan y resuelven los órganos resolutiveos del Indecopi, una gran ayuda será el Decreto Supremo 032-2021-PCM, que establece la forma de imposición de sanciones en las distintas materias que conoce el Indecopi, incluida la de protección al consumidor.

Considerando lo desarrollado puedo indicar que un programa de cumplimiento ayuda a todo proveedor en materia de consumidor pues genera una mayor confianza ante sus clientes pues tiene un procedimiento interno pre-establecido para dicho tipo de contingencias que al final evitarán llegar a un procedimiento administrativo sancionador, y en caso llegue al mismo, podrá acogerse a la atenuante en caso sea una infracción acreditada, la cual podrá ser presentada dentro del procedimiento hasta antes de la emisión de la resolución final, y tendrá que ser considerada por el órgano resolutiveo del Indecopi.

El programa de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor genera un gasto al proveedor ascendente a S/ 11,770.92, por cada trabajador, lo que conlleva a

ser considerado también por los órganos resolutivos del Indecopi, al momento de graduar una sanción.



Bibliografía:

Autores:

AQUISE NIÑO DE GUZMAN, Carolina

2018

Promoción de mecanismos de prevención y solución de conflictos para la eficacia en la protección de los consumidores, *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho N° 48-49, página 64.

ASTUDILLO MEZA, Guillermo y JIMENEZ MONTES, Sandra

2015

“Programas de Cumplimiento Como Mecanismo de Lucha Contra la Corrupción: Especial Referencia a La Autorregulación de Las Empresas”, *Derecho y Sociedad* (45), páginas 64 y 6.

DURAND CARRIÓN, Julio B.

2015

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú, *Revista de Actualidad Mercantil*, (4), Lima, página 96.

DURAND CARRIÓN, J. B.

2013

“Nuevos Criterios Resolutivos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, una Nueva Mirada de la Dimensión Real del Mercado y los Consumidores en el Perú”. *Derecho & Sociedad*, (41), 2013, paginas 289-296. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12779>

ESPINOZA LOZADA, Jesús y varios,

2020

Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, INDECOPI, Lima, página 9

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>

Gómez Apac, H.

2011

“*El procedimiento trilateral: ¿cuasijurisdiccional?*” Revista de Derecho Administrativo, 10. Derecho de la Competencia. Lima: Círculo de Derecho Administrativo.

GONZALES CUHO, José Carlos y MANRIQUE OPORTO, Víctor,

2019

Compliance en materia de Protección al Consumidor: Importancia, Objetivo Y Contenido, *Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, página 179.

LA MADRID PACHERRES, Milagros Mercedes

2018

“Criterios de graduación de sanciones administrativas en la ley de protección y defensa del consumidor”, Piura, 2018.

MARTÍN TIRADO, Richard

2014

El rol del denunciante en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores. *Praeceptum*. Año 1. Número 1. Lima. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

MORÓN URBINA, Juan.

2005

“Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora”, Lima: *Advocatus*, 2005, Número 13, pp. 237.

NEYRA CRUZADO, Cesar Abraham,

2018

“Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental”, Derecho PUCP N° 80, Lima, p. 336.

SANTAMARIA, Juan.

2000

Principios de Derecho Administrativo. (2000), Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 40.

SENO VASALLO, Fiorella

2019

“Apuntes sobre los lineamientos para la implementación voluntaria de Programas de cumplimiento normativo en materias de protección al consumidor y publicidad”, IUS 360, 07 de diciembre de 2019. Recuperado de:

<https://ius360.com/publico/administrativo/apuntes-sobre-los-lineamientos-para-la-implementacion-voluntaria-de-programas-de-cumplimiento-normativo-en-materias-de-proteccion-al-consumidor-y-publicidad/>

STUCCHI, Pierino

2016

Compliance en Relaciones de Consumo, Diario Gestión, 02 de octubre del 2016, consulta: 15 de octubre de 2020

<https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2016/10/compliance-en-las-relaciones-de-consumo.html/?ref=gesr>

SOSA HUAPAYA, Alex

2017

“El siguiente paso: La corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria”. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Tesis. Pp. 19.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1534>

ZÚÑIGA DIAZ, Giuiliana y VILCA RAVELO, Luis Enrique

2020

La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas, *Derecho y Sociedad*, (54) Lima, página 406.

Normas citadas:

Presidencia del Consejo de Ministros

2008

Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, Decreto Legislativo 1033, Lima, 25 de junio de 2008.

Presidencia del Consejo de Ministros

1996

Facultades, normas y organización del INDECOPI, Decreto Legislativo 807, Lima 18 de abril de 1996.

Presidencia del Consejo de Ministros

2008

Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034, Lima 25 de junio de 2008.

Presidencia del Consejo de Ministros

2019

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial, Decreto Supremo 185-2019-PCM, Lima, 30 de noviembre de 2019

Congreso de la República

1997

Ley General de Sociedades, Lima, 09 de diciembre de 1997.

Congreso de la República

2010

Código de Defensa y Protección al Consumidor, Ley 29571, Lima, 02 de setiembre de 2010.

Congreso de la República

Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, Lima, 11 de abril de 2011.

Congreso de la República

Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia, Decreto Supremo 032-2021-PCM, 23 de febrero de 2021.

Constitución Política del Perú

1993

Expedientes:

Tribunal Constitucional

2004

Sentencia 3315-2004-AA/TC (acción de amparo iniciada por Agua Pura Rovic S.A.C. contra el INDECOPI)

Tribunal Constitucional

2004

Expediente N° 1654 – 2004 –AA/TC

Indecopi

2016

Expediente N° 127-2016/CC3

Indecopi

2018

Expediente N° 0047-2018/CPC-INDECOPI-LAL-SIA

Indecopi

2018

Expediente 0028-2018/CPC-INDECOPI-SIA

Indecopi

2018

Expediente 191-2018/CC3

Indecopi

2017

Expediente 63-2017/ILN-CPC-SIA

Indecopi

2017

Expediente 02417-2017/CC2

Indecopi

2018

Expediente 0047-2018/CPC-INDECOPI-LAL-SIA

Indecopi

2018

Expediente 0028-2018/CPC-INDECOPI-SIA

Indecopi

2018

Expediente 02097-2018/CC2

Indecopi

2017

Expediente 017-2015/CLC

Indecopi

2018

Expediente 1380-2018/CC2

Páginas web:

Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención, (Ley N° 30424, sus modificatorias y su Reglamento), Superintendencia del Mercado de Valores, Consulta: 15 de abril de 2021.

<https://www.smv.gob.pe/Uploads/LineamientosParaImplementacionMPD.pdf>

Normas Compliance ISO 19600 y Antisoborno 37001, Consulta: 18 de junio de 2021.
<https://www.compliance-antisoborno.com/que-priorizar-en-un-programa-de-cumplimiento-iso-19600/>

AENOR, Certificación ISO 37301 Sistemas de gestión de Compliance, Consulta: 18-06 2021

<https://www.aenor.com/certificacion/compliance-y-buen-gobierno/sistemas-gestion-compliance-37301>