

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



**“Informe sobre Resolución Final N° 1255-2004-CPC.
Retomando el caso UNITED DISCO S.A.:
Un análisis crítico sobre el Expediente 1356-2004/CPC
bajo las luces del Derecho Administrativo”**

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

Luz Andrea Caycho Cáceres

ASESOR:

Wendy Rocio Ledesma Orbegozo

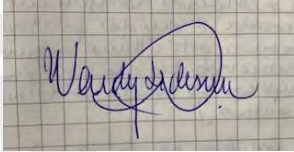
Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Wendy Rocio Ledesma Orbegozo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora del informe jurídico titulado, “Informe sobre Resolución Final N°1255-2004-CPC. Retomando el caso UNITED DISCO S.A.: Un análisis crítico sobre el Expediente 1356-2004/CPC bajo las luces del Derecho Administrativo”, de la autora Luz Andrea Caycho Cáceres, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 12/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Ledesma Orbegozo, Wendy Rocio</u>	
DNI: 10803344	Firma
ORCID https://orcid.org/0000-0002-5290-8868	

RESUMEN

Este Expediente está referido al procedimiento de oficio iniciado por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI contra UNITED DISCO S.A., por una práctica discriminatoria que fue detectada en su establecimiento comercial, la Discoteca Aura.

Como primer problema jurídico analizado en este caso se evalúan los alcances de la discrecionalidad del INDECOPI para la realización de las acciones de fiscalización. Como segundo problema jurídico, se evalúan los alcances de la materialización del derecho al debido procedimiento y cómo podría haberse visto afectado en el procedimiento.

En este sentido, con respecto al primer punto se concluirá que la realización de inspecciones con la colaboración de organizaciones civiles (la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal) fue ilícita, pero que la diligencia encubierta sí se encontraba en arreglo al margen de discrecionalidad de la Administración. Por su parte, con respecto al segundo punto, se concluirá en que el derecho al debido procedimiento se habría afectado debido a que el Tribunal omitió brindar respuesta a un pedido del administrado presentado en su recurso de apelación, y a que tanto la Comisión como el Tribunal graduaron inadecuadamente la sanción.

Para estos efectos, se considerarán tanto doctrina y jurisprudencia vinculadas como los instrumentos legislativos vigentes al momento de ocurridos los hechos. Nos referimos principalmente a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y al Decreto Legislativo N° 807, Decreto que establece las Facultades, normas y organización del INDECOPI.

Palabras clave

Derecho Administrativo, Fiscalización, Discrecionalidad, Debido procedimiento

ABSTRACT

This case refers to the ex officio proceeding initiated by the National Institute of the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property - INDECOPI against UNITED DISCO S.A., for a discriminatory practice that was detected in its commercial establishment, Aura Discotheque.

As the first legal problem analyzed in this case, we will consider the scope of INDECOPI's discretion to carry out inspection actions. As a second legal problem, we will explore the scope of the materialization of the right to due process and how it could have been affected in the procedure.

In this sense, with respect to the first point, it will be concluded that the carrying out of inspections with the collaboration of civil organizations (the National Coordinator of Human Rights and the Institute of Legal Defense) was unlawful, but that the covert diligence was within the Administration's margin of discretion. Regarding the second point, it will be concluded that the right to due process was affected because the Court failed to respond to a request made by the defendant in his appeal, and that both the Commission and the Court inappropriately graduated the sanction.

For these purposes, doctrine, jurisprudence and the legislative instruments in force at the time of the facts will be considered. We refer mainly to Law No. 27444, General Administrative Procedure Law and Legislative Decree No. 807, Decree establishing the Powers, rules and organization of INDECOPI.

Keywords

Administrative Law, Inspection, Discretionality, Due Process



ÍNDICE

I. PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
II. INTRODUCCIÓN.....	2
2.1. Justificación de la elección de la resolución.....	2
2.2. Presentación del caso	2
III. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES.....	2
3.1. Antecedentes.....	2
3.2. Hechos relevantes del caso.....	3
IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	6
V. POSICIÓN DEL CANDIDATO	7
5.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	7
5.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	7
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	8
5.1. Alcances de la discrecionalidad de INDECOPI para la realización de acciones de fiscalización.....	8
5.1.1. Aproximación a la actividad administrativa de fiscalización.....	8
5.1.2. Implicancias de la realización de la inspección con la participación de la Coordinadora de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal	11
5.1.3. Implicancias de la realización de una fiscalización encubierta	17
5.2. Resguardo del derecho al debido procedimiento de UNITED DISCO S.A. ...	20
5.2.1. Evaluación de la posible omisión de la atención del Tribunal con respecto a una solicitud de UNITED DISCO S.A.....	22
5.2.2. Evaluación de la graduación de la sanción realizada por la Comisión y por el Tribunal.....	25
VII. CONCLUSIONES	29
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	31

I. PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	1356-2004/CPC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho de Protección al Consumidor
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución Final N° 1255-2004-CPC Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Procedimiento de Oficio
DEMANDADO/DENUNCIADO	UNITED DISCO S.A. ("AURA")
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Instancia Administrativa



II. INTRODUCCIÓN

2.1. Justificación de la elección de la resolución

Este Expediente es jurídicamente relevante debido a que permite evaluar críticamente la amplitud o la extensión de la discrecionalidad con la que las entidades administrativas pueden desarrollar las diligencias fiscalizadoras, y a cómo se podrían aplicar las garantías de los administrados en cuanto al derecho al debido procedimiento.

De forma complementaria, este caso también permite considerar comparativamente bajo qué fundamentos eran evaluados los casos de discriminación en el consumo por el Instituto Nacional de Defensa de Protección de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el “INDECOPÍ”) en el pasado, en contraste al desarrollo de los alcances de esta figura en la actualidad.

2.2. Presentación del caso

La finalidad de este Informe Jurídico es abordar los principales problemas jurídicos relacionados al Expediente N° 1356-2004/CPC, referido al procedimiento de oficio iniciado por el INDECOPÍ contra la empresa UNITED DISCO S.A. debido a un acto de discriminación que se habría desarrollado en su establecimiento comercial denominado “Aura”.

En lo concerniente a la tramitación del procedimiento en su etapa instructiva, se evaluará si la colaboración de civiles en la fiscalización y la realización de esta diligencia de forma encubierta se sujetó a los principios y las obligaciones legales establecidas por la normativa aplicable al momento de los hechos, con un especial énfasis en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el Decreto Legislativo N° 807, Decreto que establece las Facultades, normas y organización del INDECOPÍ.

Por último, se examinará la posible afectación del derecho al debido procedimiento de UNITED DISCO S.A. Para tal fin se evaluará el impacto del hecho de que el órgano de segunda instancia no se haya pronunciado respecto de una de las solicitudes del administrado en su escrito de apelación. Asimismo, se evaluará cuál fue el impacto de los criterios considerados por los órganos resolutivos para la graduación de la sanción impuesta en cuanto al deber de motivación.

III. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

3.1. Antecedentes

Como principal antecedente de este caso, cabe indicar que, en noviembre de 1998, INDECOPÍ propuso ampliar el régimen de protección para los consumidores desarrollado por el Decreto Legislativo N° 716, Norma sobre Protección al Consumidor para los supuestos específicos de discriminación en el ámbito del consumo.

En particular, esta propuesta fue desarrollada en su Documento de Trabajo N° 003-1998, titulado “El Derecho a No ser Discriminado en el Consumo”. En aquel, indicó que desde finales del año 1997 había recibido una serie de denuncias de personas que habrían sido impedidas de ingresar a establecimientos abiertos al público debido al color de su piel.

En este documento se expresó que en un contexto de economía de mercado es incompatible efectuar una diferenciación en el tratamiento de las personas que no estuviera justificada en un propósito comercial razonable y que tal desigualdad se encuentra prohibida por la Constitución. Así, se concluyó que era necesario desarrollar una legislación más precisa que impidiese una interpretación restrictiva del derecho individual a no ser discriminado en locales abiertos al público y que a su vez ratificara la competencia del INDECOPI para perseguir y sancionar dichos casos.

Como consecuencia de la aprobación de la mencionada propuesta por parte del Congreso de la República, se incorporó la prohibición de establecer discriminación alguna respecto a los consumidores a inicios de 1999¹. La incorporación de esta figura en el Decreto Legislativo N° 716, Norma sobre Protección al Consumidor, amplió la competencia de INDECOPI y permitió a dicha institución dar sus primeros pasos en cuanto a la promoción del rechazo a la discriminación en el consumo.

Por último, es importante considerar que en aquel momento se tomaba como principal referente de la tramitación y desarrollo de los procedimientos administrativos a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicado en 2001.

3.2. Hechos relevantes del caso

En primer lugar, nos referiremos a los hechos acontecidos **durante el desarrollo de la etapa instructiva del procedimiento.**

Al respecto, el Informe N° 117-2004-FYE/AFI resume los resultados de la diligencia realizada el 22 de octubre del 2004, donde se indica que se contó con la participación de integrantes de dos (2) organizaciones civiles, la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal.

En el Acta de Fiscalización se señala que seis (6) personas se presentaron en el establecimiento de la empresa, conformando tres (3) parejas en una misma línea. El personal de seguridad habría denegado el ingreso de la Pareja N° 1, señalando que “*solo se permitía el ingreso a los socios en lista*”. Sin embargo, según lo señala dicho documento sí se habría permitido el ingreso a la segunda pareja, la que luego de comprar los boletos de ingreso se acercó al personal de seguridad para identificarse como inspectores de INDECOPI.

Posteriormente, se emitió el Informe N° 322-2004/CPC, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la “Secretaría”

¹ Dicha modificación fue realizada a través de la Ley N° 27049, Ley que precisa el Derecho de los Ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, modificando diversos artículos del Decreto Legislativo N° 716.

Técnica”) dirigido a la Comisión de Protección al Consumidor, con fecha 3 de noviembre de 2004.

En este documento el órgano instructivo indicó que UNITED DISCO S.A. sí calificaba como una entidad sujeta a las disposiciones del Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante, la “Ley de Protección al Consumidor”), toda vez brindaba servicios de esparcimiento y califica como proveedor bajo dichos términos.

Asimismo, luego de presentar una transcripción de los diálogos grabados durante la diligencia, indicó que no “*existen indicios de que la denegatoria del ingreso de la Pareja N° 1 se haya debido a un trato diferenciado, al no evidenciarse la existencia de alguna razón objetiva que justifique la diferenciación para permitir o denegar el acceso a los establecimientos*” y que “*por el contrario, los hechos constatados reflejan la existencia de un trato discriminatorio, en tanto que (...) no se permite el acceso a un determinado segmento de la población por razones meramente subjetivas e injustificadas*” [el énfasis es nuestro].

En tal sentido, concluye que dichos hechos podrían constituir infracciones a la Ley de Protección al Consumidor y recomienda el inicio del procedimiento contra UNITED DISCO S.A. Cabe mencionar que la Resolución N° 1, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor con fecha 3 de noviembre del 2004, hizo suyos los argumentos y hechos desarrollados en el Informe Final de Instrucción precedente, resolviendo dar inicio al procedimiento administrativo sancionador.

El expediente fue trasladado a la administrada, de forma tal que UNITED DISCO S.A. brindó sus descargos con fecha 17 de noviembre de 2004, donde destacó que según podía observar a partir de las actas, el operativo había sido iniciado de forma conjunta por el personal del INDECOPI y las organizaciones civiles, lo que podía corroborarse a partir de la participación de la señora Mirtha Allende Zúñiga, quien era también miembro de la Mesa Contra el Racismo de la Coordinadora de Derechos Humanos.

Agregó así que “*el artículo 39° de la Ley de Protección al Consumidor (...) establece que la Comisión de Protección al Consumidor es la única autoridad Competente para conocer de las infracciones a la Ley así como para imponer las sanciones administrativas o medidas correctivas, en tal sentido ni la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos ni el Instituto de Defensa Legal son organismos competentes para constatar hechos violatorios de la Ley, por lo que no les corresponde a dichos entes el efectuar operativos DE MANERA INDIVIDUAL O CONJUNTA (...) su participación en el operativo es ilegal (...) [p]or ello, el acto de inspección adolece de nulidad conforme a lo establecido por el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General*” [el énfasis es nuestro].

En segundo lugar, en cuanto a los hechos acontecidos **durante el desarrollo de la etapa sancionadora del procedimiento**, destaca la Resolución Final N° 1255-2004-CPC dictada por la Comisión de Protección al Consumidor, el 24 de noviembre de 2004. Esta es la resolución de primera instancia.

Entre otros aspectos, aquí la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la “Comisión”) indicó que la participación de “*colaboradores externos*” –esto es, las dos (2) organizaciones civiles antes indicadas– es legítima debido a que cumple con el “*objeto de desarrollar eficientemente el operativo programado*”.

Al respecto, destaca que la Comisión de Protección al Consumidor hubiera impuesto una multa de treinta y cinco (35) UIT, sustentando dicha graduación (i) en la dignidad humana y la importancia de proteger dicho bien jurídico; (ii) en los beneficios económicos derivados de esta infracción, debido al “*número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona*”; y (iii) en que “*las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas ha sido elevada*”.

