

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Final sobre la resolución N°
4035-2014/SPC-INDECOPI: Maricela Díaz Díaz contra
Supermercados Peruanos S.A.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Lucía Fernanda Montani Huaihuapoma

ASESOR:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe pretende analizar y profundizar en la Resolución N° 4035-2014/SPC-INDECOPI: Maricela Díaz Díaz contra Supermercados Peruanos S.A., identificando los motivos por los cuales el accionar de Supermercados Peruanos al registrar al menor hijo de la Sra. Maricela Díaz cuando se activaron sus alarmas, vulnera el deber de idoneidad referente a los servicios complementarios de seguridad de Supermercados Peruanos S.A.

Con dicho fin, en el presente documento se abordará primero los conceptos esenciales del deber de idoneidad para posteriormente poder desarrollar su concepto, el cual se verá dirigido específicamente a un servicio conexo como son los servicios de seguridad privada respecto de los servicios de expendio de alimentos y bebidas en supermercados. Posteriormente, y de manera central, se examinará la garantía implícita del deber de idoneidad, siendo uno de los aspectos más abstractos de dicha obligación jurídica que tiene todo proveedor. Dentro de ello se revisará el debatido concepto del “consumidor razonable”. Finalmente, a la luz de jurisprudencia del INDECOPI, se brindarán alcances más específicos respecto de las opciones legalmente viables que un proveedor de estos servicios puede tomar encontrándose en el mismo supuesto, o con pequeñas variables, para reducir los riesgos de una sanción ante la incertidumbre que brinda un malfuncionamiento de las alarmas de seguridad de dichos establecimientos.

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	JUSTIFICACIÓN	4
III.	HECHOS RELEVANTES DEL CASO	5
IV.	MARCO JURIDICO APLICABLE	7
V.	MARCO CONCEPTUAL.....	13
VI.	PROBLEMAS JURIDICOS	20
	1. DE LAS GARANTÍAS DEL DEBER DE IDONEIDAD Y LOS SERVICIOS CONEXOS.....	20
	2. DEL CONSUMIDOR RAZONABLE Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: ¿UN CONSUMIDOR RAZONABLE DEBE ACEPTAR UN REGISTRO PORQUE LA ALARMA SE ACTIVÓ?	25
	3. DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES: ¿SPSA CONTABA CON LA AUTORIZACIÓN SUFICIENTE PARA REALIZAR EL REGISTRO AL MENOR?	27
	4. DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM: ¿SE HA IMPUESTO UNA DOBLE SANCIÓN A SPSA POR LOS MISMOS HECHOS?	30
	5. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN: EN EL LARGO PLAZO, ¿SE PERJUDICARÍA MÁS AL CONSUMIDOR SI SE SANCIONA A SPSA POR EL MAL USO DE SU SISTEMA DE SEGURIDAD?	33
	6. PROBLEMA PRINCIPAL: DE LA VULNERACIÓN DEL DEBER DE IDONEIDAD DE SUS SERVICIOS DE SEGURIDAD AL INTERVENIR AL MENOR HIJO DE LA SRA. DÍAZ	35
<u>VII.</u>	<u>CONCLUSIONES</u>	38
<u>VIII.</u>	<u>BIBLIOGRAFIA</u>	40

I. INTRODUCCION

Es común sentir esa pequeña desesperación al pasar por los sensores de seguridad de cualquier supermercado o tienda por departamentos. Ese pequeño temor a que suene y se materialice frente a nosotros esa “presunción” de que uno intenta abandonar el local comercial sin pagar algún producto. Temor a las miradas que juzgan y a la calificación de ladrón. Ya de por sí, dicha experiencia tendría una característica humillante y de cierta forma hasta denigrante; pero ¿qué pasaría si se trata de un menor de edad y que incluso, se involucre personal de seguridad quienes hagan perdurar dicha experiencia? ¿cuáles serían las implicancias legales de dicha intervención?

Supermercados Peruanos S.A. (en adelante SPSA) es una persona jurídica que ofrece sus servicios de comercialización de alimentos y bebidas bajo sus cadenas de supermercados Plaza Veá, Vivanda, Mass y Economax.

El presente caso versa sobre la vulneración al deber de idoneidad en los servicios de SPSA en contra de un menor de edad dentro de uno de sus locales de supermercados Plaza Veá. En los hechos, el personal de seguridad de SPSA ejecutó medidas de seguridad que se analizará si cumplían con ser un servicio idóneo o no. La resolución N° 4035-2014/SPCINDECOPI es un pronunciamiento interesante porque aborda temas de Derecho de Protección al Consumidor en concordancia con temas de Derecho Constitucional en tanto implica la valoración de prerrogativas de la persona jurídica (protección de su patrimonio) las cuales son aludidas por SPSA, frente a derechos de la persona menor de edad protegiendo siempre su dignidad e integridad.

II. JUSTIFICACIÓN

No se cuestiona que los servicios de seguridad de los locales comerciales en Lima son necesarios debido al nivel de delincuencia en la ciudad, pero se ha definido muy poco respecto de cómo se configuraría el “servicio de seguridad idóneo”. En esa misma línea, el criterio generalmente utilizado por INDECOPI para determinarlo es uno que implemente “mecanismos que no afecten la tranquilidad y dignidad” de los consumidores. Sin embargo, esta posición es bastante laxa y no nos permite establecer un parámetro bajo el cual las empresas puedan delimitar sus propios protocolos de actuación para no vulnerar los principios antes indicados.

En nuestro análisis, revisando la resolución N° 4035-2014/SPC-INDECOPI visualizamos una situación bajo la cual SPSA ha recaído en actos que habrían vulnerado la tranquilidad y dignidad de un menor de edad; lo cual nos deja ensayar formas en las que se puede intervenir a los consumidores de manera que se respeten ambos principios antes referidos.

Este informe es relevante en tanto pretende especificar – desde una perspectiva social y jurídica- cuáles serían las medidas que los servicios de seguridad de los locales comerciales podrían implementar para cumplir con las expectativas de los consumidores. Para ello se analizará la resolución N° 4035-2014/SPCINDECOPI, determinando si SPSA utilizó mecanismos idóneos y, de no serlo, se revisarán los errores en su actuación para proponer alternativas frente a una situación similar.

III. HECHOS RELEVANTES DEL CASO

1. El 13 de octubre del 2013, la Srta. Almendra Cornejo Díaz (en adelante la Srta. Cornejo), el señor Miguel Huamán Zevallos (en adelante el Sr. Huamán) y los dos hermanos menores de edad de la Srta. Cornejo acuden al supermercado Plaza Vea, propiedad de SPSA, a realizar compras de golosinas. Es en esta oportunidad que suceden los hechos materia del caso:
 - a. Al intentar salir luego de haber comprado las golosinas, suena la alarma de seguridad al pasar por la puerta uno de los hermanos menores de edad de la Srta. Cornejo, lo que motivó la intervención del personal de seguridad.
 - b. Se registró al menor en la puerta del local, sin embargo, al no encontrar algún producto, se lo derivó a los baños para continuar con la inspección y proceder a desvestir al niño. No se encontró objeto alguno y los involucrados fueron expulsados de la tienda.
 - c. Más tarde ese día, la madre del menor, Sra. Maricela Diaz Diaz, en adelante la Sra. Díaz, se presentó en el local para reclamar y el local le intentó dar algún alimento a modo de compensación a lo cual, se negó.
2. El 31 de octubre del 2013, la Sra. Díaz interpuso una denuncia ante la Secretaría de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI por los hechos antes referidos. Los mismos implicarían tocamientos indebidos, privación de libertad y trauma a sus hijos (no indica la vulneración a alguna

disposición del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en adelante el Código).

3. El 4 de noviembre, mediante resolución 1 de la Secretaría Técnica del INDECOPI, se solicitó a SPSA que proporcionara el cuaderno de reporte de incidencias y las cámaras de vigilancia, lo cual fue respondido en fecha 13 de noviembre indicando que no se contaban con las imágenes porque estas son eliminadas en el plazo de 7 días calendario.
4. El 20 de noviembre, SPSA presentó sus descargos alegando que:
 - a. Que, las medidas de seguridad eran necesarias por el actual aumento de los "Tenderos".
 - b. Que, ante incidencias por parte de menores, siempre se solicitaba la autorización de los padres para su intervención o sino la presencia de la PNP.
 - c. Que, la Sra. Díaz siempre tuvo conocimiento de la intervención y la autorizó.
5. El 6 de diciembre, la Sra. Díaz negó haber sido requerida o haber brindado su autorización para el registro de su menor hijo.
6. El 25 de abril del 2014, mediante resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, la Comisión emitió su decisión en primera instancia administrativa, donde:
 - a. Declaró fundada la denuncia por infracción al art. 19 del Código (deber de idoneidad del proveedor) por utilizar de manera inadecuada sus mecanismos de seguridad, otorgando una sanción de 50 UIT por ello.
 - b. Declaró fundada la denuncia por infracción al art. 19 del Código (deber de idoneidad) por brindar un trato inadecuado a un menor, otorgando una sanción de 100 UIT por ello.
 - c. Ordenó como medida correctiva, que SPSA cumpla con implementar y aplicar mecanismos de seguridad que no afecten la tranquilidad y dignidad de los consumidores.
7. El 12 de mayo del 2014, SPSA interpuso apelación a la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM señalando que:
 - a. El trato realizado al menor no fue injustificado y fue motivado por la activación de la alarma.

- b. El acto se llevó a cabo con consentimiento de la Srta. Cornejo.
 - c. En la intervención se respetó la dignidad del menor porque se realizó en un baño privado y las preguntas realizadas fueron pertinentes para determinar la activación del sensor.
 - d. Las conductas imputadas conforman una única infracción y no dos infracciones diferentes.
 - e. Cuestiona la graduación de la multa.
 - f. La presente sanción, disminuye las posibilidades de detección por parte de los proveedores ante el aumento de la delincuencia en la localidad.
8. El 25 de noviembre del 2014, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI emitió la resolución N° 4035-2014/SPC-INDECOPI, materia del presente informe, resolviendo lo siguiente:
- a. Confirmar la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM, declarando fundada la denuncia de vulneración al art. 19 del Código porque SPSA no empleó adecuadamente sus mecanismos de seguridad, lo cual causó la intervención del menor hijo de la Sra. Díaz de manera injustificada.
 - b. Confirmar la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM, declarando fundada la denuncia de vulneración al art. 19 del Código porque SPSA por el trato inadecuado al menor hijo de la Sra. Díaz en la intervención.
 - c. Revocar la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM, en el extremo de graduación de la sanción por no emplear adecuadamente sus mecanismos de seguridad, reduciendo la sanción de 50 UIT a 25UIT.
 - d. Confirmar la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM, en el extremo de graduación de la sanción por trato inadecuado al menor hijo de la Sra. Díaz en la intervención, confirmando la sanción de 100 UIT.
 - e. Confirmar la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM, respecto de las medidas correctivas de implementar y aplicar mecanismos de seguridad que no afecten la tranquilidad y dignidad de los consumidores.

IV. MARCO JURIDICO APLICABLE

El marco jurídico aplicable al caso a analizar es concreto, en tanto nos basamos en obligaciones claras del proveedor y prerrogativas claves de la dignidad de la persona y, en específico, de un menor:

1. Constitución Política del Perú (art.2.1, art. 4, art. 65)

Es relevante para el caso entender que la persona tiene el derecho, contenido en nuestra norma fundamental, la Constitución, a su integridad. Ello es un presupuesto básico en tanto dicho apartado comienza y hace específico hincapié en la integridad moral y psíquica, lo cual no habría podido garantizarse en los hechos relatados en la sección anterior. Siendo así nuestra Constitución indica lo siguiente:

“Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

*1. A la vida, a su identidad, a **su integridad moral, psíquica y física** y a su libre desarrollo y bienestar. [...]*”(CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

Otro derecho que se debe tomar en consideración para el presente caso es la situación del niño y el adolescente, el cual es de especial interés para la sociedad, y en ese sentido, es protegido por nuestra Constitución, la cual señala lo siguiente:

*“Artículo 4°. -**La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente**, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”*(CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

Por último, el artículo constitucional que encierra el ámbito del derecho donde se tutelan las prerrogativas reclamadas en el presente caso es el artículo 65, donde se especifica la protección al consumidor de servicios y productos indicando lo siguiente:

*“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.”*(CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

Podemos considerar que este artículo contiene la base del sistema de protección al consumidor peruano porque en ella supone el rol del Estado dentro de nuestro modelo de economía social de mercado: esto es la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios. La doctrina sostiene que esta labor subyace en la asimetría informativa respecto de los servicios que adquiere el consumidor (otro concepto tocado en esta disposición de nuestra norma fundamental) frente a los proveedores. Es a razón de este desequilibrio que nuestra Constitución otorga la garantía, en forma de una

obligación hacia los proveedores, para que se brinde la información completa a los consumidores de bienes y servicios; así como productos salubres y seguros.

2. Código de Protección al Consumidor (art. 18, 19 y 20)

En este caso, es importante poder identificar qué es idoneidad y cómo esto se configura como una obligación del proveedor de servicios. Esto se puede encontrar en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual indica lo siguiente:

Artículo 18.- Idoneidad

*Se entiende por idoneidad la **correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto** o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado [...](CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)*

El citado artículo nos señala que idoneidad implica correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que recibe en los hechos. Sin embargo, pone un claro límite en que el proveedor no debe entregar cualquier cosa que su cliente exija sino solo aquello que se le hubiera ofrecido o aquello que la naturaleza del producto comúnmente garantice.

Por otro lado, el siguiente artículo del antes referido Código deja clara la responsabilidad del proveedor de garantizar dicha característica (la idoneidad) en los productos o servicios que pone a disposición. En ese sentido indica:

Artículo 19.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo

que corresponda.(CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Por último, para poder enmarcar el concepto de idoneidad, es importante identificar las garantías que forman la base de su contenido. En ese sentido, se debe tener claro qué implica que un servicio sea lo que el consumidor espera (de acuerdo a nuestra legislación) y qué es lo que debe el proveedor. El Código indica lo siguiente:

Artículo 20.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio. Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio [...]

c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsible para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.(CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Entonces, de acuerdo a la legislación, para que un servicio (principal o complementario) pueda ser considerado idóneo, debe cumplir con las exigencias

contenidas en la norma (garantía legal), las condiciones ofrecidas (garantía explícita) y los fines previsibles del servicio (garantía implícita).

3. Ley 27337: Código de Los Niños y Adolescentes (art. 4 y art. 5)

La resolución materia del presente trabajo de investigación, tiene como afectado a un menor de 13 años de edad. Por ello, para el análisis del caso debe considerarse el Código de los Niños y Adolescentes en dos artículos que resultan adecuados y que se vieron implicados en el caso en cuestión.

Primero, el artículo 4 del Código de Los Niños y Adolescentes que versa en el derecho a la integridad de los menores indicando lo siguiente:

“Artículo 4º.- A su integridad personal. -

*El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su **integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar**. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o **degradante**.”(LEY 27337 - CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2000)*

Es importante tomar en cuenta que expresamente la norma prohíbe que un menor sea tratado de forma degradante, cosa que, la Sra. Díaz cuestiona en tanto su menor hijo fue registrado y trasladado a unos servicios higiénicos para obligarlo a desvestirse.

Luego, vale la pena darle atención al artículo 5 del antes referido código, que versa en el derecho a la libertad de los menores y la prohibición de su retención indicando lo siguiente:

“Artículo 5º.- A la libertad. -

*El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad. **Ningún niño o adolescente será detenido o privado de su libertad**. Se excluyen los casos de detención por mandato judicial o de flagrante infracción a la ley penal.”(LEY 27337 - CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, 2000)*

Luego de la lectura de dicho artículo podemos observar que el estado protege la libertad de menor, siendo que expresamente indica que nadie puede privar a un menor de su libertad (en todo sentido) cosa que también a grandes rasgos, se percibe que no se respetó en el caso y de lo cual se desarrollará en los problemas jurídicos.

4. Convención de los Derechos del Niño (art. 19 y art. 37)

De la misma manera en la que es pertinente aplicar la norma nacional respecto a la tutela de los intereses de los menores de edad, es importante visualizar la normativa convencional. Por ello, la convención de los derechos del Niño es norma de obligatoria revisión; siendo que la norma constitucional siempre debe ser interpretada a la luz de los tratados de los cuales el Estado es parte. En ese sentido, los artículos pertinentes son, varios, entre ellos, el art. 19 que indica lo siguiente:

*“Artículo 19.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para **proteger al niño contra toda forma de perjuicio** o abuso físico o **mental**, descuido o **trato negligente, malos tratos** o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”(CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1989)*

La norma antes citada, explicita que el niño debe ser protegido por el Estado (y, en ese sentido, por sus instituciones) respecto de todo tipo de perjuicios, de tratos negligentes y malos tratos. De ello se infiere que las personas menores de edad se encuentran en una situación de vulnerabilidad por lo que son merecedoras de una tutela mayor. Esto también es coherente con lo indicado en nuestra carta magna, en tanto les da la misma protección que las mujeres embarazadas y los ancianos.

Por otro lado, el artículo 37 especifica la proscripción de tratos degradantes a los menores, así como de la detención de los mismos, indicando lo siguiente:

“Artículo 37:

Los Estados Partes velarán por:

*a) **Ningún niño sea sometido** a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o **degradantes**. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*

*b) **Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente**. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de*

*conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida **de último recurso** y durante el período más breve que proceda;*

*c) **Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.***”(CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1989)

Se visualiza que el artículo citado es pertinente al caso en tanto los hechos del mismo se basan en una restricción a la libertad de un menor, basados en una presunción que no fue probada (el hecho de que el niño hubiera sustraído mercancía del local de SPSA). Asimismo, proscribire cualquier tratamiento denigrante o que vulnere la dignidad inherente a las personas de su edad.

V. MARCO CONCEPTUAL

Luego de determinar el marco jurídico aplicable, se analizará los conceptos jurídicos que resultan relevantes a desarrollar para tener un mejor entendimiento de la problemática.

En primer lugar, es pertinente identificar quién es el **consumidor** de la relación jurídica materia del presente caso. Cabe recordar, que este es un concepto que está relacionado generalmente a la adquisición de bienes o servicios para su uso. Es decir, de acuerdo a Cavero, es el sujeto comprendido en una relación de consumo, el cual toma la posición del comprador de bienes o servicios a cambio de una prestación económica. (Cavero, 2016, p. 47)

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que una “relación de consumo” es más extensa que la circunscrita a la simple relación “objeto/servicio-contraprestación”. De acuerdo a la jurisprudencia del INDECOPI, contenida en la resolución final N° 1117-2013/ILN-CPC:

*“el Código no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio, pues **una persona puede entrar en contacto con dichas prestaciones sin que exista una relación contractual con el proveedor.***”(resolución final N° 1117-2013/ILN-CPC, 2016)

Coherentemente, Damián indica que, el consumidor tutelado es el destinatario final de determinado producto o servicio. Por ello, se califica como tal a quien lo adquiere o

utiliza para uso personal o comercial o que se encuentra expuesto al mismo con intenciones de realizar dichas operaciones. En ese sentido, conoce y lo usa de acuerdo a sus características razonables. (Damián, 2019. p. 91).

Entonces, un consumidor puede no ser sólo el adquirente del producto/servicio según el INDECOPI, en sus lineamientos, citando la resolución final N° 241-2015/ILN-CPC, reconoce la distinción de otros dos tipos de consumidores: el indirecto y el potencial. El primero es aquel tercero que disfruta el bien o servicio sin comprarlo y el segundo, aquel que, estando expuesto al ofrecimiento del mismo, tiene intención de adquirirlo, aunque no se materialice dicha operación. (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2016). En concordancia, Cavero resalta la excepcionalidad de ambos tipos de consumidores, indicando lo siguiente:

*“El consumidor protegido se encuentra normalmente comprendido en una relación de consumo, es decir, se trata de un adquirente de bienes o servicios a cambio de una prestación económica. **Excepcionalmente, puede tratarse de un consumidor indirecto que no es el adquirente (y por ende no paga la contraprestación) pero si es quien usa o disfruta del bien** (por ejemplo, un regalo). Nótese que en el caso del consumidor indirecto no deja de ser esencial la relación de consumo. Simplemente ocurre que el destinatario final no es el adquirente (el que paga), sino alguien más. También puede ocurrir, **excepcionalmente, que el consumidor sea un consumidor potencial que de alguna manera se vea afectado por la oferta o la información provista por un proveedor, en una etapa preliminar al contrato de consumo mismo, pese a no haber llegado a concretarse el contrato de consumo ni pagado contraprestación.**”(Cavero, 2016, p.47)*

Habiendo definido el concepto de consumidor que es considerado en nuestra regulación, también tenemos que indicar que dicho ámbito no tutela la conducta de cualquier persona, porque avalar el uso sin diligencia de un producto, pondría incentivos indebidos a la desinformación y al uso imprudente de bienes y servicios. A la larga, dicha permisividad tendría perjuicios para los mismos en tanto el proveedor trasladaría los costos de riesgos al precio de sus productos. En esa línea, Gagliuffi y Aldana señalan que *“el sistema normativo tiene por finalidad proteger a aquellos consumidores que actúan observando la diligencia ordinaria previsible en determinadas circunstancias”*. (Aldana Ramos & Gagliuffi Piercechi, 2004, p.51). Se

llega a la conclusión que el consumidor tutelado no es cualquiera, sino uno razonable y que actúa con la diligencia que el uso del producto/servicio exige.

Entonces, posterior a dicha postulación, cabe preguntarse qué se considera un concepto general de debida diligencia, para ello, Bullard concibe – con un concepto negativo y por contraposición- que un consumidor razonable no es un consumidor experto, indicando lo siguiente:

*“Hablar de un consumidor razonable **no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso.** No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias.”*(Bullard, 2018, p.9)

Por su parte, Gagliuffi y Aldana, coinciden con la idea de Bullard; sin embargo, son un poco más específicos indicando que un consumidor razonable no es ni descuidado ni especializado, sino un estándar.

*“consumidor estándar, esto es, un sujeto que **no es ni sumamente especializado** en intercambios comerciales específicos, **ni sumamente inexperto en ellos**, lo cual se explica por el hecho de que la Ley no puede detenerse a brindar protección a quienes actúan con irresponsabilidad o descuido.”*(Aldana Ramos & Gagliuffi Piercechi, 2004, p.51)

Entonces, cerrando con el concepto del consumidor protegido por nuestra legislación, se concluye que no cualquiera es tutelado, sino solo aquel destinatario “final” de productos y servicios que actúa de manera diligente o razonable, y que se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a la “asimetría informativa”.

A todo lo anterior, salta la pregunta respecto de qué se conoce como **asimetría informativa**, y esto es, de acuerdo a Sanz, una característica natural de la información que se brinda dentro de una relación proveedor-consumidor que lo pone en esta situación de vulnerabilidad.¹(Sanz, 2020, p.158). Esto porque, siendo el proveedor un especialista en el giro de su negocio, es normal que éste posea mayor información

¹ Sanz indica lo siguiente respecto de la asimetría informativa: la existencia de una asimetría de información en las dinámicas de consumo que se desarrollan entre proveedores y consumidores, asimetría que afecta los más diversos aspectos del mercado (Gallo, 2007, p. 642)¹ y que ubica a este último (consumidor) en una posición de debilidad.

respecto a precios y características del servicio que está acostumbrado a prestar. Es justamente esta asimetría la que fundamenta la existencia de la Protección al Consumidor respecto de aquel usuario de bienes y servicios que efectivamente se encuentra en esa situación de desconocimiento, es esta asimetría la que impone el deber de los proveedores a brindar toda la información relevante (que impacte en la decisión de consumo) a disposición del usuario o consumidor, como indica Rejanovinschi:

“Una falla de mercado es la asimetría informativa entre productores y consumidores. De igual manera, señalamos precedentemente que un derecho de los consumidores es el de la información sobre bienes y servicios”.(Rejanovinschi, 2016, p.222).

Sin embargo, este fundamento del origen de la protección al consumidor es muchas veces debatido, primero indicando que la asimetría informativa no es el único problema que pretende solucionar dicho ámbito del derecho y que incluso no es un problema como tal. Entre estos opositores se encuentra Rodríguez, quien indica lo siguiente:

*“afirmar que la información es el mecanismo idóneo para proteger a los consumidores **sería negar la necesidad de mecanismos de control de las cláusulas vejatorias, debido a que existiría ‘un mercado de cláusulas’ y el consumidor bien informado podría elegir aquella que más le convenga**”* (Rodríguez, 2013, p.87)

Asimismo, agrega en ese punto que *“no es la mera existencia de asimetría informativa la que podría justificar la acción del SPC (sistema de protección al consumidor), sino el hecho de que tal asimetría no pueda ser corregida o aliviada espontáneamente.”*(Rodríguez, 2013, p.87) Entonces entendemos que la otra postura sostiene que, aparte de la asimetría informativa, hay otros motivos que fundamentan la protección a este consumidor final, diligente y vulnerable como, por ejemplo, los abusos de poder del proveedor. Esto ha sido abordado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor en varias resoluciones donde ha indicado que existen otros peligros como el abuso o desequilibrio de las prestaciones al no ser negociadas.

“el desequilibrio que se evaluará para determinar la existencia de una cláusula abusiva no será analizado en términos económicos concernientes al precio, sino más bien en términos jurídicos relacionados con los derechos y

obligaciones asumidos por las partes, esto es, las posiciones que cada una de ellas asume en la relación contractual entablada: los desequilibrios en las prestaciones contractuales asumidas por las partes.”(resolución N° 2695-2021/SPC-INDECOPI, 2021)

Entonces, teniendo claro quién es el “consumidor” que nos interesa, debemos determinar qué es lo que se considera un “servicio idóneo”, es decir qué es “**idoneidad**”: aquello que se exige a los proveedores de acuerdo a la doctrina en tanto nuestra legislación es bastante laxa. En ese sentido, podemos observar que la idoneidad es definida como la correspondencia en la realidad de las características del servicio que es acorde a lo que el consumidor espera de acuerdo a lo ofrecido por el proveedor o lo que es inherente al mismo servicio. Ello es corroborado en los criterios de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, donde dicho deber es entendido como la obligación de brindar productos que correspondan a las características ofrecidas y aquellas esperadas por el consumidor.(*resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, 2013*)

Bullard desarrolla mucho más el tema proponiendo un esquema claro como modelo de idoneidad que se basa en la siguiente ecuación:

$$\begin{array}{ccc} \text{MODELO DE IDONEIDAD} & & \text{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+Z \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características del bien o servicio.

Fuente: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10, pág. 14

De acuerdo a ello, el cumplimiento del modelo de idoneidad se basa en que las características esperadas deben reflejarse en la realidad. Si una cualidad del producto o servicio no cumple con las expectativas por el consumidor, se consideraría una infracción al deber de idoneidad.(Bullard, 2018, p.15) Cabe mencionar, que estamos hablando de un persona razonable dentro de los parámetros indicados previamente.

Lo indicado nos lleva lógicamente a la pregunta de ¿qué es lo que un consumidor razonable debería esperar en las características de los bienes o servicios que adquiere? Un análisis superficial llevaría a considerar que la característica del bien o servicio debería ser la “calidad”. Por otro lado, el artículo 20 del Código de Protección

y Defensa del Consumidor, en adelante el Código, describe que un producto debe cumplir con las condiciones que implican la garantía legal, expresa e implícita². Sin embargo, se necesita una mayor definición de dichas garantías para poder describir el accionar de un proveedor como “idóneo o no idóneo”. Bullard detalla respecto de las tres garantías:

*“La garantía implícita es simplemente la **reconstrucción de aquellos términos que, dada la expectativa de un consumidor razonable, se entienden implícitamente incorporadas a la relación contractual de consumo.***

*La segunda coordenada es el concepto de garantía explícita. [...]entendiendo por ellas las **características y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor** en el etiquetado del producto, comprobante de pago, publicidad, contrato y cualquier otro medio por el que se pruebe qué específicamente ofreció el proveedor, y que haya sido informado de manera clara al consumidor.*

*A ello se añade una tercera coordenada [...] que es la garantía legal. Así, si **la ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente** y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea deslizado por la garantía explícita”*(Bullard, 2018, p.19)

Para el análisis del caso, es necesario incidir en la garantía implícita, cuya definición consta en un precedente de observancia obligatoria, el cual indica lo mismo que la norma, sin embargo, en su desarrollo hace precisiones interesantes:

“Si las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los

² **Artículo 20.- Garantías**

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio. Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado

*cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado, **considerando las condiciones en los cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados.** [...]*

*La idoneidad del bien o servicio debe ser, en principio, analizada en abstracto, esto es considerando lo que normalmente esperaría un consumidor razonable, salvo que de los términos acordados o señalados expresamente por el Consumidor se desprenda algo distinto. Cuando la Sala se refiere a **que se deben tener en cuenta las circunstancias que rodean la adquisición está asumiendo que elementos como el lugar de compra, la información dada en el momento de la adquisición, la publicidad existente, la presentación del producto, o los términos y condiciones ofrecidas, entre otros, puede generar expectativas distintas en un consumidor razonable, y por tanto deben ser tomadas en cuenta para definir el alcance de la garantía implícita.***”(resolución N° 0085-1996-TDC, 1996)

En ese sentido, la garantía implícita no es considerada solamente dentro de los usos y costumbres del mercado, sino también en observancia de las condiciones periféricas con las cuales el producto fue adquirido. Entonces, la idoneidad podría basarse en la calidad, pero si bien el proveedor siempre debe dar productos y servicios de calidad razonable, tal y como indica Durand, “productos y servicios de calidad, calidad de lo que se produce y se consume, calidad de los servicios y calidad de la atención en general.”(Durand, 2013, p.131); Es importante también resaltar que la idoneidad no involucra algún grado específico de calidad del producto o servicio, sino de “entregarlos con ciertas características o estándares definidos por la ley (garantía legal), con las condiciones ofrecidas y acordadas (garantía expresa) o en función a su propia naturaleza y su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual han sido puestas en el mercado (garantía implícita).”(Damián, 2019, p. 94)

Luego debemos tener en cuenta, que el caso en análisis no se trata sobre el servicio que forma el giro principal del negocio de SPSA sino del servicio de seguridad y en ese sentido, es un **servicio complementario o conexo**. La normativa no da una definición estricta de qué es un servicio complementario. Sin embargo, la sala especializada en protección al consumidor nos indica lo siguiente “comprende aquellas condiciones que los proveedores ofrecen conjuntamente con sus prestaciones principales”.(resolución N° 1565-2021/SPC-INDECOPI, 2021)

De acuerdo a lo mencionado por dicho Tribunal, los servicios complementarios son los que hacen posible que los consumidores disfruten de la prestación principal, y, por lo tanto, lo ponen en una mejor posición comercial, por lo que tienen que cumplir con condiciones de idoneidad, que por lo menos, garanticen tranquilidad y dignidad.