En atención a lo resuelto en primera instancia, la administrada presentó un escrito de apelación el 9 de diciembre de 2004, en el cual, entre otros aspectos, reiteró su cuestionamiento sobre la participación de las organizaciones civiles. Asimismo, solicitó exhibir ante el Tribunal la grabación de la diligencia para desarrollar sus argumentos de defensa con dicho apoyo visual.

Posteriormente, fue emitida la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (el “Tribunal”), con fecha 26 de agosto de 2005. En esta resolución de segunda instancia, se confirmó la evaluación de la Comisión y su sanción impuesta contra UNITED DISCO S.A.

Cabe considerar que, al contestar a la apelación de la UNITED DISCO S.A., el Tribunal indicó que siguiendo lo establecido por el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, no se indicaba que “*en la realización del operativo estuvieran impedidas de participar personas ajenas a la institución [INDECOPI], pues en éste, la autoridad diseña una estrategia para identificar una conducta infractora, reproduciendo un hecho de la realidad*”.

Asimismo, rechazó que el local de la empresa pudiera ser considerado como de acceso restringido, confirmándose que el motivo de discriminación se encontraría prohibido debido a que tomaría como parámetro de apreciación a la raza o procedencia de los clientes.

Finalmente, se confirmó la multa de treinta y cinco (35) UIT, desarrollando que debía considerarse “*la gravedad de la falta la cual involucra la vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos*”, así como el daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema y la difícil detección de este tipo de conductas.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal	Problemas secundarios	Problemas complementarios
Alcances de la discrecionalidad de INDECOPI para la realización de acciones de fiscalización	¿Cuáles eran los alcances de la discrecionalidad del INDECOPI en la utilización de la fiscalización con la participación de colaboradores civiles?	
	¿Cuáles eran los alcances de la discrecionalidad del INDECOPI para la realización de una fiscalización encubierta?	
Resguardo del derecho al debido procedimiento de UNITED DISCO S.A.	Considerando que UNITED DISCO S.A. solicitó a través de su escrito de apelación que el Tribunal accediese a programar una audiencia donde se pudiera visualizar la grabación de la diligencia de fiscalización, ¿cuál habría sido la consecuencia legal de que el Tribunal omitiese pronunciarse al respecto?	¿Cómo impacta el derecho de defensa en el derecho al debido procedimiento?
	¿Se habría realizado adecuadamente la graduación de la sanción?	¿Cómo impacta la graduación de la sanción en el derecho a la motivación?



V. POSICIÓN DEL CANDIDATO

5.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En primer lugar, siguiendo lo establecido por la normativa vigente durante los hechos evaluados en el Informe Jurídico, consideramos que los órganos resolutivos de INDECOPI sí contaban con un espacio de discreción para ejercer sus facultades fiscalizadoras siempre que se respeten los derechos constitucionales y los principios contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Por otra parte, en cuanto al resguardo del derecho al debido procedimiento de la empresa, desarrollaremos que no fue legal omitir pronunciarse respecto de la solicitud de la administrada, ni tampoco la justificación aparente con respecto de la graduación de la sanción.

5.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En este Informe Jurídico asumiremos la posición de que –sin perjuicio de que sus alcances serían mejor definidos por la normativa y jurisprudencia administrativa con posterioridad al Expediente– las dos alternativas de realización de las diligencias de fiscalización desarrolladas por INDECOPI sí podían adecuarse a las facultades discrecionales con las que cuentan las administraciones.

Sin embargo, para el caso de la realización de fiscalizaciones con la colaboración de civiles, era necesario contar con una habilitación legal previa, la cual no se encuentra en este caso. Por parte de la realización de diligencias encubiertas, sería necesario que en su ejercicio no se encuentren vulneradas las garantías por parte de los administrados –por ejemplo, impidiéndoles ejercer su derecho de defensa al impedir que se deje constancia de sus observaciones en las actas–.

Asimismo, se señalará que se vulneró el derecho al debido procedimiento de UNITED DISCO S.A., dado que el Tribunal omitió pronunciarse sobre una solicitud del administrado y a que la Comisión y el Tribunal no argumentaron o motivaron adecuadamente la graduación de la multa que le fue impuesta.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Alcances de la discrecionalidad de INDECOPI para la realización de acciones de fiscalización

En esta sección evaluaremos si las características principales de la diligencia de fiscalización que fue desarrollada en el presente caso se encontraban adecuadamente amparadas con los alcances de la discrecionalidad con la que INDECOPI contaba para desarrollar fiscalizaciones.

En otras palabras, se examinará si el hecho de que la Secretaría Técnica detectase la infracción de UNITED DISCO S.A. gracias a la colaboración de organizaciones de la sociedad civil (la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal) y a través de una fiscalización 'encubierta' estuvo amparado por la discrecionalidad de INDECOPI.

5.1.1. Aproximación a la actividad administrativa de fiscalización

Para los objetivos antes indicados, será oportuno que inicialmente nos refiramos a cómo ha sido concebida la actividad fiscalizadora.

Esta actividad ha sido conceptualizada por la doctrina de diversas formas. Ha sido descrita como una actuación material o técnica, como un deber de control impuesto a la Administración, como técnica de intervención de policía materializada a través de la supervisión, inspección o vigilancia; e inclusive como potestad administrativa asignada legalmente a la Administración cuya finalidad proteger o restablecer la legalidad (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS], 2017).

En todo caso podemos señalar que **la actividad de fiscalización comprende la intervención que realiza la Administración sobre los sujetos particulares dirigida a verificar si, en una determinada actividad que estos últimos desarrollan, se adecúan al ordenamiento jurídico** (Lagos Yanes, 2017). Cabe reiterar que dicho control de legalidad será realizado verificando que el administrado esté dando cumplimiento a los deberes, prohibiciones y limitaciones que le sean aplicables (Izquierdo Carrasco, 2019).

Así, la realización, organización y planificación de fiscalizaciones atendería a una doble finalidad debido a que tiene por objeto tanto la prevención los casos actuales de infracción de la normativa, como la corrección de los que el administrado hubiera estado cometiendo en el momento de la inspección (Morón Urbina, 2020).

La finalidad preventiva de la actividad de fiscalización se asocia a la función de comprobar el cumplimiento para prevenir una situación de daño, mientras su finalidad correctora busca poder reestablecer la legalidad cuando se ha quebrantado para poder proteger el interés público (MINJUS, 2017).

Como es posible advertir puede existir una conexión lógica o secuencial entre la actividad fiscalizadora y la actividad sancionadora, debido a que los posibles hechos

infractores constatados en una fiscalización pueden dar lugar a un procedimiento sancionador.

Dicha conexión ha sido desarrollada por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444² (en adelante, la “LPAG”), en su artículo 235, el cual brinda a las entidades administrativas la posibilidad de llevar a cabo actuaciones preliminares de investigación antes de la incoación formal del procedimiento, ello con el fin de evaluar si es que existen condiciones que podrían justificar su inicio.

Sin perjuicio de la relación antes indicada, sería erróneo desarrollar la definición de la actividad fiscalizadora únicamente como un instrumento o preámbulo de la actividad sancionadora administrativa.

Como ha sido destacado por el profesor Morón Urbina, este nexo es contingente, pues a diferencia de la actividad sancionadora la actividad fiscalizadora tiene por objeto comprobar que los administrados cumplen con la legalidad, pudiendo adoptarse numerosas alternativas para lograr esta finalidad (2020). En este sentido, también puede emplearse para usos estrechamente relacionados con la prevención de riesgos, dando lugar, por ejemplo, a la retirada de productos del mercado, la revocación de licencias y a diversas ordenes que buscan la reconducción de la conducta de los administrados sin un carácter punitivo (Rebollo Puig, 2013, p. 57).

Así, “la fiscalización acompaña al administrado en la identificación de sus obligaciones, la importancia de su cumplimiento y los medios para hacerlo (...) [siendo] un primer paso para el aseguramiento de un “estado de cumplimiento”, antes que un analgésico intimidador en un estado permanente de ilegalidad” [el énfasis es nuestro] (Sánchez Povis, 2020, p. 60).

Ahora bien, **a través de la actividad fiscalizadora la Administración puede desplegar potestades que restringen la libertad de los administrados**, como la posibilidad del ingreso a su domicilio, a la verificación de documentos, a la efectuación de pruebas y de interrogatorios, entre otros (Tirado Barrera, 2011).

En tal medida, para su configuración o materialización también deben considerarse a principios que la dotan de contenido y limitan su alcance:

- Principio de legalidad: Este principio consiste en que únicamente en la medida en que venga dada por las normas, la Administración podrá ejercer su potestad supervisora. Asimismo, en cuanto se impongan deberes a administrados, deberá existir la habilitación legal (ámbito de la vinculación positiva) (Zegarra Valdivia, 2016). De esta manera, siendo la actividad fiscalizadora una manifestación del poder de policía de la Administración, este principio puede

² Cabe precisar que tanto en este párrafo como en las sucesivas referencias a dicha norma nos estaremos refiriendo a la numeración de las disposiciones según se hubieran encontrado ubicadas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, cuando fue publicada el 11 de abril de 2001. No consideramos la numeración según el TUO del 2019, debido a que aquel todavía no había sido publicado al momento de los hechos acontecidos en el Expediente que se evalúa en el presente Informe Jurídico.

aplicarse con algunas matizaciones parciales y relativas, explicables considerando que puede ser un “*terreno propicio a las cláusulas amplias de apoderamiento y a las potestades implícitas e inherentes*” (Rebollo Puig, 2016, p. 134)

- Principio de proporcionalidad: Inclusive si se ha conferido las más amplias potestades de supervisión a una Administración a través de las diligencias de fiscalización, para asegurar el cumplimiento de este principio la Administración solo podría considerar la información que pudiera ser pertinente para el caso investigado y de forma que cause el menor perjuicio a los derechos de los administrados (Zegarra Valdivia, 2016).
- Principio de igualdad: En el desarrollo de las diligencias de fiscalización se encontrarán prohibidas cualquier tipo de diferencias de trato discriminatorias (Zegarra Valdivia, 2016).

Así, si bien **la fiscalización es discrecional en el momento en que se decide su iniciación o aplicación**, en la práctica **deberá acometer su ejecución sin vulnerar los derechos de los administrados**. Como ha sido destacado por la doctrina, si bien la Administración goza de un importante margen para discernir o valorar cómo debe disponer o asignar sus recursos (sean ellos económicos o técnicos), debe considerar la protección de los derechos de los ciudadanos cuando pasa de una base de planeamiento o evaluación general, a una fase de aplicación para casos concretos o individualizables (Tirado Barrera, 2011)

Justamente, con el propósito de evaluar los alcances de las potestades discrecionales de las entidades administrativas, el Tribunal Constitucional (en adelante, el “TC”) ha distinguido algunas características principales sobre la discrecionalidad con la que cuentan las administraciones públicas en general.

Según el TC, las potestades discrecionales solo serían constitucionalmente legítimas si es que se presentan como el producto o resultado de una evaluación racionalmente justificada y que, en consecuencia, es susceptible de ser comprendida por los ciudadanos. Por tanto, si la Administración ejerce una potestad discrecional también está obligada a guiarse por criterios de razonabilidad que permitan que pueda justificar su actuación en cada caso (Sentencia recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA, 25 de agosto de 2004). Es de esta forma cómo la razonabilidad también actúa como un límite de control o de prohibición de la arbitrariedad.

Como se ha dicho, inclusive si es que la potestad fiscalizadora³ es fundamentalmente reglada, ello no significa que no pueda reducirse o limitarse su discrecionalidad en beneficio del interés público (MINJUS, 2017). Sobre el particular, resulta preciso traer a mención lo indicado por el profesor Rebollo Puig con respecto al principio de legalidad y su aplicabilidad para limitar las potestades administrativas, quien apunta que “la

³ Conforme ha sido desarrollado por el profesor Rebollo Puig, la fiscalización es entendida como una potestad administrativa en cuanto busca confirmar si es que la actuación de los administrados se ajusta o cumple con aquellas responsabilidades, obligaciones y restricciones que hubieran sido impuestos por el ordenamiento (En Okamura-Garabito, 2019).

Administración no configura libremente sus finalidades u objetivos (...) [pues] actúa en el ejercicio de potestades, y las potestades las configura y atribuye el ordenamiento jurídico siempre con una finalidad de interés general (...) [con cierto] condicionamiento” [el énfasis es nuestro] (2016, p. 134).

Asimismo, no es como si la actividad de policía de la Administración (cuya una de sus manifestaciones se encuentra constituida por la actividad fiscalizadora) fuera ajena al principio de legalidad, sino que aquí “*más que excepciones, [nos encontramos ante] matizaciones parciales y relativas, incluso explicables en parte reconociendo que es un terreno propicio a las cláusulas amplias de apoderamiento y a las potestades implícitas e inherentes (...) el principio de legalidad rige, pues, en materia de policía, aunque con ciertas adaptaciones”* [el énfasis es nuestro] (2016, pp. 145-146).