VI. PROBLEMAS JURIDICOS

En el caso concreto podemos encontrar diversos problemas jurídicos pertinentes al caso en concreto.

El problema jurídico principal: ¿Supermercados Peruanos vulneró el deber de idoneidad al ejecutar medidas de seguridad sobre un niño de 13 años y llevarlo a registrar desvistiéndolo en el baño?

Para poder analizar de manera plena el anterior problema diversos problemas secundarios que se pueden identificar como los siguientes:

1. Sobre el deber de idoneidad: ¿Cuáles son las garantías del deber de idoneidad vulneradas en el presente caso? ¿los servicios conexos deben cumplir con las mismas?
2. Sobre el concepto del consumidor razonable: ¿Qué es un consumidor razonable? ¿Un consumidor razonable debería esperar el registro del menor tal y como sucedieron los hechos?
3. Sobre el consentimiento: ¿Era válido el consentimiento del menor o de su hermana mayor de edad para aprobar el registro del menor? ¿era necesario el consentimiento de los padres?
4. Sobre el Ne bis in Ídem: ¿Es válido procesar y sancionar a SPSA por dos infracciones al deber de idoneidad basados en los mismos hechos?
5. Sobre el impacto de la decisión: ¿La sanción a SPSA defiende y promueve la práctica de los tenderos?

VII. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS

1. De las Garantías del Deber de Idoneidad y los Servicios Conexos

Dentro del caso podemos observar distintas concepciones de lo que puede ser considerado o no, un servicio de seguridad patrimonial “idóneo”. Cabe resaltar que este no es el giro principal del negocio de SPSA. De acuerdo a lo observado en el

marco conceptual, toda prestación brindada por un proveedor hacia un consumidor, debe cumplir con las garantías explícitas, implícitas y legales para ser idónea.

Pero de acuerdo a lo expresado por la Corte Suprema en su Sentencia 7701-2015-LIMA, los servicios conexos están relacionados al giro principal del negocio y siendo necesarios para que estos puedan desarrollarse también deben cumplir con, mínimamente, las garantías de tranquilidad y dignidad para poder considerar que son idóneos.

[...]Cabe precisar, que los servicios de seguridad y vigilancia a cargo de los proveedores, también se encuentran inmersos en el análisis de idoneidad, toda vez que constituyen servicios relacionados al vínculo proveedor – consumidor, en la adquisición de productos o servicios, con prevalencia en los primeros de éstos, por lo que los servicios mencionados deben resultar acordes con la tranquilidad y dignidad de los consumidores [...](CAS. N° 7701-2015 LIMA, 2018)

Esas características que han sido confirmadas por la Corte Suprema respecto a la tranquilidad y respeto a la dignidad de los consumidores se deben incluir dentro de los que se ensayó conceptualmente como “garantía implícita” de un correcto servicio de seguridad. Con ello en mente, podemos proponer la forma en la que esta prestación puede dar cumplimiento a las tres garantías:

- Para cumplir la Garantía Explícita, es decir, los ofrecimientos expresos del proveedor, el servicio de seguridad de SPSA debería constar en una Política de Seguridad Patrimonial u otro documento donde se determine la forma de reacción ante incidentes. Asimismo, este documento debería ser de acceso abierto a los consumidores para que genere una expectativa.
- Para cumplir con la Garantía Implícita, un servicio complementario de seguridad patrimonial debería cumplir con resguardar la mercancía del establecimiento asegurando los incidentes **respetando la tranquilidad y la dignidad de los intervenidos**. Es decir, sólo las personas que hayan incurrido en el delito de hurto (como mínimo) deberían ser intervenidas.
- Para cumplir con la Garantía Legal, un servicio de seguridad patrimonial debería cumplir con la regulación aplicable al servicio de seguridad privada, por ejemplo, la Ley 28819, Ley de Servicios de Seguridad Privada.

Dentro del caso materia de análisis, se observa que SPSA sí tenía una política de seguridad patrimonial denominada “PROCEDIMIENTO: Intervención a Tenderos”. Este documento describía la manera de intervenir a una persona ante **la certeza** de estar frente a sustracción de mercadería, falta de pago de los productos, hurtos o robos dirigidos a clientes. Esto se puede visualizar en la imagen siguiente:

01 01-93

	AREA :	Prevención de Pérdidas	
	DOCUMENTO :	Intervención a Tenderos	
	CODIGO :	PdP - PD002	Versión : 054
	NOMBRE	CARGO	FECHA
Elaborado Por	María Villacorta	Practicante de de CyM	30.06.097.11
Revisado Por	Jaime Segovia Nelly Alfaro	Supervisor de Prevención de Pérdidas Supervisora de Prevención de Pérdidas (Tienda)	30.06.097.11
Aprobado Por	Vlado Thompson	Gerente de Prevención de Pérdidas	30.06.097.11

1. Objetivos y Alcance

Normar la intervención y el registro de personas que evidencian la sustracción de mercadería, no cancelar productos o de realizar hurtos y/o robos a nuestros Clientes.

Fuente: Expediente 250-2013-CPC/LAM, pág. 93 (frontal)

Sin embargo, este documento no era de acceso abierto a sus consumidores, por lo que, si bien existía, no podría haber generado una expectativa en sus clientes. En ese sentido, la garantía explícita no existía respecto del servicio de seguridad, en el caso a examinar.

Respecto de la garantía legal, podemos determinar que los hechos materia del procedimiento no se basan en una vulneración a dicha norma legal (Ley 28819) en tanto no se trata de una desobediencia a los temas de posesión de armas o de apropiación de prerrogativas de la Policía Nacional. Podríamos decir que se ha cumplido con la garantía legal de la idoneidad de su servicio.

Entonces, en el caso materia del procedimiento, queda evaluar si se cumple la garantía implícita del servicio de seguridad del local comercial de SPSA, entonces ¿Qué se puede esperar naturalmente de un servicio de seguridad respecto de los clientes de un establecimiento? De un análisis superficial, se supondría que dicho servicio debe garantizar un mínimo de tranquilidad a las personas para que puedan desarrollar sus compras en un ambiente en el cual no teman ser objeto de la delincuencia, en contraposición de otros locales comerciales donde no se brinda este servicio - como por ejemplo, en el espacio comercial de Gamarra-. Como indica Vilela, “resulta exigible un nivel de seguridad razonable que los proveedores deben garantizar para que los consumidores o usuarios puedan disfrutar de las prestaciones debidas.”(Vilela, 2008, p. 34)

Lo indicado previamente es relevante porque determina en qué medida el proveedor es responsable del servicio de seguridad patrimonial cuando ello no es un servicio principal en su negocio. Asimismo, coincide con un pronunciamiento previo de la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi donde ha señalado que la distinción es relevante porque determina los alcances o límites de la responsabilidad objetiva del proveedor. (resolución N° 1143-2005/TDC-INDECOPI, 2005)

En diversos casos donde se ha analizado la idoneidad del servicio de seguridad patrimonial de locales comerciales reconocidos (Metro, Tottus, entre otros), la Sala especializada en protección al consumidor ha sido enfática en señalar que, los proveedores pueden (y deben) tener un servicio de seguridad en sus locales y son libres de regularlo, siempre que no vulnere la tranquilidad y dignidad de sus consumidores.

“es importante tener presente que los mecanismos que el proveedor emplee para la vigilancia, seguridad y control de sus establecimientos, deben ejecutarse también dentro de parámetros de idoneidad, no pudiendo afectar injustificadamente la tranquilidad de los consumidores que acuden a sus locales o vulnerar su dignidad.” (resolución N° 0449-2021/SPC-INDECOPI, 2021)

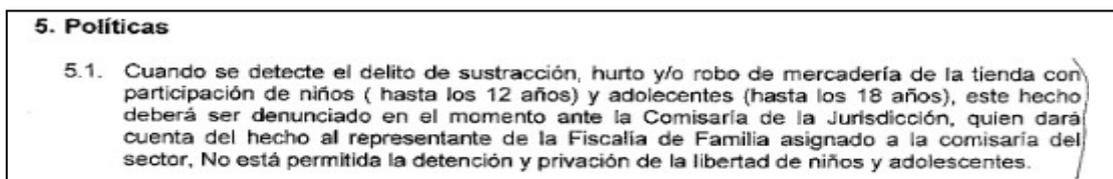
Para nuestra evaluación, es relevante determinar la garantía implícita de los servicios de seguridad. Para ello, se utilizará la ecuación que postula Bullard y que se abordó previamente. La ecuación quedaría como la siguiente:

EXPECTATIVAS						=	REALIDAD						
W		X		Y	Z		W		X		A < Y	B < Z	
resguardo efectivo de bienes del local	+	resguardo de seguridad de otros clientes	+	respeto de tranquilidad y dignidad del consumidor	+	no ser intervenido injustificadamente (que el sistema no falle)	reguardo efectivo de bienes del local	+	resguardo de seguridad de otros clientes	+	Intervención que afectó la tranquilidad y dignidad de un menor	+	Intervención injustificada

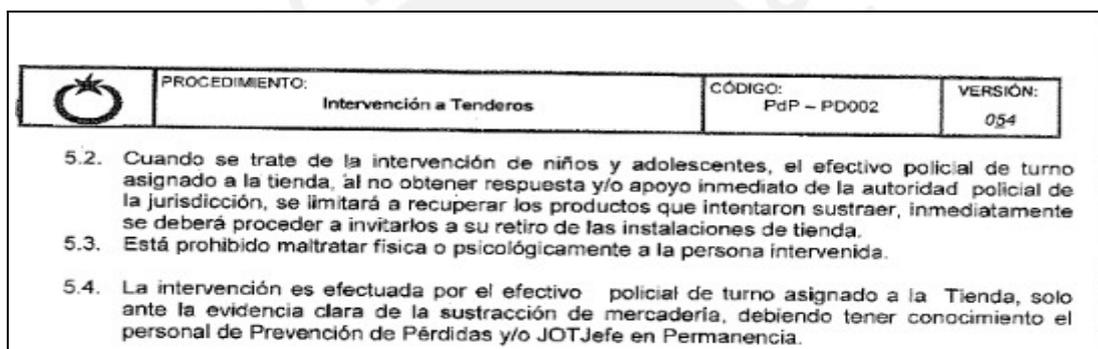
De acuerdo a dicho cuadro, si bien se cumplen con el resguardo de bienes tanto de clientes como del local, las expectativas de “respeto a la tranquilidad y dignidad del consumidor” así como “el no ser intervenido injustificadamente” no se vieron reflejadas en la realidad, siendo que fueron reemplazadas por dos actos que no correspondían a

las expectativas del consumidor. En consecuencia, no se consuma la garantía implícita del servicio de seguridad de SPSA en los hechos.

Aparte de ello, también vale la pena volver a revisar el documento presentado por SPSA denominado “PROCEDIMIENTO: Intervención a Tenderos” donde, en su apartado número 5, se indicaba que no estaba permitida la intervención y privación de libertad de niños y adolescentes.



Fuente: Expediente 250-2013-CPC/LAM, pág. 93 (frontal)



Fuente: Expediente 250-2013-CPC/LAM, pág. 93 (reverso)

Es decir, se visualiza claramente que SPSA no cumplió con el procedimiento interno que dictan los lineamientos de intervención “a tenderos” dado que las especificaciones del mismo señalaba que ellos no podían detener a menores y, además, es en dicho documento donde se especifica que solo realizaban registros de personas ante la certeza de un acto de hurto de mercadería, lo cual, no ocurrió en los hechos porque en un registro superficial de las prendas del menor, no se pudieron encontrar los bienes supuestamente sustraídos.

Entonces, hasta este punto, ¿cómo podría haber actuado el personal de seguridad de SPSA para ser un servicio idóneo? Es evidente que, en principio, debieron cumplir con su procedimiento establecido, lo cual hubiera evitado una vulneración innecesaria a la dignidad y tranquilidad del menor intervenido. En ese sentido, ante la falta de certeza del hurto, debió pedírsele al menor que muestre sus bolsillos como hizo en un primer momento y, al no encontrar ningún objeto sustraído, debieron dejarlo ir con las

disculpas respectivas. Así SPSA hubiera cumplido con su procedimiento y no hubieran vulnerado los derechos del menor. Es claro que dicho procedimiento, sí cumplía tanto con las disposiciones del Código del Niño y el Adolescente como con las de la Convención de los Derechos del Niño en tanto asegura que el menor no sea tratado de manera degradante y también que el mismo no sea detenido/privado de su libertad de manera arbitraria.

En conclusión, el servicio de seguridad de SPSA no habría cumplido con la garantía implícita del deber de idoneidad correspondiente a su servicio complementario, toda vez que dos expectativas generales de todo servicio de seguridad no se cumplieron al nivel esperado: (i) al efectuarse una intervención que afectaba la tranquilidad y dignidad de un menor – consumidor en estado de mayor vulnerabilidad-; y (ii) al haber intervenido de manera injustificada a una persona incumpliendo sus propias políticas.

2. Del “consumidor razonable” y las medidas de seguridad: ¿Un consumidor razonable debe aceptar un registro porque la alarma se activó?

Dentro de los argumentos de SPSA se encontraba el referente a que, un consumidor razonable, encontrándose en la situación del hijo de la Sra. Díaz, debería entender y colaborar con la intervención de seguridad al percibir que el sensor de seguridad emitió la alarma. Sin embargo, luego de lo analizado respecto de las características de un consumidor razonable en el marco conceptual, conforme a los parámetros de la garantía implícita de un servicio de seguridad, de acuerdo al esquema expuesto previamente, un consumidor razonable debería esperar (**primero**) no ser intervenido si no ha cometido algún ilícito, en tanto no tendría en su poder algún elemento que no sea de su propiedad. Es decir, una persona diligente no debería esperar que un sistema electrónico de seguridad falle detectando un hurto donde no hay uno. Es evidente que SPSA intenta trasladar una falla del sistema de seguridad de SPSA al parámetro de la figura del “consumidor razonable”.

Lo indicado previamente, pone en evidencia que es imperativo delimitar la figura del “consumidor razonable”. Como hemos expresado anteriormente, dicho concepto representa una persona diligente respecto de las condiciones de uso y/o disfrute de un producto o servicio. Por ello, este concepto es configurado como un límite a las pretensiones de resarcimiento que podría tener un consumidor falto de diligencia. Es decir, limita la protección que se le da a aquel usuario de productos o servicios.

Sin embargo, hay que poner un límite al criterio que es el “consumidor razonable”, dado que esta presunta diligencia del mismo, no puede pretender que se normalice el malfuncionamiento de sensores de seguridad, ni que ello motive intervenciones injustificadas. Dentro de este procedimiento, SPSA señala que, al ser común que los sensores de seguridad fallen y se activen por motivos que no son un hurto de mercadería, el consumidor razonable debería colaborar con la investigación.