Lo antes observado nos permite concluir que, si bien **la discrecionalidad permite que las entidades administrativas puedan implementar y adoptar diferentes estrategias de supervisión**, para que las actuaciones de fiscalización sean consideradas como válidas también deberán encontrarse **alineadas a las directrices constituida por los principios de la LPAG⁴, como por ejemplo el principio de razonabilidad y legalidad**, los cuales son la garantía de interdicción de la arbitrariedad.

5.1.2. Implicancias de la realización de la fiscalización con la participación de las organizaciones civiles

Como una nota previa, cabe precisar que solo de forma posterior a los hechos acontecidos en el presente caso (esto es, octubre del 2004), fueron incorporadas a la LPAG las disposiciones especiales que establecieron un régimen común para las formas según las cuales se desarrollaba la actuación fiscalizadora de las entidades administrativas.

Nos referimos al Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, Decreto legislativo N° 1272, el cual fue publicado el 21 de diciembre de 2016.

Antes de esta regulación, las entidades realizaban esta actividad fiscalizadora bajo el vaivén de regulaciones sectoriales fragmentarias que no garantizaban la previsibilidad ni tampoco la uniformidad en la determinación de la competencia de sus obligaciones funcionales frente a los administrados, así como tampoco a qué obligaciones y derechos estaban atribuidos a los administrados fiscalizados (MINJUS, 2017).

Este hecho fue advertido por la propia Exposición de Motivos de dicha norma, la cual llegó a indicar que podían existir tantos reglamentos de fiscalización como materias y entidades competentes. En este sentido, señaló que pese a que la potestad de fiscalización consideraba términos comunes que deberían ser transversales, se

⁴ Considerando que los órganos encargados de realizar las inspecciones dictan actos de trámite, se nos plantea una cuestión distinta cuando consideramos la posibilidad de la aplicación de los principios específicos para los procedimientos sancionadores, debido a que no son definitivos y no necesariamente podrían hacerse valer todas las garantías (Morón Urbina, 2020, vol. II, p. 336).

complejizaba innecesariamente debido a que no existía una definición adecuada sobre qué normas podían tener una aplicación generalizada.

Así, actualmente la actividad de fiscalización se encuentra desarrollada en el Capítulo II, Título IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Sin perjuicio de su importancia, la anterior precisión solo tiene un carácter informativo, por lo cual **en lo sucesivo el análisis se encontrará centrado a las facultades de fiscalización que se encontraban reguladas para el régimen que es evaluado en el presente Expediente, referido al sistema de protección al consumidor.**

Cabe precisar que conforme había sido definido por la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobada por Decreto Ley N° 25868 -que se encontraba vigente en aquel entonces⁵, INDECOPI contaba con la competencia general para aplicar la Ley de Protección al Consumidor. Asimismo, conforme ha sido indicado previamente, esta entidad administrativa cuenta con la competencia particular para evaluar casos de discriminación en el consumo.

Pues bien, una de las normas que desarrollan dicho régimen legal es el **Decreto que establece las facultades, normas y organización del INDECOPI, Decreto Legislativo N° 807** (en adelante, el "DL 807")⁶.

El DL 807 tiene como uno de sus objetivos precisar con mayor claridad las facultades con las que cuentan las oficinas o áreas que integran y constituyen a esta institución. Las disposiciones que conciernen al presente análisis son las siguientes:

“Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

(...) c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. (...).

⁵ Concordado con los artículos 38 y 42 del Decreto Legislativo N° 716, Norma sobre Protección al Consumidor.

⁶ Cabe precisar que no se desarrollan aquí a la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobada por Decreto Ley N° 25868 -que se encontraba vigente en aquel entonces- ni al Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, debido a que no contienen disposiciones concernientes al alcance de las fiscalizaciones que pudieran ser desarrolladas por INDECOPI.

(...) Artículo 23.- El procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo de dar cuenta a la Comisión.

Artículo 24.- El Secretario Técnico se encargará de la tramitación del procedimiento. Para ello, cuenta con las siguientes facultades:

(...) f) Llevar a cabo las inspecciones e investigaciones necesarias para otorgar mayores elementos de juicio a la Comisión, así como las fiscalizaciones que, de ser el caso, se contemplen en disposiciones legales y reglamentarias, que considere pertinentes o que sean requeridas por la Comisión.

(...) Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. (...) [El énfasis es nuestro] (1996).

A continuación, integrando los aspectos señalados por el DL 807 y los destacados por el anterior acápite, delinearemos algunas **características principales en lo concerniente a las diligencias de fiscalización por incumplimientos a la normativa antes indicada:**

- (i) En su calidad de entidad administrativa y de conformidad con el principio de legalidad recogido por la LPAG, para ejercer la actividad de fiscalización INDECOPI debía contar con una habilitación normativa que expresamente señale su competencia para desarrollar fiscalizaciones.
- (ii) Asimismo, si bien las acciones de fiscalización de INDECOPI podían ser desarrolladas con un importante margen de discrecionalidad, siempre debían atender a los demás principios recogidos por la LPAG. Al respecto, es oportuno colocar un mayor énfasis sobre el principio de proporcionalidad (razonabilidad), en tanto implica que esta entidad administrativa debía evaluar únicamente aquellos hechos que puedan tener relevancia para lo investigado, de forma que perjudique en menor medida a los derechos de los administrados.
- (iii) En cuanto al marco regulatorio sectorial, las facultades de investigación con las que cuenta INDECOPI pueden ser desarrolladas por las áreas que conforman a esta institución. Según su norma organizativa, las facultades son ejercidas a través de las Secretarías Técnicas, inclusive durante las investigaciones preliminares que estuvieran realizándose.
- (iv) Cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI –y en extensión, sus Secretarías Técnicas– cuenta con la facultad de realizar fiscalizaciones a los administrados, en las cuales podrá comprobar el desarrollo de sus actividades y su sujeción a la Ley de Protección al Consumidor.
- (v) Si INDECOPI desarrolla una fiscalización, esta podrá ser efectuada por el Secretario Técnico, quien este designe, o inclusive por la Comisión.

Todo lo antes indicado se encuentra en gran medida vinculado a uno de los principales esgrimidos por la administrada, en cuanto calificó que la participación de las organizaciones civiles era “*indebida*”, señalando lo siguiente:

“El artículo 39° de la Ley de Protección al Consumidor (...) establece que la Comisión de Protección al Consumidor es la única autoridad Competente para conocer de las infracciones a la Ley, así como para imponer las sanciones administrativas o medidas correctivas, en tal sentido [las organizaciones civiles] no son organismos competentes para constatar hechos violatorios de la Ley, por lo que no les corresponde a dichos entes el efectuar operativos de manera individual o conjunta, pueden participar a título de observador, sin intervenir en ningún caso en operativos o en las inspecciones de manera conjunta con La Comisión, su participación en el operativo es ilegal (...) por ello, el acto de inspección adolece de nulidad conforme a lo establecido por el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General” [el énfasis es nuestro].

Conforme podrá apreciarse, en el fondo de este argumento se sostiene que INDECOPI habría vulnerado el principio de legalidad –en cuanto no existiría una habilitación legal que expresamente autorice esta colaboración con las mencionadas organizaciones civiles– por lo cual dicha fiscalización devendría en irregular.

Para examinar esta afirmación, es preciso reconocer en un primer lugar que el fenómeno de participación de colaboradores civiles en las fiscalizaciones realizadas por entidades administrativas se ha presentado en reiteradas oportunidades no solo a nivel nacional, sino también comparado (a forma de ejemplo, en los sectores ambiental y de seguridad industrial). Como lo ha señalado la doctrina española:

“La colaboración público-privado no es un fenómeno nuevo ni tampoco ha sido contemplada con un carácter excepcional o, si se prefiere, extraordinario. Antes, al contrario, la complicidad entre lo público y lo privado, dirigida a la satisfacción del interés general, ha fluido con normalidad y fuerza a lo largo de los años, sin que ello deba interpretarse como un desapoderamiento de responsabilidades públicas o una privatización de cometidos irrenunciables de la Administración. Siempre y cuando, parece innecesario advertirlo, esa colaboración persiga efectivamente el fin señalado y no otro, ajustándose estrictamente a las reglas jurídicas vigentes en cada momento” [El énfasis es nuestro] (Galán Galán, 2019, p. 12).

Entre las razones que explican esta colaboración, se pueden encontrar las siguientes: (i) la falta de recursos técnicos o materiales, debido a que la colaboración privada podría permitir que las entidades puedan disminuir el volumen de trabajo por realizar; (ii) la falta de conocimientos técnicos que algunas entidades podrían tener, dado que varias industrias en este momento podrían ser bastante elaboradas o complicadas en el empleo de recursos tecnológicos; y, (iii) la mejora de la calidad y de la eficacia en la gestión, puesto que la entidad colaboradora podría optimizar dichos valores (Galán Galán & Prieto Romero, 2008).

En el caso particular de la colaboración para el desarrollo de funciones de fiscalización de la Administración, se ha señalado que este fenómeno atiende al avance y la complejidad del desarrollo tecnológico, por lo cual determinados campos de actividad

económica –como, por ejemplo, la seguridad y calidad industrial– también requieren de la sofisticación de los diseños de gestión administrativos (Canals i Ametller, 2003).

También se ha caracterizado la actividad colaboradora de los privados estableciendo una suerte de escisión entre el control administrativo y el cumplimiento reglamentario (Toscano Gil, 2019). Así, las entidades tendrían una colaboración determinante cuando influyan claramente en el ejercicio de funciones públicas y su control administrativo. Sin embargo, cuando esta colaboración se produzca en el llamado cumplimiento reglamentario, su actividad estará precisada en atención a las responsabilidades del particular.

Ahora bien, si bien la doctrina reconoce que es posible admitir como una alternativa a la colaboración de los privados, también añade que las diligencias de fiscalización que cuenten con la participación de privados deben estar sujetas a ciertas condiciones concurrentes, las cuales son una expresa previsión de una norma, la garantía de derechos constitucionales y de terceros, y que exista una regulación normativa suficiente que determine o caracterice cuál sería su marco de actuación (Zegarra Valdivia, 2016).

Dicha habilitación legal es requerida inclusive cuando la colaboración de los privados funciona a manera de soporte técnico o subsidiario para las funciones administrativas, en escenarios donde “la inspección principal y oficial sigue siendo de competencia de las instancias administrativas sin perjuicio (...) de la intervención subsidiaria de estas entidades”, de forma que “no puede afirmarse que exista (...) una traslación formal de las funciones inspectoras de la Administración, las cuales permanecen en manos públicas, requiriéndose de la colaboración de entidades técnico-privadas siempre de forma subsidiaria o complementaria y con una índole eminentemente técnica” [el énfasis es nuestro] (Canals i Ametller, 2003, p. 122).

Regresando por un momento a los hechos detallados en el Expediente, no es posible apreciar algún indicio que permitiera deducir que la participación de las organizaciones civiles fuera determinante o necesaria para la realización de la diligencia, por lo cual sería posible calificarla como material, o de apoyo complementario para INDECOPI.

En su escrito de apelación UNITED DISCO S.A. cuestionó que el INDECOPI no hubiera contado con una habilitación legal que expresamente permitiera la colaboración de las organizaciones civiles. Como respuesta a este argumento, el Tribunal indicó lo siguiente:

“Los representantes de [las organizaciones civiles] fueron invitados por el INDECOPI para participar en la diligencia de inspección; ello, dado el grado de especialización y conocimiento sobre este tipo de prácticas en el mercado peruano. Al respecto, si bien dichos órganos de la sociedad civil mantienen una posición contraria frente a todo tipo de práctica que involucre la vulneración a un derecho fundamental, como la discriminación, dicha política es abiertamente compartida por el INDECOPI, pues en anteriores pronunciamientos públicos, la institución ha formulado su rechazo a este tipo de prácticas, realizando investigaciones periódicas con el objeto de evitarlas” [el énfasis es nuestro].

Al respecto, debe considerarse que el hecho de que las organizaciones civiles pudieran poseer un importante grado de especialización y conocimiento sobre las prácticas de discriminación no podría justificar por sí mismo su intervención en la realización de la diligencia.

Sin embargo, en el caso en concreto no resulta posible apreciar que los conocimientos especializados que los órganos resolutivos del INDECOPI atribuyeron a las organizaciones civiles –inclusive si su colaboración hubiera sido únicamente material o complementaria– pudieran haber incidido de forma alguna en la realización de la fiscalización.

En arreglo a ello, la participación de los representantes de las mencionadas organizaciones civiles podría haber sido perfectamente reemplazada por la presencia de funcionarios que sí formasen parte del Área de Fiscalización del INDECOPI, sin que por ello se alterase la ejecución, ni los resultados de la mencionada diligencia. Por lo mismo, tomando en cuenta que esta diligencia pudo haber sido realizada de formas alternativas que no afectasen las garantías de UNITED DISCO S.A., el empleo de esta modalidad habría vulnerado el principio de proporcionalidad.

Además, conforme hemos observado previamente al referirnos a la aplicación del principio de legalidad, el hecho de que la fiscalización sea discrecional no implica que las entidades administrativas puedan realizar actuaciones arbitrarias y que no cuenten con una habilitación.

Lo anterior es inclusive más significativo si también tenemos en cuenta que la Administración Pública no podría ni debería acordar libremente cómo se encuentra determinada la intersección de las esferas pública y privada cuando se tramitan diligencias con el apoyo de colaboradores civiles, pues podría arriesgarse una libre cesión a los particulares, de las tareas propias y exclusivas de la Administración correspondientes a la esfera pública (Canals i Ametller, 2003, pp. 310-312). Por esto mismo, resulta especialmente importante que se determinen cuáles son los límites al ejercicio privado de autoridad, qué garantías de los administrados podrían verse afectadas y las condiciones y efectos jurídicos del ejercicio privado, entre otros aspectos.

Pues bien, en el caso en cuestión, la habilitación legal que fue invocada por los órganos resolutivos del INDECOPI estaba referida exclusivamente a las funciones generales de fiscalización con las que contaba dicha entidad, así como a su distribución interna (formado principalmente a partir del DL 807, conforme ha sido expuesto líneas atrás). Puede advertirse rápidamente que dichas normas no establecían de forma alguna que pudiera desarrollarse fiscalizaciones con la colaboración de sujetos privados.

En este sentido, **desde un enfoque garantista de los derechos de los administrados** y atendiendo a que la actividad de fiscalización es una técnica restrictiva de la Administración que incide en las libertades de los administrados, **la presente fiscalización contravino el ordenamiento**. En este sentido, **el Tribunal debió declarar la nulidad de la resolución de primera instancia**, debido a que para la

determinación de la responsabilidad de la administrada se tomaron en cuenta hechos advertidos en una diligencia con irregularidades insubsanables⁷.

Por último, cabe anotar que el hecho de que fuera necesaria regulación específica que reconozca la intervención de privados en fiscalizaciones fue aceptado tácitamente por una modificación normativa posterior del régimen administrativo en general. Ello, en cuanto la normativa vigente reconoce en el numeral 239.2 del artículo 239 que se puede habilitar legalmente a que la función de fiscalización también pueda ser ejercida por personas naturales o jurídicas privadas (Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 2019).

Sin perjuicio de que esta disposición no era aplicable al momento de sucedidos los hechos evaluados en este caso, la modificación resaltada ratificó que sí era necesario contar con un marco legal de desarrollo que especifique la modalidad y los alcances de la intervención de las personas privadas, como colaboradoras de las entidades administrativas en las fiscalizaciones.

5.1.3. Implicancias de la realización de una fiscalización encubierta

Ahora bien, en lo correspondiente a la realización de una fiscalización encubierta, es preciso indicar que esta es una técnica que al día de hoy continúa siendo empleada por las entidades administrativas, pese a todavía no contar con un reconocimiento expreso en el marco normativo administrativo común.

Tal es el caso, por ejemplo, del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. Esta entidad ha afirmado que se encuentra habilitada para escoger las directrices según las cuales podría desarrollar una fiscalización, por lo cual en determinadas circunstancias podría ser conveniente que sus supervisores actúen como clientes potenciales, debido a que su identificación plena hubiera podido impedir que se aprecie el comportamiento regular de los administrados, sin factores influyentes externos (es decir, asumiendo que la finalidad sería observar el comportamiento de la empresa frente a usuarios comunes y corrientes) (Consejo Directivo, Resolución de Consejo Directivo N° 194-2020-CD/OSIPTEL, 16 de diciembre de 2020).

A su turno, es preciso añadir que el INDECOPI también ha continuado empleando esta modalidad de fiscalización. Esta entidad ha señalado que la discrecionalidad de la Administración rige el uso de las modalidades de supervisión, por lo que también se permite emplear técnicas de supervisión encubierta y que según esta modalidad inicialmente no se podría revelar la identidad del personal supervisor debido a que el

⁷ Según el artículo 8 de la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, Ley N° 27444, según su redacción vigente durante los hechos evaluados en el expediente, “*es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico*”. Asimismo, según el numeral 13.1. de su artículo 13. “*la nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él*”.

Cabe destacar, asimismo, que la causal de nulidad invocada aquí sería la descrita en el numeral 10.2. del artículo 10, referido al “*defecto u omisión de algunos de los requisitos de validez [del acto administrativo]*”, siendo aquel requisito el contenido en el numeral 3.5. del artículo 3, debido a que se habría incumplido con el procedimiento regular previsto para la generación del acto administrativo (en este caso, la Resolución de primera instancia).

personal a cargo de la supervisión actúa como un consumidor real para entender cómo se desarrolla la prestación de un servicio dentro del mercado (Comisión de Protección al Consumidor N° 3, Resolución Final N° 85-2018/CC3, 10 de agosto de 2018).

Esta técnica de fiscalización ha sido recogida inclusive a través de la regulación sectorial, como lo es para el caso del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, el cual reconoce en su Reglamento General de Supervisión que su personal de supervisión podría no identificarse al inicio de sus inspecciones, comportándose como usuarios, potenciales clientes o terceros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora (Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN, 2011, artículo 11, literal “b”, numeral 8).

Como ha sido destacado por la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación de la Unión Europea, en cuanto a las relaciones de consumo, las supervisiones encubiertas (*mystery shopping*) permiten que se pueda seguir de cerca las prácticas de los proveedores y advertir si es que son perjudiciales para los consumidores, adoptando un enfoque centrado en los resultados para la supervisión de la conducta empresarial (2022)⁸.

Es posible apreciar que **la técnica de fiscalización encubierta es un instrumento importante para la función fiscalizadora** debido a que permite que las entidades administrativas puedan evaluar si es que los administrados se alinean al ordenamiento a través de la simulación de una situación real.

Sin perjuicio de lo antes indicado, para que las fiscalizaciones encubiertas puedan ser empleadas válidamente como herramientas de detección de posibles infracciones, los funcionarios deberán identificarse como representantes de las entidades administrativas y cumplir con las demás formalidades y garantías necesarias que hubieran sido establecidas por la normativa vigente.

Como podrá observarse, al examinar si es que la fiscalización encubierta podía ser concebida como una modalidad amparada legítimamente por la potestad discrecional administrativa, una vez más hemos retrotraído la discusión hacia la aplicabilidad del principio de legalidad administrativa en el marco de la actividad inspectiva.

Pues bien, como el profesor Rebollo Puig apunta, es preciso considerar en un primer lugar que las normas podrían conceder a las entidades administrativas un margen subjetivo de apreciación en el uso de las potestades discrecionales, que permitan que puedan escoger entre varias opciones legales –discrecionalidad electiva– o entre actuar o no actuar –discrecionalidad de acción– (2016).

⁸ Sin perjuicio de su importancia, corresponde precisar que esta técnica fue utilizada por la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación de la Unión Europea con una finalidad de monitoreo de la conducta de los privados en el mercado, a diferencia del tipo de inspección encubierta estudiado en este acápite (que emplea la inspección encubierta para la evaluación de la responsabilidad de los administrados). La diferencia entre la actividad de monitoreo con la actividad de fiscalización ha sido desarrollada en reiteradas instancias por la doctrina administrativa (a modo de ejemplo, véanse Morón Urbina, 2020 e Izquierdo Carrasco, 2019).

Al respecto, este tratadista añade que la discrecionalidad inclusive podría tener diversos grados o amplitud, permitiéndose a veces a la Administración solo elegir entre algunas posibilidades previstas por la norma (la cual puede incluso destacar qué criterios deben guiar la elección), o en otros casos optar entre una amplia gama de posibilidades que son mínimamente enmarcadas por las normas, sin que por ello deba entenderse que nos encontramos en el terreno de la arbitrariedad (Rebollo Puig, 2016, p. 151).

Sin perjuicio de lo anterior, si se toma una decisión en el ámbito de la discrecionalidad, esta no podría ser considerada como válida sin que por lo menos pueda permitirse la existencia de mecanismos de control posterior desarrollados por el legislador (Morón Urbina, 2021, vol. I)

A partir de lo antes observado, podrá apreciarse que **el empleo de la modalidad de inspección encubierta sí se sujetaba a la discrecionalidad de la elección de la Administración, pero para ello siempre debía cumplirse las mínimas formalidades contenidas por el régimen específico.**

En el caso que nos concierne, dichas formalidades se encuentran desarrolladas por el artículo 32 del DL 807, antes comentado. Evaluémoslo nuevamente siguiendo el anterior enfoque:

Artículo 32.- (...) Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho [El énfasis es nuestro] (1996).

Puede observarse que esta disposición requería que durante la realización de una diligencia de fiscalización sea levantada un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. Cumplir con los requisitos formales antes indicados resulta sumamente importante debido a que ellos garantizan que la actividad de fiscalización ha sido ejercida cumpliendo con el requisito de legalidad, sin que la Administración hubiera hecho un ejercicio unilateral de sus poderes y restringido ilegítimamente las libertades de los administrados.

Cabe mencionar aquí que la importancia del cumplimiento de los requisitos formales de las actas ha sido adecuadamente destacada por la jurisprudencia elaborada posteriormente al presente caso, según la cual se ha indicado que su “*aspecto formal*” entendido como el “*conjunto de requisitos que deberá revestir el acta para su validez*” es necesario para que “*se consigne la veracidad de los hechos ocurridos a efectos de sustentar la comisión [de una infracción]*” (Casación N° 2484-2017-Lima).

Retomando la evaluación de este expediente, aquí es posible apreciar que los requisitos formales desarrollados por el DL 807 fueron conformemente cumplidos, dado que un representante del Área de Fiscalización –identificado como Fernando Yaya Espinoza–

cumplió con levantar un acta, la cual fue incluso suscrita por el representante legal de dicha empresa –el señor Robert Orlando Castillo Larrea–.

También fueron cumplidos los requisitos previos al desarrollo de esta diligencia. Ello, puede ser observado a partir del Memorandum N° 1211-2004-CPC, documento desde el cual se aprecia que el Secretario Técnico –competente para determinar la realización de fiscalizaciones, según el marco legal descrito anteriormente– cumplió con delegar al Jefe del Área de Fiscalización de INDECOPI la realización de una fiscalización en el local de UNITED DISCO S.A. Asimismo, como ha sido indicado, un miembro de dicha Área levantó un acta, la cual fue incluso suscrita por el representante legal de dicha empresa.

Es de esta forma que se pudo garantizar que la administrada ejerciese su derecho de defensa inclusive antes del inicio de un procedimiento sancionador, pues el representante legal del administrado tuvo la oportunidad de encontrarse informado sobre el motivo de la diligencia de inspección, así como de los hechos advertidos por el representante del INDECOPI, dejando conformidad sobre ello en el acta correspondiente.

Cabe resaltar que esto permitía también que el administrado pudiera advertir razonablemente cuáles incumplimientos podrían serle imputados, debido a que su representante legal llegó a agregar anotaciones en el acta, e inclusive señaló que su empresa se reservaba *“el derecho de accionar legalmente por encontrar ciertas disconformidades con el tenor del acta”*.

En atención a lo antes indicado con respecto al problema jurídico del Expediente evaluado en el presente Informe Jurídico es razonable concluir que **la realización de la fiscalización encubierta sí se encontraba amparada por la discrecionalidad de INDECOPI para realizar fiscalizaciones.**

5.2. Resguardo del derecho al debido procedimiento de UNITED DISCO S.A.

La observancia del debido proceso es una de las garantías de la función jurisdiccional, recogida a nivel constitucional (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 139, inciso 3), cuyo análogo a nivel administrativo se encuentra desarrollado como un principio general de la LPAG (Ley N° 27444, Artículo IV, numeral 1.2).

Esta precisión también es desarrollada por el TC. El supremo intérprete ha indicado que también la Administración se encuentra vinculada por la Constitución, por lo que todos los principios y derechos que típicamente son tutelados por la jurisdicción –contenidos en el artículo 139– también deben ser respetados para que pueda hablarse de debido proceso en sede administrativa (Sentencia recaída en el Expediente N° 4289-2004-AA/TC, 17 de febrero de 2005).

En lo concerniente a los procedimientos administrativos sancionadores la LPAG precisa que las entidades deberán aplicar las sanciones según el procedimiento establecido, precisando que aquellas se deberán encontrar sujetas a aplicar las garantías del debido proceso (Ley N° 27444, Artículo 230, numeral 2). Como ha sido comentado por Danós

Ordóñez, esta disposición invierte la regla del principio de especialidad de las normas jurídicas con la finalidad de que se desarrolle una interpretación prevalente que resulte más protectora sobre las garantías de los administrados (2019, p. 29).

Así, conforme es desarrollado por la LPAG, **el principio del debido procedimiento administrativo comprende el derecho a que el administrado pueda exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho** (Ley N° 27444, Artículo IV, numeral 1.2).

A continuación, desarrollamos brevemente lo concerniente al contenido de cada uno de los anteriores derechos:

- (i) Derecho a la defensa: El inculpado deberá poder rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, de ser oportuno, contar con la defensa ejercida por un profesional, que asesore al inculpado en sus derechos y deberes (Hernández-Mendible, 2020).

Este derecho, como señala el TC, pretende evitar que las partes queden indefensas, lo que ocurriría si una de ellas no puede utilizar los métodos necesarios, adecuados y eficaces para proteger sus intereses (Sentencia recaída en el Expediente N° 6648-2006-PHC/TC, 14 de marzo del 2007).