Consideramos que lo indicado previamente no es posible, en tanto ello sería inclinarse al otro lado de la balanza: mientras que un consumidor no diligente exige prerrogativas que no le corresponden a raíz de que hizo un mal uso del bien o servicio, su contraparte “el consumidor permisivo” - que a nuestro entender, es el que normaliza situaciones de fallas y abusos en contra del mismo porque son comunes - también crea un desequilibrio, desincentivando la búsqueda de la eficiencia de los servicios de parte del proveedor, fomentando el conformismo del consumidor en tanto permitiría abusos por parte del proveedor porque son “normales” en la práctica. Esto es contrario al objeto del Derecho de Protección al Consumidor siempre que lo entendemos, de acuerdo a la Constitución, como aquel que garantiza (entre otros fines) tanto la seguridad, como la salud de las personas; y, el permitir intervenciones injustificadas las cuales pueden implicar medidas degradantes por ser motivadas en errores comunes de los sensores, no sería acorde a dicha finalidad.

Tal y como indica el artículo 19 del Código, es responsabilidad del proveedor, responder por la falta de idoneidad de sus servicios y corregirlos, por más que la falla sea un error común. No se puede responsabilizar al consumidor por no comprender la situación, aunque esta sea habitual. Como indica Rodríguez “*es la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso este no sea idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonable*”(Rodríguez, 2014, p. 305). En ese sentido, un consumidor razonable, podría permitir, de manera discrecional, el registro superficial ante un mal funcionamiento de los sensores, siempre que ello sea solicitado de manera educada, no intrusiva ni que cause alboroto; y ello no implicaría el desconocimiento o renuncia a sus derechos, sino simplemente, brindar una ayuda a los agentes de seguridad. Sin embargo, cabe resaltar que ello sucedería siempre que no se tenga la certeza del hurto, dado que, si por otros medios se pudiera eliminar la incertidumbre, correspondería realizar el registro completo, con apoyo de efectivos policiales en caso haya resistencia.

Concluimos que el “consumidor razonable” es un concepto utilizado por INDECOPI y desarrollado por la doctrina para limitar la tutela del Sistema de Protección al

Consumidor y desincentivar la falta de diligencia de las personas, basado en los posibles efectos nocivos en el mercado de defender al usuario que no actúa de manera diligente pero, bajo ningún supuesto, es un criterio para proteger al proveedor que le permite no buscar soluciones a problemas comunes que tiene un servicio. En ese sentido, SPSA no puede ampararse en que la falla de su sensor, que causó que se activara de manera indebida, conlleve a que el menor afectado (o cualquier persona) deba consentir como “consumidor razonable” un registro injustificado de sus prendas.

3. Del consentimiento de los padres: ¿SPSA contaba con la autorización suficiente para realizar el registro al menor?

En el caso materia de análisis, es materia controvertida el registro del menor sin tener el consentimiento de los padres, siendo que se cuestiona si el menor o sus acompañantes dieron o no su consentimiento para el registro y si este sería válido.

Primero, es necesario para el caso, evaluar si el menor hijo de la Sra. Díaz, puede ser considerado un consumidor, a lo cual la respuesta sería un claro que sí, en tanto encaja en el supuesto de la norma como “destinatario final de bienes y servicios”. Es una pregunta muy frecuente la que incide respecto de la validez de las “compras menores” (por ejemplo, de una galleta) en tanto los menores de edad, de acuerdo a nuestra normativa, no tienen capacidad para obrar. Es pertinente en tanto, en este caso, el menor intervenido fue el adquirente de golosinas junto con sus acompañantes. Sin embargo, postulamos que hay ciertas características dentro de estas pocas expresiones de “capacidad para obrar limitada” que pueden ejercer los menores de edad, estas son:

- (i) Que sea una acción en beneficio del menor (por ejemplo, alimentarse)
- (ii) Que ostente un valor irrelevante para la sociedad (ej. Comprar una galleta.)
- (iii) Que no trate de un acto/bien riesgoso o sea un acto que tenga limitaciones por ley (ej. Un menor no podría comprar un carro)

Es claro que estos requisitos no son absolutos y no van a eliminar todos los riesgos que la norma quiere revertir al momento de restringir su capacidad de obrar; sin embargo, el sistema normativo peruano brinda suficientes remedios en forma de protección para las acciones de los mismos, siempre que actúen dentro de los límites

mencionados anteriormente. Su protección tiene una doble vertiente; como indica Gonzales Albizuri:

*“El **menor consumidor** no tiene un estatuto jurídico propio definido, por lo que la protección de la que goza viene de dos normas distintas. Por un lado, están protegidos por la normativa protectora de los menores y por otro lado por la normativa protectora de los consumidores y usuario”*(González, 2017, p.1).

Pero, respecto a ello, es importante considerar que, ya de por sí la tutela de la Protección al Consumidor se origina debido a vulnerabilidad del consumidor y que, en el caso de los menores, la protección debería ser aún mayor.

De acuerdo a lo indicado por Heineck, citado por Carranza, “Hay determinados grupos de consumidores que están expuestos a un nivel mayor de abusos por el hecho de poseer limitaciones derivadas de la edad, de la condición socioeconómica, de la salud, entre otras. Así encontramos a los ancianos, los niños, los enfermos, las personas empobrecidas.”(Carranza, 2017, p. 45). Por ello, es razonable que estos grupos deben ser objeto de un trato diferenciado por parte de los proveedores. Ello es incluso visible en los documentos presentados por SPSA, donde se estipula que, en casos de menores de edad, no se los puede detener. Es importante resaltar que los menores tienen a su beneficio el principio de interés superior del niño, bajo el cual, las instituciones (y la sociedad en general) debe actuar bajo la premisa de tomar las decisiones más beneficiosas para ellos. Cillero indica lo siguiente:

*“Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es **la plena satisfacción de sus derechos**. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior”*(Cillero, 2001, p. 8)

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en varias oportunidades ha precisado la protección de los intereses del niño como parte del rol de la sociedad, no solo de las instituciones públicas indicando lo siguiente:

“el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los

derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad,”(SENTENCIA DEL EXPEDIENTE 02132-2008-AA, 2011)

Previamente dicha institución había expresado aún de manera más precisa para los fines pertinentes:

“No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones, para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia”(SENTENCIA DEL TC 0298-1996-AA, 1998)

Debe resaltarse ambos dictámenes en tanto, en correspondencia con el Código de Niños y Adolescentes y la Convención de los Derechos del Niño, los niños tienen derecho a no ser privados de su libertad y a no sufrir malos tratos ni de carácter degradante, lo cual no se cumplió en los hechos del caso. SPSA retuvo al menor de manera injustificada e ilegal (en tanto la activación de la alarma no tenía motivo aparente) y lo sometió a un trato degradante, en la puerta del establecimiento donde realizaron una búsqueda superficial y en los baños del establecimiento donde se realizó un registro que lo obligó a desprenderse de su ropa.

Respecto del consentimiento, si bien SPSA indicó que contaba con la autorización del menor y sus acompañantes para el registro en tanto no hubo resistencia de su parte ni se manifiesta violencia para conminarlo a cumplir dicho requerimiento, esto no puede considerarse del todo cierto. En principio, los menores de edad deben ser representados por sus padres, quienes, de acuerdo a la legislación, velan por sus intereses, cosa con la que no contaba SPSA porque la Sra. Díaz no había dado su autorización.

Por otro lado, no puede considerarse que el consentimiento se dio por la falta de resistencia, en tanto estamos hablando de un menor, alguien cuya voluntad es débil, se encuentra todavía en formación, y se encuentra en una situación denigrante que no le permitiría (ni si quiera a una persona mayor de edad) expresarse con libertad. Es un argumento muy débil por parte de SPSA considerar que la falta de resistencia por parte del menor, se consideraría como un consentimiento.

Ello coincide con lo que ha determinado la Sala especializada en protección al consumidor, es cuestionable el hecho de que hayan tenido el consentimiento del menor que no cuenta con plena autonomía (incluso a los 17 años) y mucho menos para temas que involucran el posible perjuicio del menor de acuerdo al examen que hemos postulado anteriormente.

“Aunado a ello, este Colegiado considera que resulta cuestionable el alegato de que el denunciante brindó su consentimiento a la detención, considerando que al momento de la ocurrencia de los hechos esta persona tenía diecisiete (17) años de edad, de allí que al tratarse de un “adolescente” no se podría señalar concluyentemente que actuaba con autonomía, encontrándose dentro del grupo de población considerada vulnerable y, por ello, sujeto de protección especial”(RESOLUCIÓN 0449-2021/SPC-INDECOPI, 2021)

En ese sentido, no podría ampararse el alegato de SPSA donde pretende indicar que contaba con un consentimiento de parte del menor intervenido, cuando de acuerdo a criterios indicados previamente, no podría asegurarse que éste podría otorgarlo en una situación perjudicial como la que se estaba efectuando.

4. Del Principio del ne bis in ídem: ¿se ha impuesto una doble sanción a SPSA por los mismos hechos?

En su escrito de apelación, SPSA señala con su disconformidad por las multas de 50 y 100 UIT que le fueron dadas en primera instancia. SPSA fue acreedora de dichas multas por (i) no emplear los mecanismos de seguridad de manera adecuada y (ii) por el trato inadecuado a un menor de edad. En base a ello esta empresa cuestiona la imposición de dos sanciones a una misma infracción del deber de idoneidad contenido en el art. 19 del Código.

Varios autores, entre ellos Turmo y Caro, señalan que el Ne bis in ídem es un principio reconocido internacionalmente como un criterio que garantiza el debido proceso, la protección de los derechos fundamentales, entre otros principios que previenen el exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho (Caro, 2006, p. 2) y fomentan la estabilidad de los diferentes sistemas jurídicos. Este autor indica lo siguiente:

“La forma en que se entiende el non bis in ídem varía significativamente y tiene diversos fines de acuerdo a las diferentes tradiciones jurídicas, como la

*protección de los derechos humanos, la protección del individuo contra los abusos del Estado, la justicia, la proporcionalidad, la seguridad jurídica, el debido proceso, el respeto a la cosa juzgada, la eficiencia procesal y el interés de la paz y el orden sociales.”*³(Turmo, 2020, p.1344)

En nuestro sistema es reconocido de manera específica por la ley N° 27444⁴ que impide la “doble sanción” de un sujeto por un mismo ilícito. Respecto a ello, Alarcón indica lo siguiente:

“Este principio – del non bis in ídem- veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en los que se aprecia identidad del sujeto, hecho y fundamento, y no si no se da esa triple identidad. [...]”(Alarcón, 2008, p.30)

Sin embargo, el límite para la aplicación de dicho principio es que no se encuentre la tríada de dichos elementos que lo conforman. Como lo indica Jaén, generalmente, el quiebre de este precepto se da en la falta de identidad en el “fundamento”. Esto porque, si bien uno o varias entidades públicas pueden perseguir una infracción realizada por un mismo administrado por los mismo hechos infractores, el bien jurídico tutelado por cada uno de ellos puede ser diferente.

“No se dará la vulneración del principio ne bis in ídem [...] en los que si bien hay una identidad de sujeto, e incluso puede haber identidad de hecho, el fundamento, en cambio, es diferente, pues aquéllos se caracterizan por la pluralidad de lesiones de bienes jurídicos [...]”(Jaén Vallejo, 2003, p.1)

Esta “identidad de sujeto, hecho, pero no de fundamento” sucede constantemente, por ejemplo, en las infracciones de las universidades por dar servicios educativos sin la licencia emitida por SUNEDU. En estos caso, las instituciones educativas de educación superior, son sancionadas por INDECOPI dado que no han cumplido con

³ traducido del artículo en inglés de Araceli Turmo. Texto original: “the way in which ne bis in idem is understood varies significantly and it has many rationales in different legal traditions, such as the protection of human rights, the protection of the individual from state abuses, justice, proportionality, legal certainty, due process, respect for res judicata, procedural efficiency, and the interest of social peace and order. Ne bis in idem is both an essential guarantee to prevent an individual from being repeatedly prosecuted for the same facts and an important contributor to the stability of the legal system through the finality of judicial acts.”

⁴ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

11. Non bis in ídem. - No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

brindar un servicio idóneo (bien jurídico: deber de idoneidad); y por su parte, son sancionadas por SUNEDU por brindar los servicios sin licencia, vulnerando su reglamento de infracciones y sanciones (bien jurídico: el interés superior del estudiante).

En el presente caso, podemos reconocer un mismo sujeto infractor dado que SPSA es la que realizó los hechos materia del procedimiento administrativo sancionador. Esta empresa es la que ejecutó (i) el uso inadecuado de sus mecanismos de seguridad y (ii) el trato inadecuado de un menor de edad en dos momentos diferentes de la intervención del día 13 de octubre del 2013.

En ese último punto donde, al analizar el segundo elemento del principio ne bis in ídem, no se podría decir que hay una igualdad en los hechos. Esto porque, como hemos visto previamente, se habla de dos momentos y dos situaciones diferentes que configuran infracciones por sí mismos:

1. En un primer momento, al sonar la alarma injustificadamente y ejecutar una intervención y registro al menor, incumpliendo su protocolo interno de seguridad, SPSA realizó los hechos que configuran la primera infracción al art. 19 del Código. Esto porque hicieron uso de sus mecanismos de seguridad de manera inadecuada/ injustificada.
2. En un segundo momento, al intervenir al menor de manera denigrante, procediendo a desvestirlo sin autorización de su madre quien es su representante, SPSA maltrató al menor, configurando la segunda infracción al art. 19 del Código.

En ese sentido, son dos acciones diferentes las que configuran dos infracciones al deber de idoneidad. Tanto es así, que, si uno de ambos hechos es desvirtuado, no acarrea que el otro no configure una infracción. Es decir, (i) si la alarma del local se hubiera activado justificadamente entendiendo que el niño hubiera robado algo, SPSA aún hubiera recaído en la segunda infracción si sus agentes de seguridad hubieran tratado de manera inadecuada al menor, configurando la segunda infracción; o (ii) en un supuesto diferente, los agentes pudieron tratar de manera adecuada al menor y no registrarlo, pero al intervenirlo y sonar la alarma de manera errada (sin que el menor haya robado), SPSA sería pasible de una sanción por haber ejecutado sus mecanismos de seguridad de manera injustificada, en tanto ello es una vulneración del deber de idoneidad de su sistema de seguridad. Es por esto que se evidencia una identidad de hechos en las sanciones impuestas a SPSA.

Respecto del **fundamento**, de acuerdo a Cobián, es importante identificar “*cuál es el interés jurídicamente protegido contemplado en la norma a través de los elementos constitutivos de la infracción, y en tal sentido, considerar en la evaluación la forma específica de ataque al bien jurídico*” (Cobián, 2014, p.90). Por ello, en el caso concreto se puede identificar la igualdad en dicho elemento, en tanto lo que se está decidiendo en la resolución materia de análisis es si hubo o no una vulneración al deber de idoneidad (art. 19 del Código). En ese sentido, se determinará si se ha brindado un servicio que cumpla con las expectativas de un consumidor razonable (tal y como lo hemos enmarcado en conceptos) en cada uno de los hechos denunciados y que hemos analizado en el párrafo anterior.

Entonces, respecto a la pregunta de si INDECOPI ha vulnerado el principio de ne bis in ídem en la resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, la respuesta es negativa dado que no se encuentra la identidad de sujeto-hechos-fundamento en la imputación de la sanción a SPSA.

5. De las Consecuencias de la Decisión: En el largo plazo, ¿se perjudicaría más al consumidor si se sanciona a SPSA por el mal uso de su sistema de seguridad?

En el expediente del caso, es fácil notar que el argumento más recurrente de SPSA es el daño que podría generar a la sociedad una resolución del caso que involucre una sanción a SPSA sólo por ejecutar de manera exhaustiva sus mecanismos de seguridad. Añaden que el efecto que la punición tendría es crear una limitación a los comerciantes en el uso de sus sistemas de seguridad, el incentivo a no tener una Política de seguridad interna (en tanto podrían ser sancionados si no lo cumplen) y por consiguiente, la generación de una sensación de inseguridad dentro de los locales comerciales fomentando el uso de menores en los delitos que se realizarían en esos lugares.