El intérprete supremo ha señalado que el derecho de defensa es una salvaguarda procesal de aquellos derechos que pueden verse afectados por el uso de la potestad sancionadora de la Administración, siendo uno de sus componentes clave la exigencia de que el órgano administrativo no imponga barreras significativas a la presentación de alegaciones de defensa o contradicción, además de la garantía de que las alegaciones presentadas o planteadas sean valoradas justamente (Ídem).

- (ii) Derecho a la proposición y la práctica de medios probatorios: Si bien la carga de prueba necesariamente recae en los órganos que tramitan el procedimiento sancionador, el procesado también deberá contar con las garantías que le permitan rebatir las pruebas de cargo que pretenda utilizar en su contra la administración (Hernández-Mendible, 2020).

La posibilidad de aportar y practicar medios probatorios adicionales también cobra importancia a partir de un factor adicional. Nos referimos al hecho de que las actas que pudieran ser elaboradas en el marco de una diligencia de fiscalización solo sirven como un elemento inicial relevante para acreditar los hechos expuestos y dar fundamento a las posibles reacciones administrativas posteriores, sin que por ello deba entenderse que su mérito probatorio es absoluto pues su contenido puede ser desvirtuado por otros medios que aporte el fiscalizado en instancias posteriores (procedimiento sancionador, anulatorio, de reversión, o de cancelación de derechos) (Morón Urbina, 2021, vol. II).

Como puede deducirse, si el contenido de las actas probatorias sí puede ser desvirtuado por los administrados, es sumamente importante que estos cuenten con la oportunidad de poder contradecir su contenido en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, sea aportando sus propios elementos probatorios, o confrontando su valoración ante el órgano resolutorio competente.

- (iii) Derecho a la motivación: Deberán exteriorizarse las justificaciones razonadas que permitan llegar a la decisión jurídica que ha sido adoptada, pues de lo contrario nos encontraríamos ante decisiones arbitrarias (Hernández-Mendible, 2020).

Este derecho permite garantizar que la decisión expresada en una sentencia o resolución sea el resultado de un análisis ponderado sobre los hechos que integran un caso, las pruebas aportadas por el administrado así como su valoración jurídica, destacándose aquí que la garantía será protegida si es que existe un fundamento legal, congruencia entre lo solicitado y resuelto, y que la resolución justifique suficientemente la decisión adoptada, considerando los fundamentos de hecho y de derecho, así como el lenguaje claro y preciso (Casación N° 6860-2016-Lima).

De una forma más concreta, se especifica que una decisión se encontrará motivada sí y solo sí es racional. Para tales efectos se realizaría una doble evaluación: (i) que se cumpla con la justificación interna, esto es, que las conclusiones respondan a una inferencia formalmente correcta; y, (ii) que se cumpla con la justificación externa, esto es, que no solamente se extraiga la conclusión de las premisas, sino que también ello corresponda a una metodología racional (Casación N° 30104-2019-Lima).

Como ha podido apreciarse, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado extensiva y adecuadamente de delimitar cuál es el contenido del derecho a la defensa, el derecho a la proposición y práctica de medios probatorios y el derecho a la motivación, así como de determinar su relación con el derecho al debido procedimiento. En este sentido, observaremos a continuación cuál sería su aplicación en el caso evaluado.

5.2.1. Evaluación de la posible omisión de la atención del Tribunal con respecto a una solicitud de UNITED DISCO S.A.

Retomando el Expediente analizado en el presente Informe Jurídico, en el escrito de apelación presentado por la administrada con fecha 17 de noviembre de 2004, esta solicitó que pudieran exhibir la grabación de la diligencia ante el Tribunal, con la finalidad de desarrollar sus argumentos acompañados de dicho elemento visual.

Observemos lo indicado por UNITED DISCO S.A.:

“En el presente caso, el video no complementa ni corrobora un acto de discriminación, sino que sustituye el valor probatorio del acta de inspección, ya que en él se debe apreciar si los hechos consignados en el acta son coincidentes con los que figuran en el

video, que es justamente el respaldo de lo que se encuentra consignado en el acta (...) en el presente caso se hace mención a una serie de hechos que conforme a lo expresado (...) constan en el vídeo (...) [por lo cual] resulta siendo el video la prueba fundamental y no un sucedáneo complementario (...).

A tal punto de mérito probatorio llega el video, que la transcripción de la conversación que tiene el supuesto funcionario del INDECOPI con el personal de vigilancia de la empresa VIP'S (lo que aparece en el acta), resulta ser la prueba fundamental para el INDECOPI del acto de discriminación, por ello es necesario que se proceda a la visualización del video por parte del jerárquico superior y que se nos permita explicar los alcances del mismo en la audiencia correspondiente.

En tal sentido, su exhibición resulta fundamental a efectos de acreditar la existencia o no de los supuestos actos de discriminación, siendo su análisis fundamental pues permite contrastar los hechos con lo establecido en el acta (...) por ello, solicitamos que en la segunda instancia se proceda a la visualización del video por parte del Tribunal, a efectos de analizar su mérito probatorio sustitutorio del valor probatorio del acta” [el énfasis es nuestro]

En resumidas cuentas, la administrada informó al Tribunal que el vídeo contenía aspectos esenciales que era preciso exhibir ante dicho órgano resolutorio, por lo cual era necesario que pudiera informar sobre sus alcances a través de una audiencia donde también pudiera esgrimir sus argumentos de defensa.

El 27 de junio de 2005 el Secretario Técnico indicó que el Tribunal atendería la solicitud del uso de la palabra de UNITED DISCO S.A., para lo cual se realizaría una audiencia.

Sin embargo, mediante escrito complementario con fecha 1 de julio de 2005, la empresa reiteró que el proveído “*no se pronuncia respecto de nuestro pedido de contar con las facilidades técnicas correspondientes necesarias, como un VHS y un televisor, así como un proyector multimedia y un ecrám*” considerando que “*en gran parte la correcta apreciación que se debe hacer del medio probatorio fundamental del presente proceso [parte del] vídeo*”.

Posteriormente en el Expediente se consignó un acta de audiencia de informe oral, el cual contó con la asistencia de la defensa de UNITED DISCO S.A. y los vocales del Tribunal, el 8 de julio de 2005. Cabe precisar que la decisión del Tribunal describe expresamente lo antes indicado. Sin perjuicio de ello, debemos anotar que las respuestas brindadas por el Tribunal siguiendo la línea de los documentos antes descritos no permiten identificar conclusivamente si es que el pedido de la administrada de exhibir el video ante los vocales en una audiencia fue debidamente atendido por el Tribunal.

En todo caso, si bien el Tribunal llegó a afirmar que había “*efectuado una revisión minuciosa del video de cargo presentado por la primera instancia, el Acta de Visita Inspectiva y los documentos en medio electrónico (...) presentados por la investigada*”, debe advertirse que, **si se hubiera desatendido efectivamente el pedido de la administrada, el Tribunal incurrió en un vicio de nulidad debido a que se afectó su derecho de defensa**. Veamos.

Uno de los principales elementos que integran el derecho de defensa es el derecho a exponer los argumentos, o derecho a ser oído, comprendido como el derecho de exponer las razones para sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refiriesen a sus intereses y derechos (Morón Urbina, 2021, vol. II).

Justamente, una de las principales formas en las cuales podría materializarse este derecho es la posibilidad de presentar alegaciones orales, e idealmente públicas, ante las autoridades administrativas que demuestren cómo los hechos evaluados podrían requerir la aplicación de una determinada normativa o interpretación (Morón Urbina, 2021, vol. II), brindándose al administrado la posibilidad de desarrollar interactivamente sus argumentos, así como absolver sus dudas con respecto a los detalles de la controversia que se estuvieran evaluando.

Como ha sido destacado por el TC, este derecho no es absoluto debido a que una autoridad administrativa sí podría decidir denegar su realización, pero para ello deberá exponer qué razones objetivas y debidamente fundamentadas fueron base de dicha denegatoria (Sentencia recaída en el Expediente N° 3075-2006-PA/TC, 29 de agosto de 2006).

Así, es posible advertir que el derecho de defensa de la administrada habría sido vulnerado debido a que el Tribunal omitió el pedido del administrado de contar con un apoyo técnico visual para exponer sus alegatos de defensa, sin motivar de forma alguna esta denegatoria –ante la que, cabe destacar, tampoco podría haberse respondido que “ya se contaban con todos los elementos de juicio”, siguiendo la citada decisión del supremo intérprete–.

Puede observarse también que sería incorrecto aducir que los derechos del administrado (a la defensa y, en consiguiente, al debido procedimiento) no fueron afectados debido a que sí se realizó la audiencia el 8 de julio del 2005. En realidad, como es destacado en los citados extractos del escrito de apelación y del escrito complementario del 1 de julio del 2005, para el administrado contar con estos elementos era esencial y necesario para que pudiera exponer sus argumentos ante el Tribunal⁹.

Lo antes indicado no pretende de forma alguna dar razón a los argumentos de fondo del administrado, pues estos no son evaluados en este trabajo académico. Al contrario, solo permite dar un mayor énfasis a la afectación de su derecho de defensa, pues solo obtuvo una respuesta omisiva e insuficiente por parte del Tribunal.

⁹ A modo de ejemplo, obsérvese que ya en su escrito de descargos con fecha 17 de noviembre del 2004, la administrada había indicado que “el suceso del medio probatorio empleado que es el la [sic] filmación empleada no causa convicción sobre los hechos materia de la investigación por el contrario [sic] tiene serias contradicciones con lo afirmado por el personal del INDECOP y las instituciones que han participado indebidamente en la inspección efectuada” [el énfasis es nuestro]. Asimismo, en su recurso de apelación con fecha 9 de diciembre del 2004, enfatizó su importancia al indicar que “en el presente caso se hace mención a una serie de hechos que conforme a lo expresado por el INDECOP en la Resolución, constan en el video, haciéndose inclusive transcripción del mismo, lo que figura tanto en el informe como en la Resolución que abre el procedimiento de oficio, con el fin de acreditar la existencia de actos de discriminación, resulta siendo el VIDEO la prueba fundamental y no un suceso complementario, o en todo caso un suceso que sustituye el valor probatorio del acta” [el énfasis es nuestro].

5.2.2. Evaluación de la graduación de la sanción realizada por la Comisión y por el Tribunal

En el Expediente analizado, la Comisión determinó el establecimiento de una multa ascendente a treinta y cinco (35) UIT, considerando para tales efectos (i) a la dignidad humana y la importancia de proteger dicho bien jurídico; (ii) a los beneficios económicos derivados de esta infracción, debido al “*número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona*”; y, (iii) a que “*las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas ha sido elevada*”.

Al respecto, si bien a través de su escrito de apelación, UNITED DISCO S.A. sostuvo que la sanción impuesta sería “*desproporcionada, exagerada y confiscatoria*”, el Tribunal confirmó esta sanción.

Ahora bien, para evaluar los criterios considerados por la Comisión y/o por el Tribunal, es preciso indicar que siguiendo lo desarrollado por la LPAG, las sanciones establecidas por las administraciones deben ser razonables, en cuanto la comisión de una infracción no debería resultar más ventajosa que cumplir las normas o asumir la sanción, para lo cual se considerarían criterios como la existencia o no de intencionalidad y el perjuicio causado, entre otros (Ley N° 27444, 2001, artículo 230, numeral 3).

En relación con el principio de razonabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, el profesor Morón Urbina apunta que cuando se vulnera nos encontraremos ante un vicio que la Administración cometió frente a un administrado que incurrió en una conducta ilícita, sin que por ello sus derechos deban quedar a merced de la Administración, sino únicamente en la medida que el sistema acepte como proporcional en función del caso en concreto (2021, vol. II, p. 422). Así, podría darse un caso de exceso de punición cuando no se ponderan adecuadamente las circunstancias atenuantes y agravantes previstas por el ordenamiento (2021, vol. II, p. 424).

Cabe precisar que según la normativa vigente al momento de sucedidos los hechos evaluados en el Expediente, el Decreto Legislativo N° 716, Norma sobre Protección al Consumidor no determinó qué gravedad podía corresponder a las diversas infracciones contenidas en esta norma (por ejemplo, distinguiéndolas entre “Leves”, “Graves” y “Muy graves”). Únicamente se indicó que entre “*las sanciones a imponerse a los infractores como consecuencia de un procedimiento administrativo*” se encontraban las multas “*hasta por un máximo de cien (100) UIT*” (1991, artículo 41).

En este sentido, la graduación de las sanciones debía ser evaluada casuísticamente, aplicándose las agravantes o atenuantes que pudieran resultar aplicables.

Ahora bien, la Ley de Protección al Consumidor precisaba de forma más específica que las sanciones administrativas que pudieran ser determinadas por los órganos resolutivos de INDECOPI debían atender a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, así como

otros criterios que pudiera considerarse como adecuado adoptar según los hechos del caso (Decreto Supremo N° 0039-2000-ITINCI, artículo 41).