Primero, se debe aclarar que ninguna de las multas que ha impuesto el INDECOPI sanciona que SPSA haya ejecutado sus medidas de seguridad.⁵ Es más, dicha resolución ni siquiera sanciona que la empresa haya incumplido su propia Política interna (aunque, se discrepa con ello en el punto 1 de este informe porque, luego de

⁵ “57. Conforme se ha desarrollado en el análisis de la presente resolución, el hecho infractor cometido por Supermercados Peruanos no está constituido por el incumplimiento de sus propias disposiciones, sino que no empleó sus mecanismos de seguridad de manera adecuada, en tanto de manera injustificada intervino y trasladó al menor de edad a otro ambiente distinto al cual se encontraba, lo cual ha sido verificado por esta Sala.”

este análisis, visualizamos que el incumplimiento de dichas disposiciones generó que SPSA brinde un mal servicio de seguridad patrimonial y, por consiguiente, recaiga en las infracciones al art. 19 del Código). Lo que se determina como no idóneo es que se haya intervenido de manera injustificada al menor consumidor que no cometió sustracción de mercadería alguna, lo cual acreditaría un malfuncionamiento del sistema de seguridad de SPSA. Luego de ello, se sanciona que en la intervención se haya tratado de manera no adecuada al menor.

Por consiguiente, las sanciones determinadas no provocan que los proveedores doten de un débil servicio de seguridad a sus locales fomentando la inseguridad en los mismos; sino que incentivan a mejorar sus sistemas de seguridad. Si se mantienen estas sanciones, como efectivamente se está haciendo⁶, los empresarios deberán volver más eficientes y precisos dichos mecanismos para poder asegurar sus negocios de manera adecuada evitando problemas con los consumidores, esto podría ser, buscando sensores más precisos que eliminen la posibilidad de activarse con cualquier otro elemento que no sean los del propio negocio.

Por lo pronto, ante la imposibilidad que mejores sensores y alarmas puedan ser adaptados e implementados de manera célere, como se ha abordado en la resolución N° 1731-2012/SC2-INDECOPI, existe la alternativa de la visualización de cámaras para crear certeza de una sustracción antes del registro corporal del sospechoso; o incluso, puede efectuarse la retención del mismo mientras se visualiza las cámaras y se ubica a un policía quien es competente para actuar en estos casos.⁷ Este accionar ha sido validado por INDECOPI en tanto ha sido determinado como “un trato adecuado” por dicha entidad. Asimismo, para el caso particular ya se revisó en el penúltimo párrafo del punto 1, cómo debieron actuar los agentes de seguridad y, por otro lado, en el desarrollo del problema principal (punto 6) se pasará a ensayar actuaciones “adecuadas” en diversas situaciones de activación del sensor cuando pasan menores de edad.

⁶ Por medio de las sanciones recurrentes a empresas de comercialización de alimentos debido a un mal uso de sus medidas de seguridad como las siguientes:

- Resolución N° 0449-2021/SPC-INDECOPI – sanción a Cencosud Retail Perú S.A
- Resolución N° 2672-2013/SPC-INDECOPI – sanción a Tiendas por Departamento Ripley S.A.
- Resolución N° 0778-2021/SPC-INDECOPI – sanción a Supermercados Peruanos S.A.
- Resolución N° 1565-2021/SPC-INDECOPI – sanción a Supermercados Peruanos S.A.
- Resolución N° 1075-2020/SPC-INDECOPI – sanción a Tay Loy S.A.
- Resolución N° 1731-2012/SC2-INDECOPI – sanción a Hipermercados Tottus S.A

⁷ La retención por un intervalo corto de tiempo (20 minutos en el caso particular) fue determinado como adecuado por INDECOPI, en la RESOLUCIÓN 0778-2021/SPC-INDECOPI.

Cabe mencionar que, aparte de las multas, las cuales desincentivan intervenciones injustificadas y malos tratos a los intervenidos, INDECOPI ordenó como medida preventiva la implementación y aplicación de mecanismos de seguridad que no atenten contra la tranquilidad y dignidad de los consumidores. En base al análisis antes realizado, esta medida correctiva es pertinente en tanto es justamente la falta de lineamientos de acciones de seguridad en el supuesto de casos sospechosos (donde no hay certeza del hurto), así como el desconocimiento de los agentes de seguridad de los propios protocolos correspondientes, los que causaron la infracción.

Finalmente, se concluye que la resolución que declara fundada la denuncia en contra de SPSA no fomenta la inseguridad en los locales comerciales, ni la inutilidad de los servicios de seguridad de los mismos y mucho menos perjudica a los consumidores de manera indirecta. Dicha decisión incentiva a los proveedores de servicios de comercialización de alimentos y bebidas a aplicar medidas más adecuadas y a mejorar sus sistemas de seguridad de manera que garanticen la tranquilidad y dignidad de sus consumidores.

6. Problema Principal: de la vulneración del deber de idoneidad de sus servicios de seguridad al intervenir al menor hijo de la Sra. Díaz.

En los puntos precedentes, hemos determinado que el servicio complementario de seguridad de SPSA no cumplió con la garantía implícita del deber de idoneidad de cualquier servicio de esta naturaleza, ni tenía el consentimiento pertinente para realizar el registro al menor. De primera mano, ya podríamos contestar nuestro problema principal indicando que, al realizar una intervención injustificada y al brindar un trato inadecuado a un menor por medio del registro sin el consentimiento correspondiente, SPSA habría vulnerado la garantía implícita del deber de idoneidad del servicio de seguridad. Sin embargo, queda la pregunta respecto de qué sería considerado un “trato adecuado” en este tipo de situaciones; por lo que conviene analizar el contexto particular tomando en cuenta que el personal de seguridad no tenía la certeza de que efectivamente ocurrió el hurto y aun así efectuó un registro con carácter vejatorio a un menor.

Vale la pena mencionar, no se pretende desconocer la facultad de SPSA de ejecutar acciones de seguridad (considerando que tenían una duda razonable, aunque basada en un mal funcionamiento). Sin embargo, aun teniendo ello en cuenta, la intervención no debió ser invasora de la privacidad, a tal grado de vulnerar la dignidad, la integridad

física e incluso psicológica del menor al exponerlo a una humillación lo cual sería incluso ilegal a la luz del Código del Niño y el Adolescente, así como de la Convención de los derechos del niño como hemos indicado antes. En los hechos, se puede identificar la humillación implícita en la intervención del caso si consideramos que Molina la define como:

*“la lógica de la humillación (el cómo), **la experiencia de la humillación (los sentimientos, el sufrimiento) y los actores implicados (actor, paciente y espectador)**, [...] en el contexto de la vida en común se puede ver que la humillación en cuanto acción (experimentada por quien la padece), y como conducta y proceso (por parte de quienes la infligen y de quienes son sus espectadores), se presenta, muchas veces, como una práctica socialmente tolerada.”* (Molina, 2018, p.4)

Trasladando al caso el concepto anterior, podemos ver que las medidas de seguridad realizadas por SPSA fueron de carácter humillante para la persona, en tanto hubo sufrimiento, desconocimiento de la dignidad del mismo y espectadores. Asimismo, es una sensación que, si bien vulnera los derechos del niño (o de manera general, los de las personas), es socialmente tolerada, lo cual no es correcto y que en este caso fue correctamente cuestionado por INDECOPI.

Se debe tomar en cuenta que el expediente es del año 2014 y recientemente este tipo de casos (intervenciones de seguridad ante la activación del sensor) han sido analizados por la Sala Especializada en Protección al Consumidor⁸. En estas oportunidades, dicha sala ha establecido de manera laxa que, si se detectase una conducta sospechosa, ante la falta de certidumbre, se debe actuar acorde a la particularidad y no afectar desproporcionadamente la tranquilidad del consumidor:

*“En ese sentido, si bien en este caso el proveedor estaba facultado a activar su procedimiento de seguridad ante la detección preliminar de un posible incidente irregular, al visualizar **una conducta que parecía sospechosa -a primera vista-en sus cámaras de seguridad; justamente la particularidad expuesta, esto es, la falta de certeza sobre la posible sustracción de un producto(lo***

⁸- Resolución N° 0449-2021/SPC-INDECOPI – sanción a Cencosud Retail Perú S.A.
- Resolución N° 2672-2013/SPC-INDECOPI – sanción a Tiendas por Departamento Ripley S.A.
- Resolución N° 0778-2021/SPC-INDECOPI – sanción a Supermercados Peruanos S.A.
- Resolución N° 1565-2021/SPC-INDECOPI – sanción a Supermercados Peruanos S.A.
- Resolución N° 1075-2020/SPC-INDECOPI – sanción a Tay Loy S.A.
- Resolución N° 1731-2012/SC2-INDECOPI – sanción a Hipermercados Tottus S.A

*que la denunciada denominó “duda razonable”), generaba también que **dicha intervención se efectuara dentro de parámetros de idoneidad ajustados a las circunstancias particulares del caso(existencia de dudas frente a una posible sustracción de productos), los cuales en modo alguno podían afectar desproporcionalmente la tranquilidad del consumidor o vulnerar su dignidad.**”(resolución N° 0198-2022/SPC-INDECOPI, 2022)*

En ese sentido, si bien en un primer momento, el origen de toda la intervención se basa en un mal funcionamiento de los sensores de seguridad que generó una falta de certeza; en un segundo momento, la otra infracción al deber de idoneidad está contenida en la intervención que involucró quitarle la ropa al menor, porque dicha retención no fue una de carácter adecuado para asegurar la dignidad de la persona ni mucho menos se tuteló el interés superior del niño, en tanto fue una experiencia vejatoria, humillante y carente de consentimiento expreso del mismo, donde estuvo privado de la presencia de sus padres quienes son sus representantes de acuerdo a norma.

En ese sentido, se corrobora la evaluación efectuada por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, donde determina que las medidas ejecutadas (i) no fueron realizadas de manera adecuada – porque fueron injustificadas- y (ii) no fueron apropiadas para tratar a un menor de edad.

Por ello, a efectos de que el presente informe brinde luces respecto de la aplicación de mecanismos de seguridad que resulten útiles a las empresas que quieran contar con este servicio complementario en sus locales, ensayaremos algunas alternativas de acción ante supuestos de activación de sensores de seguridad al pasar menores de edad sin contar con la certeza del hurto. Cabe mencionar que, ante los rasgos de una persona joven, siempre debería hacerse la pregunta de si la persona es mayor o menor de edad antes de aplicar cualquier medida. Luego de ello deberían observarse las siguientes acciones:

1. Supuesto en el que el menor se encuentre acompañado de su apoderado: la intervención a ambos debe ser inmediata a la activación del sensor. Posteriormente, debe solicitarse con educación el registro superficial de prendas y bolsos. Ante resistencia, se requerirá la presencia de la policía para realizar lo anterior con una espera no mayor a 20 minutos. Si se encuentran objetos, se realizará la denuncia correspondiente, de no ser así, se deberá pedir las disculpas del caso.

2. Supuesto en que el menor un mayor de edad que no es su apoderado: Primero, por medio del mayor de edad, se le solicita localizar al padre o apoderado del menor, de no ser posible, se buscará la presencia del efectivo policial. En caso encontrarse al apoderado o ya con la presencia del efectivo policial, se procedería a realizar los pasos del punto 1.
3. Supuesto en el que el menor de edad se encuentre solo y sin posibilidad de ubicar a su apoderado ante el requerimiento: con mucha educación (y dejando constancia por algún medio) se debe retener al menor indicándole que se está requiriendo de urgencia la presencia de un efectivo policial dado que el menor no podría brindar consentimiento a ningún acto de registro en su persona. Cabe mencionar que al ser un menor solo y al identificarlo como tal, la empresa estaría adquiriendo un deber de cuidado con el mismo, lo cual justificaría su retención de manera discreta hasta que se encuentre la policía en el local. Luego de ello, con la presencia de la policía, se podría requerir la revisión superficial por parte del efectivo con educación y las disculpas correspondientes en caso la alarma se haya activado por error.

Cabe mencionar resaltar que, bajo ninguno de los supuestos, se autorizaría el registro del menor por debajo de la ropa en tanto ello es un trato denigrante y no adecuado en tanto existe una “duda razonable” de que haya ocurrido el hurto como hemos analizado previamente. Asimismo, se debe aclarar que lo indicado no exoneraría de responsabilidad al local si la intervención es injustificada (porque ello acreditaría un funcionamiento erróneo de los sensores); sin embargo, reduciría notablemente el riesgo de una denuncia en tanto el tratamiento dado sería “adecuado” y cualquier registro contaría con consentimiento o con la presencia de un efectivo policial.

VIII. CONCLUSIONES

Luego del desarrollo de los problemas jurídicos antes revisados, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Por medio de este informe coincidimos con la decisión de la Sala Especializada en Protección al Consumidor contenida en la resolución N° 4035-2014/SPC-INDECOPI, donde resuelve que hubo una vulneración al deber de idoneidad dado que el servicio conexo de seguridad de SPSA (i) fue empleado de manera inadecuada en tanto fueron injustificadas y en desobediencia de su propio

Protocolo; y (ii) no fueron adecuadas para tratar a un menor de edad porque se efectuó un registro denigrante que vulneró su tranquilidad y dignidad.

2. El incumplimiento del deber de idoneidad del servicio de seguridad de SPSA se basa en no contemplar la garantía implícita del mismo, toda vez que dos expectativas generales que todo servicio de seguridad debería tener, no se cumplieron al nivel esperado: (i) al efectuarse una intervención que afectaba la tranquilidad y dignidad de un menor – consumidor en estado de mayor vulnerabilidad-; y (ii) al haber intervenido de manera injustificada a una persona.
3. El “consumidor razonable” es un concepto que postula que debe protegerse a la persona que actúa con la diligencia requerida para el uso adecuado de un producto o servicio. Sin perjuicio de ello, no es un criterio que pueda exonerar de responsabilidad al proveedor por fallas que son consideraras comunes en los mismos. En ese sentido, SPSA no puede utilizar dicho concepto para que se considere que la activación errada de las alarmas de seguridad sea consideradas normales y que el menor afectado (o cualquier persona) deba consentir como “consumidor razonable” una intervención injustificada.
4. SPSA no contaba con consentimiento para el registro del menor porque la situación en la que se encontraba era perjudicial y humillante para él y esto representa una restricción de la volición de cualquier persona, aún más en el caso de un menor de edad. Asimismo, el menor no se encontraba acompañado de su representante en una situación que lo ameritaba.
5. INDECOPI no ha vulnerado el principio de ne bis in ídem en la resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM, porque no se encuentra la identidad de sujeto-hechos-fundamento en la imputación de la sanción a SPSA. El elemento de “identidad de hechos” no se encuentra en el caso, en tanto se trata de dos acciones independientes efectuadas en dos momentos que representan dos infracciones diferentes al deber de idoneidad.
6. Las multas y medida correctiva determinada por INDECOPI no fomentan la inseguridad en los locales comerciales por restringir las intervenciones de seguridad; sino que incentivan a los proveedores a buscar la eficiencia de las mismas. Por lo pronto, existen alternativas de intervención que han sido avaladas

por dicho organismo al ser justificadas y no vulnerar la dignidad del consumidor intervenido.



IX. BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- Alarcón, L. (2008). *La Garantía Non bis in Ídem y el Procedimiento Administrativo Sancionador* (1st ed.). Iustel.
- Aldana Ramos, E. G., & Gagliuffi Piercechi, I. S. (2004). La noción de Consumidor Final: El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi. *Ius et Veritas*, 29, 47–60.
- Bullard, A. (2018). ¿Es el consumidor un idiota? El Falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de La Competencia y La Propiedad Intelectual*, 6, 5–58. <http://www.stellaawards.com/caselog.html>
- Caro Coria, D. C. (2006). El Principio de Ne bis In Ídem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Advocatus*, 14, 343–365. <https://doi.org/https://doi.org/10.26439/advocatus2006.n014.2869>
- Carranza Álvarez, C. (2017). *Temas Actuales de Derecho del Consumidor* (Ediciones Normas Jurídicas S.A.C., Ed.; 1st ed.).
- Cavero Safrá, E. (2016). ¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano. *Ius et Veritas*, 53, 34–47. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.002>
- Cillero Bruñol, M. (2001). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Derechos de La Niñez y la Adolescencia: Antología*. http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- Cobián, E. (2014). *Análisis de Constitucionalidad de la Facultad de la Contraloría General de la República para Sancionar por Responsabilidad Administrativa Funcional y su relación con el Principio del “Ne bis In Ídem.”* <http://www.intosaiglossary.org/Main.aspx>
- Damián Medina, O. (2019). *Protección y Defensa del Consumidor: Jurisprudencia Especializada* (Editora y Librería Jurídica Grijley, Ed.; 2nd ed.).
- Durand Carrión, J. (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 y Sociedad*, 41, 289–296. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12779/13336>
- González Albízuri, N. (2017). *La protección jurídica del menor como consumidor*. Universidad Pontificia Comillas.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2016). *Lineamientos de Protección al Consumidor*.
- Jaén Vallejo, M. (2003). Principio constitucional «Ne bis In Ídem» (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003). *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 584, 1–5.

- Molina González, L. C. (2018). Humiliation as a socially tolerated form of moral evil. In *Co-herencia* (Vol. 15, Issue 29, pp. 37–64). Universidad EAFIT. <https://doi.org/10.17230/co-herencia.15.29.2>
- Rejanovinschi Talledo, M. (2016). La elección del consumidor a un ambiente adecuado: Consumer choice of a suitable environment. *Revista de Actualidad Mercantil*, 4, 219–238. <http://es.consumersinternational.org/who-we->
- Rodríguez García, G. (2013). Protección al consumidor e información espontánea: fuentes de información y autocorrectivos de mercado. *Revista de Economía y Derecho*, 10(39), 85–101.
- Rodríguez García, G. M. (2014). El Apogeo y Decadencia del Deber de Idoneidad en la Jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor. *Themis*, 65, 303–314. <http://blog.pucp.edu.pe/item/54292/el-concepto-de-consumidor-razonable-en-el-peru>
- Sanz Salguero, F. J. (2020). Estado de la cuestión del deber general precontractual de información y la protección al consumidor en América Latina, con énfasis en el caso chileno. *CES Derecho*, 11(1), 157–176. <https://doi.org/10.21615/cesder.11.1.9>
- Turmo, A. (2020). Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism. *European Papers- A Journal on Law and Integration*, 5(3), 1341–1356. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/429>
- Vilela Carbajal, J. E. (2008). *La protección al consumidor en la jurisprudencia del Indecopi* (Editora y Librería Jurídica Grijley, Ed.; 1st ed.).

NORMAS

- Constitución Política del Perú, (1993)
- Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010)
- Ley 27337 - Código de los Niños y Adolescentes (2000)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional en expediente 02132-2008-AA, (2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional en expediente 0298-1996-AA, (1998).
- Casación N° 7701-2015 LIMA (2018).
- Resolución N° 1143-2005/TDC-INDECOPI, (2005).
- Resolución N° 0085-1996-TDC, (1996).
- Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI, (2013).
- Resolución N° 0198-2022/SPC-INDECOPI, (2022).
- Resolución N° 0449-2021/SPC-INDECOPI, (2021).
- Resolución N°1565-2021/SPC-INDECOPI, (2021).

Resolución N° 2695-2021/SPC-INDECOPI, (2021).





El Peruano

www.elperuano.pe | DIARIO OFICIAL

AÑO DE LA DIVERSIFICACIÓN PRODUCTIVA Y DEL FORTALECIMIENTO DE LA EDUCACIÓN

Jueves 26 de marzo de 2015



**Confirman en diversos extremos la
Resolución N° 254-2014/INDECOPI-LAM
que declaró fundada denuncia y dispuso
sanción contra Supermercados
Peruanos Sociedad Anónima o S.P.S.A.**

RESOLUCIÓN N° 4035-2014/SPC-INDECOPI

NORMAS LEGALES

SEPARATA ESPECIAL

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LACOMPETENCIA
 Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala Especializada en Protección al Consumidor
RESOLUCIÓN 4035-2014/SPC-INDECOPI
EXPEDIENTE 250-2013/CPC-INDECOPI-LAM

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI DE LAMBAYEQUE
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : MARICELA DÍAZ DÍAZ
DENUNCIADA : SUPERMERCADOS PERUANOS SOCIEDAD ANONIMA 'O' S.P.S.A.
MATERIAS : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
 IDONEIDAD
 GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : SUPERMERCADOS, BODEGAS, MINIMARKETS Y SIMILARES

SUMILLA: Los mecanismos de vigilancia y seguridad adoptados por los proveedores en sus establecimientos comerciales con el fin de resguardar su patrimonio no pueden afectar de manera injustificada la tranquilidad o la dignidad de los consumidores que acuden a sus locales. La intervención por parte del personal de seguridad de un establecimiento comercial deberá realizarse dentro de los límites que impone el respeto a la persona humana y su dignidad.

En atención a ello, se confirma la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia contra Supermercados Peruanos S.A. por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por haber incurrido en dos conductas:

(i) No empleó adecuadamente sus mecanismos de seguridad, dado que de manera injustificada procedió con la intervención del menor hijo de la denunciante; y,

(ii) durante la revisión a la que fue sometido el menor, el personal de seguridad de Supermercados Peruanos S.A. le brindó un trato inadecuado, habiéndosele despojado de sus prendas de vestir hasta que quedara en ropa interior.

SANCIÓN: 125 UIT

25 UIT : por la intervención injustificada
100 UIT: por el trato inadecuado.

Lima, 25 de noviembre de 2014

ANTECEDENTES

1. El 31 de octubre de 2013, la señora Maricela Díaz Díaz (en adelante, la señora Díaz) denunció a Supermercados Peruanos Sociedad Anónima 'O' S.P.S.A.¹ (en adelante, Supermercados Peruanos), ante la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Lambayeque (en adelante, la Comisión), por infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:

(i) El 13 de octubre de 2013, a las 19:30 horas, su menor hijo de iniciales A.G.C.D. (de trece años de edad) acudió, acompañado de sus dos hermanas, una menor de 3 años de edad y la señorita Almendra Natalia Cornejo Díaz, de 18 años de edad (en adelante, la señorita Cornejo) y del señor Miguel Ángel Huamán Zevallos (amigo de su hermana mayor; en adelante, el señor Huamán), al establecimiento comercial Plaza Vea, del Centro Comercial Real Plaza de Chiclayo, con la finalidad de comprar unas golosinas;

(ii) luego de haber cancelado el precio de los productos y cuando se disponían a retirarse del local, se activó el sensor de alarma de la puerta, lo que motivó la intervención de un empleado de seguridad;

(iii) el empleado registró a su menor hijo en medio del público que entraba y salía de la tienda, sin encontrarle objeto alguno, luego de ello, llamó a otro empleado de rango superior, el mismo que dispuso que su hijo fuera conducido al baño para hacerle una nueva revisión que implicó despojarlo de sus prendas de vestir hasta quedar en ropa interior y el registro de su boca y cuerpo, siendo que además se le hizo preguntas totalmente impertinentes (como si había sido operado de la próstata). Todo ello se produjo delante de otras personas que hacían uso de los servicios higiénicos, sin importar el pudor y la vergüenza del menor;

(iv) al no encontrarle ningún objeto, el personal pidió al menor que se vistiera y se retirara. En dicho momento, la señorita Cornejo exigió que se pidieran las disculpas del caso, en tanto se había cometido un abuso; sin embargo, el personal de la denunciada se negó a ello y los expulsó del establecimiento;

(v) de manera inmediata su hija le comunicó lo sucedido, por lo que acudió al establecimiento para reclamar y exigir las explicaciones del caso;

(vi) el personal de seguridad admitió que había realizado el registro del menor (tanto en la puerta como en el baño) y que no encontraron objeto alguno, por lo que en compensación se le ofreció entregar algún alimento de la tienda, lo cual rechazó; y,

(vii) presentó una denuncia ante la Comisaría de Chiclayo contra el personal de seguridad de Supermercados Peruanos, pues los hechos acontecidos constituían una agresión al honor de sus hijos.

2. Mediante Resolución 1 del 4 de noviembre de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Supermercados Peruanos que cumpliera con presentar la documentación que registrara los hechos ocurridos el 13 de octubre de 2013, como es el cuaderno de incidencias, cuaderno de reporte del personal de seguridad; y, video de las cámaras de vigilancia. Dicho requerimiento no fue absuelto por Supermercados Peruanos, por lo cual se le inició un procedimiento sancionador por infracción del artículo 5° del Decreto Legislativo 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del Indecopi².

1 RUC 20100070970. Domicilio Fiscal: Calle Morelli N° 181 Int. P-2 Lima -Lima - SanBorja.

2 DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 5°.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

3. El 20 de noviembre de 2013, Supermercados Peruanos presentó sus descargos, señalando que era de público conocimiento la existencia de numerosos casos de personas (denominadas "tenderos") que sustraían mercadería y las pertenencias de los clientes, por lo cual había intensificado las medidas de seguridad adoptadas. Así, indicó que los procedimientos de seguridad en sus establecimientos eran preventivos, apuntando a evitar prácticas sistemáticas de sustracción de mercadería en detrimento de la empresa y demás consumidores. Agregó que las intervenciones se realizaban con el consentimiento previo y expreso de los consumidores, siendo que en el caso de niños, se solicitaba la autorización del padre, tutor o persona a su cargo; o, ante la negativa del cliente, con la participación de por lo menos un miembro de la Policía Nacional del Perú.

4. De otro lado, en relación a los hechos ocurridos el 13 de octubre de 2013, señaló lo siguiente:

(i) La señora Díaz no acreditó los hechos materia de denuncia, siendo que la misma únicamente reflejaba que el 13 de octubre de 2013 su menor hijo realizó compras en su establecimiento comercial y que en ningún momento se le retuvo en contra de su voluntad;

(ii) durante la intervención, mantuvo una coordinación permanente con la señora Díaz, quien brindó su autorización para que el menor fuera trasladado a un área privada y de este modo evitar su exposición frente a terceros. Prueba de ello es que la señora Díaz en ningún momento hizo alusión a que su hijo hubiera sido jaloneado o recibido una agresión física o verbal; y,

(iii) la denuncia penal presentada por la señora Díaz fue declarada improcedente y archivada.

5. El 6 de diciembre de 2013, la señora Díaz presentó un escrito mediante el cual negó que personal de Supermercados Peruanos hubiera requerido su autorización para la intervención de su menor hijo, en tanto ella no estuvo presente en el establecimiento cuando se produjeron los hechos.

6. Mediante Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, del 25 de abril de 2014, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:

(i) Declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 19° del Código, en tanto se verificó que Supermercados Peruanos incurrió en las siguientes infracciones: (i) no empleó adecuadamente los mecanismos de seguridad en su establecimiento comercial, originando que el hijo de la denunciante fuera intervenido de manera injustificada; y, (ii) brindó un trato inadecuado al hijo de la denunciante;

(ii) ordenó a Supermercados Peruanos como medida correctiva, que cumpla con implementar y aplicar mecanismos de seguridad que no afecten la tranquilidad y dignidad de los consumidores; y,

(iii) sancionó a Supermercados Peruanos con una multa total de 150 UIT y la condenó al pago de las costas y costos del procedimiento³.

7. El 12 de mayo de 2014, Supermercados Peruanos apeló la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, señalando lo siguiente:

(i) El menor fue intervenido debido a que la alarma se activó cuando pasó por ella, lo cual era evidencia de un posible hurto. Siendo que ante dicha situación, todo consumidor conoce que debe prestar las facilidades para que se le registre. En atención a ello, la intervención realizada al menor no fue injustificada como erróneamente señaló la Comisión;

(ii) la Comisión también incurrió en un error al señalar que su procedimiento de intervención solo permitía el registro del cliente en caso de flagrante delito. En efecto, dicho procedimiento señalaba que era suficiente que existiera evidencia de acto ilícito, justamente por ello, su personal realizaba la intervención para verificar si se había cometido el delito;

(iii) la intervención de personal de la PNP se producía recién cuando se detectaba el hurto;

(iv) por un error indicó que la que había dado su consentimiento fue señora Díaz en lugar de hacer alusión a la hermana del menor (la señorita Cornejo); sin embargo, dicha situación no significaba que no hubiera existido consentimiento;

(v) el hecho de que en las declaraciones testimoniales se haya sostenido que el menor fue intervenido sin autorización, no podía ser considerado como un medio probatorio pleno en su contra, pues se trataba de simples declaraciones de las personas que acompañaron al menor y que por ende se sentían afectados con la intervención;

(vi) en el expediente no obraba medio probatorio alguno que acreditara que la revisión que se practicó al menor fue contra su voluntad; por el contrario, el hecho de que los señores Huamán y Cornejo afirmaran que el menor fue conducido al baño demostraba que fue bajo su consentimiento, a pesar de que no hubieran estado de acuerdo con la medida;

(vii) el procedimiento de revisión se llevó a cabo respetando la dignidad del menor, en tanto se realizó en un baño privado del local que se encontraba vacío, sin que la denunciante haya presentado medio probatorio alguno que demostrara su alegato referido a que dicho ambiente se hubiera encontrado concurrido;

(viii) existían contradicciones en las declaraciones formuladas por el señor Huamán y la señorita Cornejo respecto al trato dispensado al menor, pues esta señaló que su hermano fue sujetado por el cuello y aquél, de manera titubeante, señaló que fue sujetado por atrás;

(ix) del mismo modo, el señor Huamán señaló en un primer momento que el menor quedó completamente desnudo; y, posteriormente, que estaba con ropa interior;

(x) las preguntas realizadas al menor (como si tenía brackets, curaciones dentales, placas o alguna operación) se encontraban justificadas en tanto se buscaba determinar la razón por la cual se activaron los sensores;

(xi) la Comisión incurrió en contradicción al señalar que no era materia controvertida la detención del menor, pues precisamente el análisis respecto del primer cargo imputado consistió en determinar si el menor fue detenido injustificadamente; y,

(xii) no podía ser sancionada por no aplicar su propio código de seguridad, en tanto este es un instrumento privado y voluntario, que las empresas se encuentran facultadas a adoptar.