Cabe precisar que según la redacción de la LPAG que se encontraba vigente al momento en los que tuvieron lugar los hechos analizados en el presente informe jurídico –“que la determinación de la sanción considere criterios como (...)” [el énfasis es nuestro]– los elementos antes descritos podían ser comprendidos como enunciativos, por lo cual no constituían una lista taxativa que agotase ni limitase lo que pudiera ser considerado para determinar la sanción¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, evaluaremos a continuación los argumentos de graduación desarrollados por los órganos resolutivos tomando como base a los criterios indicados (o a los que se encuentren presentes¹¹):

		Comisión	Tribunal
Criterios de la LPAG	Perjuicio causado	Afectación de la dignidad humana.	No aplicado.
	Gravedad de la falta	No aplicado.	Afectación de los derechos constitucionales a no ser discriminados y a la igualdad de trato de las personas.
Criterios de la Ley de Protección al Consumidor	Beneficios obtenidos por el proveedor	Existiría un número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios en la zona.	No aplicado.
	Conducta del infractor en el procedimiento	No aplicado.	El administrado “entorpeció” el proceso con argumentos formales destinados a evitar la acción de la autoridad administrativa.
	Daño resultante de la infracción	No aplicado.	Daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema.
	Otros	Las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas han sido elevadas.	La sanción genera incentivos para que otras empresas adecúen su comportamiento. Asimismo, la conducta evaluada sería de difícil detección.

Preliminarmente, es preciso advertir que al menos en apariencia sí existen argumentos que fundamentarían la graduación de la sanción. En todo caso, el cuestionamiento que realizamos es que algunas de estas razones son expresiones vagas o imprecisas, e

¹⁰ Ello, a diferencia de la redacción actual del principio de razonabilidad según se encuentra recogido por el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (“las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación (...”).

Como ha sido destacado por el profesor Morón Urbina, el principio de razonabilidad “enumera las circunstancias que necesariamente debe evaluar toda autoridad administrativa para individualizar la sanción, incluyendo un orden de prelación (...)” [el énfasis es nuestro] (2021, tomo II, p. 425).

¹¹ Los órganos resolutivos no consideraron la existencia de intencionalidad, las circunstancias de la comisión de la infracción ni la reincidencia. Asimismo, en cuanto a los efectos que pudieran ser ocasionados en el mercado, podría interpretarse que el Tribunal también consideró para tales efectos al daño en la credibilidad y confianza en los consumidores en el sistema.

incluso apreciaciones subjetivas con respecto a hechos ajenos a la responsabilidad del administrado, por lo cual no resultaba adecuado que fuesen considerados como elementos válidos para el establecimiento de la multa propuesta.

Por lo antes indicado, al carecer de información fáctica y jurídica suficiente y necesaria para verificar la razonabilidad de la decisión o para su justificación racional, esta argumentación podía ser concebida como una **motivación aparente** (Guzmán Napurí, citado por León Luna, 2015, p. 319).

Refirámonos en primer lugar a los argumentos esgrimidos por la Comisión que hubieran podido ser evaluados críticamente por el Tribunal:

- *“La administrada resultó beneficiada por su infracción debido a que existiría un número significativo de personas que concurrían a disfrutar de los servicios en la zona en la que se encontraba la Discoteca Aura”.*

Debemos recordar que cuando nos referimos al beneficio ilícito obtenido con una infracción, estamos considerando específicamente al enriquecimiento indebido que hubiera sido adquirido debido a una infracción cometida¹². En otros términos, la infracción de alguna manera debía haber permitido que el administrado obtuviese algún tipo de provecho real o potencial, de manera tal que el infractor se hubiera encontrado en una mejor situación infringiendo el ordenamiento jurídico (Gómez Apac *et al.*, 2010).

Así pues, esta afirmación es incorrecta debido a que no se encuentra sustentada o fundamentada con algún elemento objetivo que permita contrastar su veracidad, por lo cual pareciera reflejar más bien una apreciación subjetiva o abstracta de la Comisión. Por ejemplo, un elemento que podría haber corroborado esta afirmación hubiera sido algún informe o nota externa donde se informase sobre el flujo de los clientes en el establecimiento del proveedor, o en todo caso una declaración del administrado referida a este punto.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco es posible advertir cómo es que la realización de un acto discriminatorio podría repercutir o brindar algún tipo de beneficio económico o material para la administrada, ¿no sería en todo caso más perjudicial para un empresario restringir el número de clientes y, por tanto, sus ingresos económicos?

Esta es la razón por la cual en casos más modernos de discriminación en el consumo este criterio ya no suele ser acogido como una agravante para la graduación de infracciones¹³. Por ejemplo, en la Resolución N° 715-2013/CC1, la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 del INDECOPI indicó que el beneficio ilícito no podía ser cuantificado específicamente, *“en tanto la conducta*

¹² Véase Diccionario panhispánico del español jurídico (<https://dpej.rae.es/lema/beneficio-il%C3%ADcito-obtenido-con-la-infracci%C3%B3n>).

¹³ Véanse las Resoluciones N° 1197-2014/SPC-INDECOPI (discriminación a una persona transgénero en una discoteca), 628-2018/SPC-INDECOPI (discriminación a una persona transgénero en un bar-restaurant), y 534-2019/SPC-INDECOPI (discriminación a una persona transgénero en una discoteca).

sancionable no implica el ahorro o ganancia de un monto específico, ni la exoneración de costos en un proceso productivo o práctica comercial”.

Por lo antes indicado resultaba inadecuado asumir una interpretación libre del anterior criterio incorporándolo como un criterio agravante para la responsabilidad de la administrada, lo cual fue omitido por el Tribunal al evaluar la resolución de primera instancia.

- *“Las sanciones impuestas anteriormente por la discriminación en el consumo han sido elevadas”.*

Esta afirmación es imprecisa. Como puede observarse en la recapitulación realizada por un informe de INDECOPI referido a la casuística correspondiente en la discriminación en el consumo (2015), en este organismo administrativo se resolvieron múltiples casos vinculados a esta materia entre 1998 hasta 2003.

Nos referimos, en particular, a los procedimientos seguidos en los casos “Sol y Luna” (Expediente N° 178-1998-CPC), “Delirium Café & Bar” (Expediente N° 179-1998-CPC), “Mamá América” (Expediente N° 022-2003/CPCSUR/CUS), “Pub Spoon” (Resolución N° 0407-2004/TDC-Indecopi) y “Ukukus Pub” (Resolución N° 565-2004/TDC-Indecopi). Si las multas impuestas en estos casos oscilaban entre cinco (5) UIT hasta veinte (20) UIT¹⁴, ¿qué diferencia o similitud ameritaba que en este caso sí se hubiera impuesto una multa más alta, de treinta y cinco (35) UIT?

Incluso en el supuesto negado de que las multas hubieran sido efectivamente similares en proporcionalidad a la impuesta por la Comisión, su afirmación consistente en que *“existieron multas elevadas”* no resultaba ser suficiente para que el administrado pudiese advertir qué elementos en particular habían sido tomados en cuenta para la graduación.

Por su parte, consideramos que el Tribunal también empleó un argumento que puede ser evaluado críticamente:

- *“El administrado entorpeció el procedimiento con argumentos formales destinados a evitar la acción de la autoridad administrativa”.*

En realidad, siempre que se hubiera respetado la buena fe procedimental (principio contenido en el numeral 1.8. del Artículo IV de la Ley N° 27444), no correspondía que el Tribunal cuestionase si el tipo de defensa que había sido ejercido por UNITED DISCO S.A. había estado referido únicamente a cuestiones procedimentales, o “formales” según su propia denominación.

Entre otros aspectos, la buena fe procedimental se materializa considerando cuál es la conducta del administrado en el marco de un procedimiento administrativo,

¹⁴ Cabe precisar que para los casos “Sol y Luna” y “Delirium Café & Bar” la Comisión determinó una multa de 20 UIT en primera instancia, la cual fue revocada por el Tribunal debido a que se tuvo una conciliación con las administradas.

evaluándose si es que su actitud habría sido diligente, o ha provocado retrasos o demoras en el procedimiento –por ejemplo, generando obstrucciones en su curso a través de la presentación de recursos que claramente hubieran estado destinados a su desestimación– (Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 04532-2013-PA/TC).

Es así que en la actualidad el empleo de argumentos de defensa que estuvieran referidos al desenvolvimiento del procedimiento (“*argumentos formales*”) resulta tan o más importante que los argumentos de fondo, referidos a la propia materia de la controversia. Criterios como el materializado en la resolución comentada sientan un mal precedente en la práctica de entidades administrativas, que desincentiva injusta e ilegítimamente el empleo de los diversos mecanismos de defensa por parte de los administrados.

Hemos enumerado los diversos motivos por los cuales tanto la decisión de primera como de segunda instancia habrían incurrido en el vicio de motivación (por motivación externa, o aparente) y, por tanto, afectado el derecho al debido procedimiento.

Por tanto, corresponde añadir como una nota final que, atendiendo a la consecuencia jurídica de este vicio en sede administrativa, el Tribunal (en caso no hubiera advertido otro defecto en esta decisión) podría haber declarado la nulidad parcial de esta decisión y en su misma resolución subsanar este defecto. Por supuesto, al brindar sus argumentos para la graduación también el Tribunal debía considerar seguir las directrices del derecho a obtener una motivación adecuada.

VII. CONCLUSIONES

Resumiremos nuestros hallazgos a continuación para finalizar el análisis de este trabajo académico:

- (i) El empleo de colaboradores pertenecientes a organizaciones civiles no se encontraba amparado por la discrecionalidad para el ejercicio de la función fiscalizadora con la que contaba el INDECOPI. El actuar de la administración vulneró los principios de legalidad y de proporcionalidad, debido a que no se contaba con una habilitación legal para la realización de esta actividad colaborativa y sí se contaban con otros medios alternativos para la realización de esta diligencia que no hubieran alterado su resultado.

En este sentido, el Tribunal debió declarar la nulidad de la resolución de primera instancia, debido a que para la determinación de la responsabilidad de la administrada se tomaron en cuenta hechos advertidos en una diligencia con irregularidades insubsanables

- (ii) El empleo de la modalidad de inspección encubierta por parte del área fiscalizadora del INDECOPI sí resultaba ser una alternativa válida para el ejercicio de la potestad inspectiva de esta entidad administrativa, siempre que se respetasen las mínimas formalidades contenidas en el régimen correspondiente (DL 807).

En tal sentido, resulta razonable concluir que la realización de esta diligencia encubierta sí estuvo válidamente amparada por la discrecionalidad del INDECOPI debido a que en este caso en concreto sí se atendieron las formalidades antes mencionadas.

- (iii) Considerando que UNITED DISCO S.A. solicitó presentar sus argumentos de defensa ante el Tribunal con un apoyo visual (écram y VHS) que le permitiese exhibir la grabación de la diligencia realizada por el área fiscalizadora del INDECOPI, si se hubiera desatendido este pedido el Tribunal habría incurrido en un vicio de nulidad debido a que afectó el derecho de defensa del administrado.

Así pues, debido a que la exhibición de este vídeo resultaba esencial bajo los argumentos esgrimidos por el administrado, el Tribunal debió haber brindado una respuesta, o en todo caso debió haber motivado su denegatoria, de corresponder.

- (iv) La graduación de la sanción también afectó el derecho al debido procedimiento, en el ámbito del derecho a la motivación, debido a que solamente brindó una motivación aparente.

En concreto, la Comisión no justificó cuál era el supuesto beneficio ilícito que había sido obtenido por la administrada a partir de la comisión de la infracción, ni tampoco señaló cuáles eran las sanciones impuestas en otros casos de discriminación en el consumo que había tomado en cuenta para la determinación de la graduación. Por su parte, el Tribunal señaló injustificadamente que el administrado había entorpecido el procedimiento con argumentos formales para determinar una agravante, afirmación que no se encontraría amparada por el principio de buena fe procedimental y que también constituye un mal precedente para las entidades administrativas (por desincentivar el empleo de diversos mecanismos de defensa para los administrados).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

A. REFERENCIAS

- Aldana Ramos, E.G. (2011). El Derecho a no ser discriminado. ¿Derecho incompatible con el derecho a presentar una denuncia ante una Autoridad Administrativa? *Revista de Derecho Administrativo*, (10), pp. 43-49.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13675>
- Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación de la Unión Europea (21 de julio de 2022). Mystery Shopping as a tool for conduct supervision.
https://www.eiopa.europa.eu/browse/consumer-protection/mystery-shopping-tool-conduct-supervision_en
- Canals I Ametller, D. (2003). *El ejercicio de funciones por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*. Granada: Editorial Comares.
- Danós Ordóñez, J. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo* (26), pp. 26-50.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22164>
- Delgado Capcha, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo – Jurisprudencia del INDECOPI*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749566/Libro+UNA+MIRADA+GLOBAL+A+LA+DISCRIMINACI%C3%93N+EN+EL+CONSUMO-Jurisprudencia+del+Indecopi+%28Versi%C3%B3n+Digital%29+%281%29.pdf/a73d09ce-3da4-daae-745e-5b39434dd7f2>
- Galán Galán, A. & Prieto Romero, C. (2008). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. *Anuario de Derecho Municipal*, pp. 63-104.
- Galán Galán, A. (2019). Ejercicio privado de funciones públicas y colaboración con la administración. En Galán Galán, A. (Dir.) *Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Madrid: Tirant lo Blanch
- Gómez Apac, H., Isla Rodríguez, S., & Mejía Trujillo, G. (2010). Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. *Derecho & Sociedad*, (34), pp. 134-146.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13336>
- Guzmán Napurí, C. (2009). Los principios generales del Derecho Administrativo. *IUS ET VERITAS*, 19 (38), pp. 228-249.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203>
- Hernández-Mendible, V.R. (2020). Los criterios procesales que condicionan la potestad administrativa sancionadora. *Derecho & Sociedad* (54), pp. 227-249.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22445>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI] (2003). Documento de Trabajo N° 003-1998. *El Derecho a No ser Discriminado en el Consumo*.

(2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3nEnConsumo-Indecopi/8fc82515-02b0-46ca-b92b-6f987ef3bc45>

Izquierdo Carrasco, M. I. (2019). Fiscalización: supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En Zegarra Valdivia, D. (Coord.) *La proyección del Derecho Administrativo Peruano: Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima: Palestra.

Lagos Yanes, F.A. (2017). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración [Tesis para optar por el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú].
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9476/LAGOS_YANES_EL_EJERCICIO_DE_FUNCIONES_PUBLICAS_POR_ENTIDADES_PRIVADAS_COLABORADORAS_DE_LA_ADMINISTRACION.pdf

León Luna, L.M. (2015). ¡Exijo una Explicación!... La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo. *Derecho & Sociedad* (45), pp. 315-319.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS] (2017). *Guía práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización: Guías para asesores jurídicos del Estado*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526164/Gu%C3%Ada%20Pr%C3%A1ctica%20actividad%20administrativa%20de%20fiscalizaci%C3%B3n.pdf>

Morón Urbina, J.C. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad* (54), pp. 17-43

(2021). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (16va ed., Vols. 1 y 2). Lima: Gaceta Jurídica.

(2022). *La Ley del Procedimiento Administrativo General en su jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Okamura-Garabito, N. (2019). Apuntes sobre la naturaleza y régimen jurídico general de la fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano [Tesis para optar por el Título de Abogado, Universidad de Piura].
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4057/DER_139.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rebollo Puig, M. (2013). La actividad inspectora. En Díez Sánchez, J.J. (Coord.) *Actas del VIII Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Alicante 8 y 9 de febrero de 2013*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.

(2016). Lección 5: El principio de legalidad administrativa. En Rebollo Puig, M. & Vera Jurado, D.J. (Dir.) *Derecho Administrativo* (2da ed.). Madrid: Tecnos.

Rojas Franco, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), pp. 177-188. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.008>

Sánchez Povis, L.A. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *Ius et veritas* (60), pp. 38-64.

Santamaría Pastor, J.A. (2000). *Principios de derecho administrativo* (3ra ed., Vol. 1). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces

Tirado Barrera, J.A. (2011). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), pp. 251-262

Torres Balarezo, M.A. (2022). Informe sobre expediente de relevancia jurídica N° 1356-2004/CPC, procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra UNITED DISCO S.A., por práctica discriminatoria [Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/21685/TORRES_BALAREZO_MAR%c3%8dA_ALEJANDRA1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Toscano Gil, F. (2019). La regulación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración en Andalucía. En Galán Galán, A. (Dir.) *Entidades Privadas Colaboradoras de la Administración*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Zegarra Valdivia, D. (2016). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: Breve aproximación a su estudio. *THEMIS Revista de Derecho*, (69), pp. 123-131. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16755>

B. LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Casación N° 6860-2016-Lima

Casación N° 30104-2019-Lima

Constitución Política del Perú, 1993

Decreto Legislativo N° 716, Norma sobre Protección al Consumidor. Diario Oficial El Peruano, 9 de noviembre de 1991

Decreto Legislativo N° 807, Facultades, normas y organización del INDECOPI. Diario Oficial El Peruano, 18 de abril de 1996

Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Diario Oficial El Peruano, 21 de diciembre de 2016

Decreto Supremo N° 0039-2000-ITINCI, Aprueban Textos Únicos Ordenados de las Leyes de Protección al Consumidor, de Represión de la Competencia Desleal y de Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano, 11 de diciembre de 2000

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano, 25 de enero de 2019

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Protección al Consumidor, Resolución Final N° 1255-2004-CPC, 24 de noviembre de 2004

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI, 26 de agosto de 2005

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Protección al Consumidor N° 1, Resolución N° 715-2013/CC1, 31 de julio de 2013

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Comisión de Protección al Consumidor N° 3, Resolución Final N° 85-2018/CC3, 10 de agosto de 2018

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Consejo Directivo, Resolución de Consejo Directivo N° 194-2020-CD/OSIPTEL, 16 de diciembre de 2020

Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN, 2011, artículo 11, literal "b", numeral 8

Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 2019

Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia recaída en el Expediente N° 4289-2004-AA/TC, 17 de febrero de 2005.

Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia recaída en el Expediente N° 3075-2006-AA/TC, 29 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional [Perú]. Sentencia recaída en el Expediente N° 6648-2006-PHC/TC, 14 de marzo de 2007.





PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DENUNCIANTE : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
(LA COMISIÓN)
DENUNCIADO : UNITED DISCO S.A. (UNITED DISCO)
MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MULTA
MEDIDA CORRECTIVA
ACTIVIDAD : PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN
FUNCIONAMIENTO DE SALAS DE BAILE,
DISCOTECAS, PARQUES DE DIVERSIÓN Y
LUGARES SIMILARES

SUMILLA: en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra United Disco S.A., por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución N° 1255-2004-CPC, toda vez que ha quedado acreditado que United Disco, en su local "Aura", ofrece un servicio diferenciado a sus clientes, distinción que no encuentra justificación en razones objetivas sino que está vinculado a la existencia de conductas discriminatorias configuradas con ocasión de la procedencia geográfica, la raza o la condición económica de estos.

Dada la gravedad de los hechos verificados, la Sala ha resuelto proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

SANCIÓN: 35 UIT

Lima, 26 de agosto de 2005

I ANTECEDENTES

Mediante Informe N° 332-2004/CPC del 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión que había realizado una diligencia de inspección en el local de la discoteca "Aura" ubicada en el Centro Comercial Larcomar, a fin de verificar la ocurrencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público. En el informe se daba cuenta de que el operativo fue organizado como consecuencia de algunas denuncias recibidas sobre posible discriminación en el local antes mencionado, así como de las acciones desarrolladas por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI en

M-SDC-02/1C



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0125

coordinación con miembros de la Coordinadora de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, en las cuales se había advertido la existencia de hechos que podrían configurar prácticas discriminatorias, tales como no haber permitido el ingreso a la discoteca a una de las parejas que formaba parte del operativo, en atención a sus rasgos mestizos, razón subjetiva e injustificada que implicaría una infracción a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor.

El 3 de noviembre de 2004, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de United Disco por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

En sus descargos, United Disco señaló que el Acta de Diligencia de Inspección debía ser declarada nula por la existencia de un defecto formal insubsanable, ya que a pesar de tener relevancia significativa para la constatación de los hechos, no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en el operativo. De otro lado, señaló que la discoteca "Aura" no era un local abierto al público sino de acceso restringido a las personas que cumplen con lo establecido en su Reglamento de Ingreso, el cual únicamente permite el ingreso a los socios, a invitados y a turistas que realicen el pago del cover correspondiente a S/. 100,00. Asimismo, señaló que dicha situación había sido adecuadamente informada a los consumidores.

Adicionalmente, precisó que la participación en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal era ilegal, toda vez que ninguno de dichos organismos era competente para verificar la existencia de infracciones a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor, por lo que estas organizaciones habrían cometido el ilícito de usurpación de funciones, no habiendo el INDECOPI haberles otorgado prerrogativas que no les correspondían.

Igualmente, señaló que el vídeo de la filmación debía sustituir el mérito probatorio del Acta de Visita Inspectiva, atendiendo a las contradicciones advertidas entre ambos. Al respecto, manifestó que de la filmación no se desprendía que a la primera pareja - conformada por personas de rasgo mestizo - se le hubiera impedido el ingreso al local y, en consecuencia, que hubiera sido víctima de discriminación. Asimismo, indicó que tampoco había quedado acreditado que la segunda pareja - conformada por personas de rasgo caucásico -, efectivamente, hubiera ingresado. Finalmente, mencionó que en el vídeo no se apreciaba a la tercera pareja que supuestamente participó en el operativo.

El 24 de noviembre de 2004, mediante Resolución N° 1255-2004-CPC, la Comisión emitió pronunciamiento identificando en la conducta de United



RESOLUCIÓN N° 0939-2005/TDC-INDECOPI

0126

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

Disco una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En consecuencia, la sancionó con una multa ascendente a 35 UIT y le ordenó, como medida correctiva, que se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas.

El 9 de diciembre de 2004, United Disco apeló de la mencionada resolución indicando que la Comisión había omitido pronunciarse respecto del Disco Compacto ofrecido como prueba, el cual contenía fotografías en las que se apreciaba que a la discoteca asistían personas de todo origen racial. Asimismo, reiteró que el vídeo de la filmación debía sustituir el valor probatorio del Acta de Visita Inspectiva, en atención a las inconsistencias detectadas entre éstos.

Adicionalmente, reiteró lo señalado respecto de la participación conjunta en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, en el sentido de que su participación en la inspección sería inválida, toda vez que no se trataba de Asociaciones de Consumidores reconocidos por el INDECOPI.

De otro lado, manifestó que tanto el Acta de Visita Inspectiva, como el operativo, carecían de validez, ya que una de las personas que formaba parte de la segunda pareja que participó en el operativo no contaba con un documento de identidad vigente. Asimismo, indicó que la mencionada acta debía ser declarada nula, debido a que no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en la diligencia y que el representante del INDECOPI, que sí la suscribió, no había consignado el número de su Documento Nacional de Identidad - DNI -, ni las facultades que le habían sido delegadas por la Secretaria Técnica de la Comisión.

Posteriormente, señaló que la calificación hecha por la Comisión respecto de considerar a la discoteca como local abierto al público, vulneraría su derecho constitucional a la libre contratación. Al respecto, indicó que resultaba válido realizar una selección de las personas con las cuales se establecería una relación patrimonial sobre la base de ciertos parámetros o requisitos. Finalmente, manifestó que la sanción impuesta resultaría desproporcionada, exagerada y confiscatoria.

El 8 de febrero de 2005, United Disco solicitó el uso de la palabra. El 8 de julio de 2005 se realizó la Audiencia de Informe Oral, la cual contó con la participación del representante de la denunciada.



II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

La Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

- (i) si United Disco ha realizado prácticas discriminatorias en su local "Aura" y, en este sentido, si ha incurrido en una infracción a los dispuesto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor;
- (ii) de haber incurrido en una infracción, graduar la sanción; y
- (iii) si resulta conveniente solicitar la publicación de la resolución.

III ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 Discriminación

El artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú prohíbe la discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Ese tipo de conductas deben ser rechazadas por todos los ciudadanos y no pueden ser admitidas en las operaciones de consumo, bajo pretextos o argumentos elaborados que dificulten su detección o hagan difícil su sanción.

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú garantiza la libertad de contratación al señalar que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, lo cual supone la adecuación del ejercicio del derecho de contratación a las normas de orden público, es decir, aquellas inspiradas en el establecimiento y preservación del bien común y el bienestar social.

Las normas constitucionales referidas no se encuentran en conflicto pues se entiende que la libertad contractual no puede ser sustento para poner en riesgo el principio de la no discriminación, presupuesto fundamental en la construcción del Estado democrático de Derecho. Este criterio ha sido reconocido por el Poder Judicial en un caso similar al presente, referido a prácticas discriminatorias en una discoteca, donde el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima en fallo del 23 de enero de 2002 – confirmado el 3 de septiembre de 2003 por la Corte Superior de Justicia de Lima – señaló lo siguiente:

" (...) nuestra Constitución Política en su artículo Segundo inciso 2do. establece como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, para seguidamente proclamar que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra

Indecopi



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

0123

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CP

índole; que ahora bien dicha norma constitucional interpretada bajo el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número trece mil doscientos ochenticos tenemos que: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, así como deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, que por tanto siendo dicho derecho fundamental debe ser respetado por el Estado Peruano y por las mismas personas sean naturales o jurídicas, teniendo el primero la capacidad de hacer valer dicha igualdad entre particulares con las instituciones tutelares como es el Poder Judicial; que es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres, ocurriendo igual limitación para los efectos de la contratación establecidas en la excepción del artículo mil trescientos cincuenticuatro y en lo dispuesto por el artículo mil trescientos cincuentiocho del Código Civil que resulta concordante con el artículo ciento cuarenta no. (Sic) 3ro. de dicho cuerpo legal (...)"
(Subrayado y resaltado añadidos)

La discriminación suele ser un hecho clandestino de muy difícil probanza dada la velocidad con que se desarrollan las actividades de los ciudadanos - particularmente en el ámbito comercial - y los nulos o muy escasos incentivos que existen para que los afectados con estas conductas desarrollen acciones de denuncia y persecución.