8. Asimismo, Supermercados Peruanos señaló que pese a que las conductas imputadas habían configurado una única infracción, se le sancionó de manera independiente. Sin perjuicio de ello, cuestionó la graduación de la sanción efectuada por la Comisión en atención a los siguientes alegatos:

(i) En relación a la multa de 50 UIT por no haber empleado adecuadamente los mecanismos de seguridad, alegó:

- no existió la gravedad alegada por la Comisión, pues cumplió con su reglamento interno;
- no obtuvo beneficio alguno ya que implementó mecanismos de seguridad y capacitó a su personal;
- en cuanto a los efectos en el mercado, era errado señalar que la conducta verificada ocasionaba inseguridad en los consumidores; y,
- no se produjo un perjuicio de carácter moral en agravio del menor, lo cual había quedado acreditado; y,

3 Cabe señalar, que si bien en la parte resolutive de la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, no se consignó el extremo referido al pago de las costas y costos del procedimiento, de la lectura de la referida resolución se aprecia que en el párrafo 111 y 112 de la misma, la Comisión ordenó a Supermercados Peruanos efectuar dicho reembolso en favor de la denunciante.

(ii) En relación a la multa de 100 UIT por el trato trato inadecuado dispensado al menor, alegó:

- la Comisión incurría en un error al considerar que por tratarse de un menor se trataba de una conducta muy grave;
- no se habían generado beneficios a su favor;
- no se habían generado efectos negativos en el mercado;
- no se había probado un daño resultante de la conducta infractora, no pudiendo considerarse un daño psicológico potencial;
- la probabilidad de detección no era baja como señaló la Comisión, ya que un acto de este tipo siempre es comunicado a los familiares, quienes decidían si debían interponer una denuncia; y,
- el hecho de que una empresa tuviera 35 años en el mercado, no garantizaba que sus mecanismos de seguridad funcionaran de manera perfecta.

9. Finalmente, Supermercados Peruanos reiteró sus alegatos referidos a las pérdidas que ocasionaban los hurtos en los supermercados y el uso que los tenderos venían haciendo de menores de edad para evitar sospechas. Indicó que si se sancionara a un proveedor por revisar a un menor luego de que se hubieran activado las alarmas, se reduciría la posibilidad de detección de los tenderos, lo cual sería aprovechado por dichas personas. En atención a ello, consideró que la revisión exhaustiva, pero mesurada al menor, luego de la activación de la alarma se justificaba en el incremento de tenderos y delincuencia en la localidad

10. El 8 de julio de 2014, Supermercados Peruanos presentó un escrito señalando que la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo había emitido una resolución concluyendo que no procedía formalizar ni continuar con la investigación preparatoria contra el personal de seguridad de la denunciada⁴ por presunto delito contra la libertad en la modalidad de coacción y violación de la intimidad del menor. Asimismo, solicitó el uso de la palabra.

11. El 25 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la participación de la señora Díaz y el representante de Supermercados Peruanos.

ANÁLISIS

Cuestión previa: Sobre los cargos imputados

12. En la Resolución 1 del 4 de noviembre de 2013, la Comisión imputó a Supermercados Peruanos dos hechos:

- (i) No empleó adecuadamente los mecanismos de seguridad en su establecimiento comercial, originando que el hijo de la denunciante fuera intervenido de manera injustificada; y,
- (ii) brindó un trato inadecuado al hijo de la denunciante.

13. En su apelación, Supermercados Peruanos señaló que estos hechos debieron considerarse como una sola infracción al deber de idoneidad, pues de lo contrario se le estaría imponiendo dos sanciones por una misma conducta.

14. Del análisis de las imputaciones efectuadas en contra de Supermercados Peruanos, se advierte que si bien ambas conductas constituyen infracciones al deber de idoneidad, las mismas son independientes.

15. En efecto, en la primera imputación, referida a que los mecanismos de seguridad de la denunciada no habrían sido aplicados adecuadamente, generando la intervención injustificada del hijo de la denunciante, lo que corresponde analizar es si dadas las circunstancias específicas en las que se produjeron los hechos, se encontró justificado que personal de Supermercados Peruanos interviniera al hijo de la señora Díaz, registrándolo a la salida del establecimiento y trasladándolo a otro ambiente al interior de la tienda.

16. En la segunda imputación, referida a que el menor habría recibido un trato inadecuado, corresponde analizar si las acciones adoptadas por el personal de Supermercados Peruanos durante su revisión en el baño, fueron adecuadas; o, si por el contrario, se afectó la dignidad o el pudor del menor, como alegó la denunciante.

17. Tal como puede apreciarse, las conductas imputadas por la Comisión pueden y deben ser evaluadas de manera independiente, pues lo que se resuelva respecto a una no afecta la decisión que se adopte respecto a la otra. En efecto, si se determinara que el proveedor no empleó adecuadamente sus mecanismos de seguridad y que la intervención que realizó fue injustificada, aquél habrá cometido una infracción, al margen de si la revisión realizada se produjo mediante un trato inadecuado o indebido contra el menor, pues puede determinarse que este segundo cargo resulte infundado (si no existieran pruebas) y, pese a ello, se declarara fundada la primera imputación.

18. En esa línea, si se determinara que el proveedor no aplicó adecuadamente sus mecanismos de seguridad e intervino de manera injustificada al menor y además que durante la revisión posterior que se le realizó en el baño le brindó un trato inadecuado (a través de un presunto despojo de sus prendas de vestir); habría incurrido en dos conductas infractoras.

19. De acuerdo a lo señalado, corresponde alegato de Supermercados Peruanos respecto a la independencia de las conductas infractoras imputadas.

Sobre las condiciones de seguridad en los establecimientos comerciales

20. El artículo 65° de la Constitución Política del Perú⁵ establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Como parte del cumplimiento de dicho deber de defensa, el Código reconoce una serie de derechos para los consumidores e impone una serie de deberes que debe cumplir todo proveedor en la comercialización de productos o prestación de servicios en el mercado.

21. El artículo 19° del Código⁶ establece la responsabilidad de los proveedores respecto a la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. En aplicación de esta norma, los proveedores tienen el deber de desarrollar sus ofertas en el mercado en las condiciones previsible atendiendo a la regulación que sobre el particular se haya establecido, a la información brindada o a la naturaleza de los productos o servicios.

22. Ahora bien, la idoneidad no puede ser medida exclusivamente sobre los productos o servicios adquiridos, sino que también comprende aquellas condiciones que los proveedores ofrecen conjuntamente con sus prestaciones principales. Siendo así, condiciones como la seguridad y tranquilidad, la buena atención brindada, entre otras, son básicas e inherentes a la adquisición de un producto o a la prestación de un servicio, de modo tal que si no se incluyen o garantizan mínimamente dichas condiciones, las relaciones de consumo no se materializarían dentro de parámetros de idoneidad.

4 De acuerdo a la Disposición Fiscal N° 4, del 2 de junio de 2014, el imputado sería "Fonseca y L.O.R.R."

5 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 encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

6 LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19°.- Obligación de los proveedores. El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

23. En atención a ello, los proveedores pueden adoptar diversas medidas de seguridad con la finalidad de resguardar su patrimonio y el de los propios consumidores, para que estos puedan disfrutar de las prestaciones principales, pudiendo destinar parte de su personal para tal fin o contratar a terceros que se encarguen de proveer seguridad en sus locales.

24. No obstante, es importante tener presente que los mecanismos que el proveedor emplee para la vigilancia, seguridad y control de sus establecimientos, deben ejecutarse también dentro de parámetros de idoneidad, no pudiendo afectar injustificadamente la tranquilidad de los consumidores que acuden a sus locales o vulnerar su dignidad.

Sobre el empleo inadecuado de mecanismos de seguridad

25. En su denuncia, la señora Díaz señaló que Supermercados Peruanos empleó inadecuadamente sus mecanismos de seguridad pues luego que la alarma sonara y que el personal de seguridad verificara que su menor hijo no llevaba objeto alguno consigo, lo trasladó a un lugar distinto (baño de la tienda).

26. Supermercados Peruanos señaló que la intervención al menor se produjo de manera justificada, debido a que el sensor de la alarma se activó cuando pasó por ella, siendo dicha situación suficiente para que se procediera a revisarlo, lo cual se realizó con el consentimiento de la señorita Cornejo. Supermercados Peruanos alegó la existencia de numerosos casos de sustracción de mercadería en diferentes tiendas, bajo la modalidad de los denominados "tenderos", quienes también hacían uso de menores de edad para evitar sospechas. Preciso que en atención a ello, sus procedimientos de seguridad eran preventivos y apuntaban a evitar prácticas sistemáticas de sustracción de mercadería en detrimento de la empresa y demás consumidores, siendo dicha práctica razonable.

27. Este Colegiado considera, tal como se señaló en el numeral 23 y 24 de la presente resolución, que a efectos de prevenir eventuales hurtos de mercadería en sus establecimientos, los proveedores tienen la facultad de adoptar mecanismos de seguridad; no obstante, las medidas que implementen no pueden afectar injustificadamente la tranquilidad de los clientes que acuden de compras a sus locales⁷. En estos casos, no se discute la potestad del proveedor de contar con diversos procedimientos de seguridad ante la detección de incidentes irregulares como el hurto o robo de mercadería, sino la afectación indebida e injustificada a los derechos de los consumidores.

28. Con la finalidad de contar con mayores elementos probatorios, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Supermercados Peruanos la presentación de: (i) el original o copia legible del cuaderno de incidencias del 13 de octubre de 2013; (ii) el original o copia legible del cuaderno de reporte del personal de seguridad del 13 de octubre de 2013; y, (iii) el video de las cámaras de vigilancia del establecimiento del 13 de octubre de 2013, entre las 19:30 y 21:00 horas; sin embargo, Supermercados Peruanos incumplió con el requerimiento formulado. Por ello, corresponde emitir un pronunciamiento en función de los medios probatorios que obran en el expediente.

29. En el presente caso, Supermercados Peruanos ha reconocido que el hijo de la señora Díaz (de trece años de edad) de iniciales A.G.C.D., fue intervenido por su personal de seguridad en la puerta de salida y luego conducido a otro ambiente (baño de la tienda) debido que al intentar salir del local sonó la alarma de seguridad. Asimismo, no resulta un hecho controvertido que cuando el menor fue intervenido y revisado en la puerta del local no se le encontró objeto alguno de propiedad de Supermercados Peruanos.

30. Por su parte, la denunciada señaló que la intervención realizada al menor se encontró justificada por el solo hecho de que las alarmas se activaron cuando pasó por ellas.

31. Al respecto, esta Sala coincide con Supermercados Peruanos en que la activación de un sensor de seguridad, que puede ser originada por diversas situaciones como la presencia de un dispositivo que se ha omitido retirar del producto luego de haber sido cancelado o, porque se está sustrayendo indebidamente el producto, habilita al proveedor a ejecutar sus mecanismos de seguridad (como revisar bolsas y comprobantes de pago).

32. No obstante, en el presente caso, la intervención realizada al hijo de la denunciante, no implicó únicamente una revisión en la puerta de salida del establecimiento; sino, la conducción de dicho menor a otro ambiente de la tienda. Es decir que, pese a que el personal de seguridad no encontró objeto alguno en posesión del menor después de efectuado el registro a la salida del establecimiento, persistió con su revisión, trasladándolo a otro ambiente de la tienda.

33. Ello, a criterio de este Colegiado no se encontraba justificado por el solo hecho de que se activaran las alarmas, máxime si existe la posibilidad -como admitió la denunciada⁸- de que ello suceda por una causa distinta a transitar con un producto que tenga adherido un dispositivo.

34. Atendiendo a ello, una intervención como aquella de la que fue objeto el hijo de la denunciante (retención y conducción a otro ambiente del establecimiento) no se encuentra justificada por la sola activación de una alarma, pues en el presente caso existieron otros elementos que pudieron ser analizados antes de someter al menor a una revisión de ese tipo (como la revisión de las cámaras de seguridad, lo que no hizo la denunciada a pesar de contar con ellas), ello con la finalidad de evitar una intervención injustificada.

35. No obstante, en el presente caso, el personal de seguridad de la denunciada procedió a conducir al menor hijo de la denunciante a otro ambiente distinto al lugar en el que se encontraba, pese a que ya había sido revisado y no se le había encontrado objeto alguno y sin más elementos que evidenciaran que el menor hubiera intentado llevarse un producto, pues la denunciada no ha sustentado siquiera que su personal de seguridad haya detectado -previamente a la retención- que el menor de edad o sus acompañantes hubiesen tenido alguna conducta sospechosa durante su estadía en la tienda.

36. Cabe indicar que aun cuando no se hubiera utilizado violencia física para trasladar al menor de edad a otro ambiente, ello constituye una situación que afectó la tranquilidad del menor y que en el presente caso se llevó a cabo de manera injustificada.

37. Por otra parte, Supermercados Peruanos alegó que se le estaría sancionando por considerar que no aplicó su propio código de seguridad correctamente, siendo éste un instrumento privado y voluntario, que las empresas se encontraban facultadas a adoptar. Sobre el particular, debe precisarse que lo que se ha analizado no son los mecanismos de seguridad previstos por la denunciada en su procedimiento interno; sino, si las medidas adoptadas en el caso concreto fueron idóneas en función a las legítimas expectativas del consumidor.

38. Conforme a lo antes expuesto, Supermercados Peruanos intervino al menor disponiendo de forma indebida su traslado a un lugar distinto al que se encontraba, lo cual denota que los mecanismos de seguridad empleados por la denunciada no resultaron ser eficientes, defraudando con ello las expectativas legítimas del menor y afectando su tranquilidad de manera injustificada, lo cual resulta una infracción al deber de idoneidad; máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso, la alarma de seguridad (sensor de alarma) de la tienda falló, pues ésta se activó sin que el menor hijo de la denunciante haya poseído -al momento de la intervención- un producto que tuviese adherido un dispositivo destinado a activar tal sensor.

7 Al respecto, ver Resolución 2281-2013/SPC-INDECOPI, del 21 de agosto de 2013, Resolución 2672-2013/SPC-INDECOPI, del 30 de setiembre de 2013 y Resolución 3048-2014/SPC-INDECOPI, del 10 de setiembre de 2014.

8 Durante el informe oral llevado a cabo ante la Sala, la vocal Ana Asunción Ampuero Miranda preguntó al representante de Supermercados Peruanos cuál fue la razón por la cual se activó el sensor de la alarma si el menor no llevaba consigo ningún producto con un dispositivo adherido; ante ello, el representante de la denunciada respondió lo siguiente:

"(...) en realidad, nosotros no tenemos una respuesta específica sobre por qué se activó el sensor, muchas veces los sensores se activan y bien esto viene porque algunas personas o bien usan brackets o bien tienen algún fierro en el cuerpo, muchas veces existen operaciones, muchas veces existen elementos en nuestro cuerpo que terminan haciendo activar los sensores (...)".

39. Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada, modificando sus fundamentos, en el extremo que declaró fundada la denuncia por la intervención injustificada a la que fue sometido el hijo de la denunciante.

Sobre el trato inadecuado brindado al menor

40. Tal como esta Sala lo ha señalado en los acápites anteriores, los mecanismos de vigilancia y seguridad adoptados por los proveedores no pueden afectar de manera injustificada la tranquilidad o la dignidad de los consumidores que acuden a sus locales.

41. En efecto, la protección de intereses patrimoniales, aun cuando legítimos, no puede justificar una vulneración al pudor o la dignidad de las personas. En ese sentido, una intervención por parte del personal de seguridad de un establecimiento comercial deberá realizarse dentro de los límites que impone el respeto a la persona humana y su dignidad.

42. En el presente caso, la señora Díaz cuestionó la revisión a la que fue sometido su menor hijo, en tanto se realizó al interior del baño público de la tienda, despojándolo de sus prendas de vestir hasta quedar en ropa interior, auscultándole su cuerpo y realizándole preguntas totalmente impertinentes (como si había sido operado de la próstata). En atención a ello, la denunciante concluyó que la revisión efectuada por el personal de Supermercados Peruanos afectó la dignidad y pudor del menor.

43. Al respecto, en el informe oral llevado a cabo ante esta Sala⁹, Supermercados Peruanos aceptó que su procedimiento de revisión implicó trasladar al menor de edad a uno de los baños de la tienda, en donde fue desvestido, limitándose a señalar que todo ello fue justificado, que ocurrió con el consentimiento de las personas responsables del menor y sin mediar agresión física o verbal. A fin de respaldar sus alegatos, presentó copia de la Disposición 4 del 2 de junio de 2014, emitida por el Fiscal Provincial Penal del Cuarto Despacho de Investigación de Chiclayo (en adelante, el Fiscal), en la que se concluyó que no procedía formalizar ni continuar con la investigación preparatoria por presunto delito contra la libertad en la modalidad de coacción y violación de la intimidad del menor seguido contra el personal de seguridad de Supermercados Peruanos.

44. De la lectura de la referida Disposición, se advierte que si bien el Fiscal determinó que correspondía archivar la denuncia formulada por la señora Díaz (debido a que los hechos denunciados no se ajustaban al tipo penal analizado pues no había mediado violencia o amenaza), en dicho pronunciamiento, la referida autoridad determinó algunos elementos de la forma en cómo ocurrieron los hechos denunciados que deben ser valorados:

“Bajo esos parámetros se concluye que el haber retenido por cerca de 20 minutos al menor agraviado y haberlo llevado al baño de hombres a fin de someterlo a una revisión corporal y de sus prendas de vestir, dejándolo sólo en ropa interior e incluso haberle revisado la boca no tienen la fuerza suficiente para que la víctima sea compelida en su voluntad, es más el menor agraviado al parecer a prestado su colaboración en su revisión corporal, por cuanto la denunciante no hace referencia que su menor hijo haya sido jaloneado ó haber recibido alguna agresión física ó verbal; dado que en los hechos que se denuncian no involucran el ejercicio de una fuerza física que le haya impedido desplazarse al menor agraviado para salir del Centro Comercial; ni una amenaza suficiente que genere temor tal que impida ejercer tal acción (...)” [sic]

(El subrayado es nuestro)

45. Tal como puede apreciarse del texto citado de la disposición fiscal, en esta se concluyó que en el interior del baño de hombres, el menor fue sometido a una revisión corporal y de sus prendas de vestir, quedando dicho menor únicamente en ropa interior.

46. La denunciada ha alegado que las declaraciones formuladas por el señor Huamán eran contradictorias, al haber señalado en un primer momento que el menor quedó completamente desnudo y posteriormente, que quedó en ropa interior; asimismo, que existió contradicción entre su declaración y la de la señorita Cornejo respecto a la forma en que fue conducido el menor al baño, en tanto la primera señaló que el menor fue tomado por el cuello y el señor Huamán, de manera titubeante, señaló que fue tomado por atrás.

47. Respecto a la supuesta inconsistencia entre las declaraciones del señor Huamán, referidas a si el menor quedó desnudo o en ropa interior, cabe señalar que dicho alegato no resulta amparable en la medida que se ha verificado que el menor hijo de la denunciante fue sometido a una revisión que implicó despojarlo de sus prendas de vestir (conforme a las declaraciones de la denunciada y lo señalado por el Fiscal).

48. En cuanto a la inconsistencia alegada entre las declaraciones del señor Huamán y la señorita Cornejo sobre cómo habría sido llevado el menor a otro ambiente, cabe señalar que el hecho de que las declaraciones formuladas no sean exactamente iguales no las hace contradictorias, pues de la revisión de las mismas no se advierten inconsistencias, ni afirmaciones que den cuenta de hechos diferentes que enerven el hecho que el menor fue conducido a otro ambiente para continuar con su revisión.

49. La denunciada ha señalado que el procedimiento de revisión se llevó a cabo respetando la dignidad del menor, al practicarlo en un baño privado del local que se encontraba vacío. Al respecto, debe precisarse que una revisión de esa naturaleza, sea que se haga frente a terceras personas o no, atentó contra el pudor e intimidad del menor.

50. De otro lado, de los actuados en el expediente, ha quedado acreditado que el personal de seguridad de Supermercados Peruanos actuó sin el consentimiento de los padres del menor (ninguno de los cuales se encontraba presente al momento de la intervención). Asimismo, tampoco es posible afirmar que la señorita Cornejo se hubiese encontrado de acuerdo con las medidas adoptadas. Por el contrario, durante el procedimiento esta persona ha negado que hubiera estado de acuerdo con dicho proceder (lo cual se evidencia en que de manera inmediata a ocurridos los hechos llamó por teléfono a su madre, quien se presentó también a los pocos minutos a reclamar por lo sucedido¹⁰).

51. En atención a lo señalado, ha quedado acreditado que la revisión a la cual fue sometido el hijo de la denunciante en un baño de la tienda implicó el despojo de sus prendas de vestir (quedando únicamente en ropa interior), el auscultamiento de su cuerpo y someterlo a un interrogatorio, lo cual, a todas luces, resulta una falta de idoneidad en el servicio brindado por Supermercados Peruanos y una conducta que esta Sala califica como una infracción grave, al afectar la dignidad del menor hijo de la denunciante.

52. Dicho proceder de Supermercados Peruanos, a criterio de esta Sala, sobrepasa el límite de respeto a la dignidad de la persona humana, siendo la conducta aún más grave tratándose de un menor de edad que sin encontrarse en compañía de sus padres se vio sometido a un trato denigrante y vejatorio, a todas luces, un trato no adecuado, no siendo necesario para que se produzca dicha afectación, la agresión física o verbal, como ha alegado la denunciada.

53. En tal sentido, corresponde confirmar la resolución apelada, que declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 19° del Código, en el extremo referido a que personal de la denunciada brindó un trato inadecuado al hijo de la denunciante.

9 Ello puede apreciarse entre el minuto 12:33 y 13:15 de la grabación del informe oral; asimismo, de los escritos presentados por la denunciada, se advierte que su defensa se ha encontrado orientada a señalar que los hechos denunciados por la señora Díaz se encontraron justificados y fueron autorizados por los mayores de edad que acompañaron al menor.

10 Durante el informe oral llevado a cabo ante la Sala, el representante de Supermercados Peruanos reconoció que luego de ocurridos los hechos, la madre del menor acudió al establecimiento comercial, ante lo cual se le pidió las disculpas del caso. Ello puede apreciarse entre el minuto 19:05 y 19:28 de la grabación del referido informe oral.

Graduación de la sanción

54. El artículo 112º del Código establece que para determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de su detección, el daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores y otros criterios que dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión¹¹.

55. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, teniendo como fin último adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. Así, a efectos de graduar la sanción a imponer por una infracción detectada, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de razonabilidad¹².

Sobre el empleo inadecuado de mecanismos de seguridad

56. Supermercados Peruanos apeló la multa de 50 UIT impuesta por la infracción consistente en no haber empleado adecuadamente sus mecanismos de seguridad, ocasionando la intervención injustificada del hijo de la denunciante. Señaló que no había gravedad en la falta cometida, pues había cumplido con su reglamento interno.

57. Conforme se ha desarrollado en el análisis de la presente resolución, el hecho infractor cometido por Supermercados Peruanos no está constituido por el incumplimiento de sus propias disposiciones, sino que no empleó sus mecanismos de seguridad de manera adecuada, en tanto de manera injustificada intervino y trasladó al menor de edad a otro ambiente distinto al cual se encontraba, lo cual ha sido verificado por esta Sala.

58. Así, la conducta infractora de Supermercados Peruanos causó un daño de índole extrapatrimonial en el menor, en tanto se afectó su derecho a la tranquilidad, ocasionándole malestar e incomodidad al ser retenido de manera injustificada por personal de seguridad de la denunciada.

59. Supermercados Peruanos señaló que no había obtenido beneficio ilícito alguno ya que implementó mecanismos de seguridad y capacitó a su personal; sin embargo, como se ha visto, los mecanismos de seguridad empleados así como la actuación de su personal no fue idónea, de allí que se desestima tal alegato.

60. De otro lado, la denunciada señaló que en cuanto a los efectos en el mercado, era errado afirmar que la conducta verificada ocasionaba inseguridad en los consumidores; sin embargo, esta Sala considera que ello sí genera desconfianza e inseguridad en aquellas personas que realizan sus compras en los establecimientos comerciales, quienes se ven expuestos a mecanismos de seguridad no idóneos.

61. Cabe señalar que en el presente extremo, únicamente se ha determinado la sanción a imponer a la denunciada por la intervención injustificada al menor, siendo que los demás hechos acreditados en el procedimiento (como el haber desvestido al menor en un baño del establecimiento) serán considerados en la graduación de la sanción por la infracción consistente en el trato inadecuado.

62. Por tanto, sin que ello implique desnaturalizar el efecto desincentivador de la sanción, este Colegiado considera que en proporción a la conducta infractora verificada y de conformidad con las sanciones aplicadas anteriormente ante casos similares¹³, resulta pertinente imponer a la denunciada una sanción de 25 UIT.

63. Por tanto, corresponde revocar la resolución apelada, en el extremo que impuso una multa de 50 UIT por la infracción consistente en haber intervenido de manera injustificada al hijo de la denunciante y, reformándola, se impone una multa de 25 UIT.

Sobre el trato inadecuado al hijo de la denunciante

64. Supermercados Peruanos apeló la multa de 100 UIT impuesta por el trato inadecuado brindado al hijo de la denunciante.

65. Señaló que se había incurrido en un error al considerar que por tratarse de un menor nos encontrábamos frente a una conducta muy grave. Sobre el particular, debe considerarse que los actos realizados por Supermercados Peruanos revisten de gravedad incluso si se hubieran verificado con relación a una persona mayor edad. Sin embargo, esta Sala coincide con la Comisión en que dichos actos resultan más graves al tratarse de un menor de edad, pues como tal tiene menor capacidad que un adulto para afrontar situaciones adversas como la ocurrida, siendo más vulnerable y mereciendo por tanto las consideraciones que su condición de menor amerita.

66. En cuanto al daño ocasionado con la conducta infractora, la denunciada señaló que éste no se había probado, no pudiendo considerarse un daño potencial. Al respecto, cabe señalar que sí se ha ocasionado un daño al menor, siendo éste de índole extrapatrimonial. En efecto, en el presente caso la conducta infractora cometida por personal de la denunciada causó un daño al hijo de la denunciante, en tanto se afectó su derecho a la dignidad y pudor, al incurrir en un trato vejatorio y humillante.

67. En cuanto al beneficio ilícito obtenido, éste se traduce en el ahorro en que incurrió la denunciada al no capacitar adecuadamente a su personal a fin de que este incurra en excesos al momento de realizar una intervención.

11 LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112º.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

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

12 LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado; c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

13 Ver Resolución 2281-2013/SPC-INDECOPI, del 21 de agosto de 2013 y Resolución 3776-2014/SPC-INDECOPI, del 4 de noviembre de 2014, en las que se sancionó a Hipermercados Tottus S.A. con multas de 25 UIT.

68. De otro lado, esta Sala coincide con la Comisión en que conductas como la verificada, precisamente al tratarse de un menor de edad, tienen una baja probabilidad de detección, pues no siempre son comunicadas a los padres o personas que puedan tomar las acciones correspondientes, y no son siempre denunciadas ante la autoridad.

69. Por último, esta Sala considera que al margen del tiempo de una empresa en el mercado, estas deben encontrarse en la capacidad de garantizar que sus mecanismos de seguridad no impliquen una afectación a la dignidad y pudor de los consumidores.

70. En atención a lo señalado y en proporción a la gravedad de la infracción verificada, este Colegiado considera que lo proporcional a dicha infracción era una multa mayor; sin embargo, no resulta posible incrementar la multa impuesta en razón de la prohibición de reforma peyorativa o "reformatio in peius"¹⁴ establecida en el artículo 237.3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo cual corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a Supermercados Peruanos con una multa de 100 UIT por la conducta consistente en haber brindado un trato inadecuado al hijo de la denunciante.

Sobre la medida correctiva ordenada y el pago de las costas y costos del procedimiento

71. En la medida que la denunciada no ha fundamentado su apelación respecto de la pertinencia de la medida correctiva ordenada y la procedencia del pago de las costas y los costos del procedimiento, más allá de la alegada ausencia de las infracciones desvirtuada precedentemente, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por tanto, corresponde confirmar dichos extremos de la resolución apelada¹⁵.

Publicación de la presente Resolución

72. De conformidad con el artículo 43° del Decreto Legislativo 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, el Consejo Directivo del Indecopi podrá ordenar la publicación de resoluciones en el Diario Oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por ser de importancia para proteger los derechos de los consumidores¹⁶.

73. Dada la relevancia jurídica del presente caso por cuanto concierne a los alcances del deber de idoneidad en la ejecución de mecanismos de seguridad en establecimientos comerciales, corresponde solicitar al Consejo Directivo del INDECOPI la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano" para su conocimiento y difusión.

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, del 25 de abril de 2014, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Lambayeque, que declaró fundada la denuncia interpuesta por la señora Maricela Díaz Díaz contra Supermercados Peruanos Sociedad Anónima "o" S.P.S.A., por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que se verificó que la denunciada no empleó adecuadamente sus mecanismos de seguridad, dado que procedió con la intervención del menor hijo de la denunciante de manera injustificada.

Segundo.- Confirmar la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, que declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que ha quedado acreditado que personal de la denunciada brindó un trato inadecuado al menor hijo de la denunciante durante la revisión a la que fue sometido, al habersele despojado de sus prendas de vestir hasta quedar en ropa interior.

Tercero.- Revocar la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, en el extremo que sancionó a Supermercados Peruanos Sociedad Anónima "o" S.P.S.A. con una multa de 50 UIT por la infracción consistente en no haber empleado adecuadamente sus mecanismos de seguridad, ocasionando que el hijo de la denunciante fuera intervenido de manera injustificada y, reformándola, se le impone una multa de 25 UIT por dicha infracción.

Cuarto.- Confirmar la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, en el extremo que sancionó a Supermercados Peruanos Sociedad Anónima "o" S.P.S.A. con una multa de 100 UIT por la infracción consistente en no haber brindado un trato adecuado al hijo de la denunciante, al haberlo sometido a una revisión que implicó despojarlo de sus prendas de vestir hasta quedar en ropa interior.

Quinto.- Confirmar la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, en el extremo que ordenó a Supermercados Peruanos Sociedad Anónima "o" S.P.S.A. como medida correctiva que cumpla con implementar y aplicar mecanismos de seguridad que no afecten la tranquilidad y dignidad de los consumidores.

Sexto.- Confirmar la Resolución 254-2014/INDECOPI-LAM, en el extremo que ordenó a Supermercados Peruanos Sociedad Anónima "o" S.P.S.A. que cumpla con pagar a la denunciante las costas y costos del procedimiento.

Séptimo.- Solicitar al Consejo Directivo del INDECOPI la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano" para su conocimiento y difusión.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Alejandro José Rospigliosi Vega, Ana Asunción Ampuero Miranda y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Presidente

14 LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 237°. -Resolución.

(...)
237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

15 LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6°. - Motivación del Acto Administrativo.-

(...)
6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...).

16 DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. TÍTULO VII. PUBLICACIÓN DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.