En este contexto es perfectamente válido y constituye más bien una obligación irresistible y bajo responsabilidad de la autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, monitorear periódicamente los distintos mercados, con énfasis en los más sensibles, para identificar o descubrir la prácticas de discriminación que pudieran existir en las operaciones de consumo en nuestra sociedad. Es deber de la autoridad administrativa vigilar que la discriminación, conducta naturalmente encubierta, sea puesta de manifiesto y se le sancione tal y como establece el ordenamiento jurídico vigente

Atendiendo al cumplimiento de tal deber de acción y ante las denuncias sobre la materia recibidas en forma anónima en los servicios de atención gratuita a los consumidores, la Comisión organizó con su Secretaría Técnica un operativo destinado a verificar cuáles eran las condiciones de acceso al local de la investigada denominada "Aura". Para tal efecto se organizaron tres parejas - hombre y mujer - con rasgos raciales diferenciados,

5/17



caucásicos y mestizos, los mismos que recibieron la instrucción de intentar el ingreso al mencionado local. La acción fue objeto de filmación y los resultados de esta intervención se recogieron en un Acta de Visita Inspectiva.

En el presente caso, United Disco ha utilizado una primera línea de defensa ante la imputación de cargo consistente en destruir la validez del medio probatorio utilizado por la Comisión para la emisión de su pronunciamiento. A continuación se analizan los alcances de tales alegaciones.

La investigada ha señalado que el Acta de Visita Inspectiva no fue suscrita por cada una de las seis personas que participaron en el operativo. Al respecto, corresponde señalar que esta alegación carece de sustento pues, el Acta de Visita Inspectiva es el documento que se redacta después de producidos los actos que se evaluarán en su contenido discriminatorio y con la única finalidad de dar cuenta de que el operativo fue realizado recabando las versiones de los representantes de las investigadas. En tal sentido, el Acta no documenta los actos discriminatorios pues ellos se encuentran documentados en el video de la acción destinada a verificar la posibilidad del acceso al local de las parejas participantes en el operativo. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado, el artículo 32 del Decreto-Legislativo N° 807 únicamente exige como formalidad para un documento de este tipo que esté firmado por el funcionario de INDECOPI.

La investigada ha cuestionado que una de las personas intervinientes en el operativo, precisamente uno de rasgos caucásicos, no contaba con documento de identidad válido, pues su carné de extranjería no se encontraba vigente. Al respecto, corresponde señalar que el acto discriminatorio prohibido es contra las personas, sin importar su condición legal de ciudadanía, por lo que, la vigencia o no del carné de extranjería de uno de los intervinientes en el operativo en nada enerva su intervención para acreditar hechos. La discriminación es fáctica no legal. Adicionalmente, debe señalarse que la propia investigada permitió el ingreso de esta persona a su local, sin cuestionar la validez del documento de identidad que ahora pretende utilizar para invalidar la constatación fáctica de la autoridad administrativa.

Por otro lado, United Disco cuestionó la intervención en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del

LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO N° 807
Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho. (Subrayado y resaltado añadidos)



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/GPC

0130

Instituto de Defensa Legal, con los cuales fueron conformadas las parejas para intentar el ingreso al local de la investigada. En este aspecto, es necesario tener en consideración que una visita inspectiva es una acción que se desarrolla bajo la conducción estricta de un funcionario público del INDECOPI, el cual interviene por delegación de la Secretaría Técnica o de la Comisión, tal como expresamente faculta el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807. En tal sentido, la intervención de este funcionario público es la que garantiza la legalidad de la visita inspectiva o el operativo. No obstante, ello no significa ni podría significar que, en la realización del operativo estuvieran impedidas de participar personas ajenas a la institución pues, en éste, la autoridad diseña una estrategia para identificar una conducta infractora reproduciendo un hecho de la realidad. En esta reproducción pueden y, en ocasiones, deben intervenir las personas que el INDECOPI considere con la capacidad y las características - físicas o psicológicas - para lograr verificar la realización de la conducta infractora que, en este caso, se encontraba constituida por la comisión de prácticas discriminatorias en el local de la investigada.

A mayor abundamiento, en la formulación de un operativo pudiera ser necesaria la participación de personas de una determinada estatura, sin que en la institución pública exista algún funcionario con esas características, configurándose en tal supuesto, un típico caso en el que se requerirá del concurso de otras personas que no dirigirán el operativo sino que únicamente se limitarán a simular una situación de la realidad.

Es de notar, además, que las organizaciones que intervinieron en el operativo tienen legítimo derecho - en su condición de representantes de la sociedad civil - de coadyuvar a la detección de conductas de discriminación racial en el consumo.

Finalmente, la investigada cuestionó que el funcionario del INDECOPI que firmó el Acta de Visita Inspectiva no consignó el número de su DNI. Esta alegación resulta intrascendente pues dicho funcionario estuvo identificado en todo momento como funcionario de INDECOPI y así lo hizo saber a los representantes de la investigada, lo cual consta en la referida acta.

Una segunda línea de defensa utilizada por la investigada se centra en alegar que las pruebas que obran en el expediente no habrían sido adecuadamente valoradas por la autoridad de primera instancia.

Al respecto, esta Sala ha efectuado una revisión minuciosa del video de cargo presentado por la primera instancia, el Acta de Visita Inspectiva y los documentos que en medio electrónico han sido presentados por la investigada para - según su propósito - desvirtuar los hechos materia de



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOP

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPO

0131

imputación. De la revisión de dicho material, esta Sala se encuentra persuadida de que los mismos acreditan los siguientes hechos:

1. El operativo fue preparado expresamente para generar dos supuestos de intento de ingreso de parejas al local de la investigada. Una primera pareja, de rasgos mestizo, es impedida de ingresar bajo argumentos de no pertenecer a una asociación; la segunda pareja, de rasgos caucásicos, ingresa sin mayor dificultad al local. La tercera pareja no interviene porque durante el curso de la inspección se consideró innecesaria su participación.
2. El material presentado por la investigada muestra fotografías de distintas actividades en su local, en las cuales se puede percibir que las personas que allí asisten son de rasgos raciales caucásicos o muy similares a éstos, por lo que, más bien, da la clara impresión que la personas convocadas a este establecimiento comparten identidad racial, cultural y económica. Asimismo, debe señalarse que no existe certeza de que las mismas hubieran sido tomadas de manera anterior a la realización del operativo.

Finalmente, una tercera línea de argumentación utilizada por la denunciada consiste en reconocer y sostener que su local denominado "Aura" no es un local abierto al público sino uno de acceso restringido, donde resulta necesario satisfacer algunas condiciones de ingreso, previamente definidas en un reglamento interno. Esta distinción, según la investigada, se basaría en razones objetivas y, por lo tanto, no constituiría infracción alguna a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor.

Según sostiene la denunciada, el ingreso a su local sólo es posible para aquellos que ostentan la condición de socios, lo cual estaría sustentado en el hecho de que el establecimiento busca evitar el ingreso de personas que pudieran desarrollar un comportamiento inadecuado - por ejemplo, el consumo de drogas -, lo que se logra cuando las personas asociadas son conocidas entre sí y sólo ellas pueden llevar invitados al local. De conformidad con lo señalado por la investigada, el carácter de socio conlleva el ser conocido por los demás socios y garantiza que éstos sólo inviten a personas que, al igual que ellos, tendrán un adecuado comportamiento en el local.

Lo señalado queda corroborado con el diálogo que se produjo en la Audiencia de Informe Oral y que cuenta con su respectiva grabación:

"Indecopi: cuáles son las condiciones para ser socio de este establecimiento?

Aura: no hay tantas restricciones pero sí ciertas condiciones.

8/17



Indecopi: ¿puede decirnos cuáles son?

Aura: las condiciones son básicamente que alguien presente carné y esto por un tema básico de seguridad. En "Aura" nunca hemos tenido problemas de drogas; ni temas de violencia, porque allá la gente más o menos se conoce.

El criterio es que lo presente un socio. Para que uno pueda acceder a la discoteca y pueda pasar debe mencionar a tres o cuatro socios de la discoteca y más o menos se corrobore si lo conocen o no. Y esa es la manera de que uno pueda saber si es socio o no de la discoteca. La otra forma de acceder es que el socio lo invite para determinada situación y con eso pagará su derecho. O que sea extranjero.

Indecopi: ¿cómo controlan el comportamiento de los extranjeros?, ¿cómo garantizan que estas personas extranjeras tengan determinadas formas de comportamiento que reflejen el espíritu de la asociación que usted dice que "Aura" es?

Aura: el comportamiento se garantiza con la vigilancia externa e interna, fundamentalmente tenemos un cuerpo de vigilancia

Indecopi: la vigilancia no tiene nada que ver con definir o suponer que un extranjero se comporte bien. ¿un extranjero puede ser más drogadicto que un nacional?

Aura: ¡ah no! ... si tiene ese comportamiento. Lo que sucede es lo mismo Doctor que pasaría en algún tipo de local o club que permite el acceso libre, además no es la mayoría.

Indecopi: perdóneme, mi pregunta iba al hecho de que usted me ha explicado que la asociación es una asociación de personas que no tienen problemas de drogas; eso le garantiza a usted generar un círculo de conocimiento, todos se conocen. Ahora, ¿qué pasa con el extranjero al que usted no conoce? se para en la puerta, muestra su carné de extranjería e ingresa?.

Aura: de extranjería o pasaporte.

Indecopi: o sea ustedes presumen que el extranjero se va a portar bien, el extranjero que entra cumple con los estándares de buenas conductas que su empresa trata de seleccionar.

Aura: lo que pasa es que dentro de este criterio de tratar de cumplir normas, los extranjeros no representan gran afluencia de público en Aura. Es mínima y lo que pueda suceder es totalmente controlable porque tenemos un sistema de seguridad.

Indecopi: (...) la Sala ha visto que en el público hay bastantes extranjeros.

Aura: sí, sí porque hay eventos que se realizan, es un tema turístico.



RESOLUCIÓN N° 0939-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0133

Indecopi: entonces, ¿entran todos?, usted me acaba de decir que hay mínima presencia de extranjeros y ahora usted dice que es bastante.

Aura: espero que me entienda cuando nosotros permitimos al acceso de extranjeros. No sé a ustedes les puede haber parecido que son extranjeros; de repente son nacionales también y aparentan extranjeros, porque es un tema turístico. Es atractivo, en la fotos que ustedes han visto, como señaló, no son necesariamente extranjeros."

El diálogo transcrito evidencia que el sistema de ingreso al local de la investigada se sustentaría en una especie de "conocimiento" entre los miembros de la asociación que no es exigible a los extranjeros, los cuales pueden ingresar por el solo hecho de ser extranjeros. Asimismo, se menciona que el ingreso es previa exhibición del documento de identidad que acredita la nacionalidad extranjera.

En el operativo pudo constatarse que el 23 de octubre de 2004, cuando el señor Fernando Yaya Espinoza – de rasgos mestizos – intentó ingresar a la discoteca "Aura", se le informó que sólo se permitía el ingreso a los invitados en lista. No obstante lo cual, minutos después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos extranjeros² – los cuales no ostentaban la calidad de socios o invitados de socios – y a los cuales no se les requirió identificación alguna.

United Disco ha manifestado que la Comisión había incurrido en un error al considerar que su local era uno abierto al público. Sin embargo, tanto en su escrito de descargos como en su escrito de apelación ha aceptado que se permite el ingreso de personas que no tienen la calidad de socios o invitados de éstos. En tal sentido, la investigada aceptó que "excepcionalmente" se permite el ingreso de turistas, es decir, ha admitido que su empresa establece una diferencia entre los consumidores nacionales y los extranjeros, diferencia cuya justificación se encuentra en el lugar de procedencia de los clientes³.

Para United Disco, su local sería uno de acceso restringido en el caso de los consumidores peruanos – supuesto en el que únicamente ingresan socios e invitados de socios – y uno de acceso público para los turistas - ya que en tal caso únicamente se requiere que los mismos no sean peruanos -. Como es evidente, el razonamiento al que pretende arribar United Disco resulta ilógico toda vez que no es posible sostener que su local es uno de acceso restringido, no obstante, acepta de manera reiterada que el mismo se encuentra abierto para cualquier turista extranjero que decida ingresar al local.

² Ver fojas 4, 5, 6 y 7 del expediente.

³ Véase también a fojas 8 del expediente. En el punto 2, párrafo tercero.



En consecuencia, sobre la base de lo señalado por la propia investigada, ha podido establecerse que "Aura" no es un local de acceso restringido toda vez que permite el ingreso de turistas extranjeros que no cuentan con la condición de socios o invitados de socios y que la selección realizada constituye una práctica discriminatoria con ocasión del lugar de procedencia geográfica del cliente.

Adicionalmente, es evidente que un sistema de ingreso como el previsto incentiva también la discriminación por rasgos raciales pues, incluso en el supuesto de que la asociación de conocidos existiera, cualquier extranjero o nacional con rasgos de extranjero - y entiéndase extranjero con rasgos caucásicos - que intentara ingresar - y a juicio del personal reuniera rasgos de extranjero - podría entrar sin que le sea requerido documento de identidad alguno. Mientras que, los de rasgos mestizos serían inmediatamente obstaculizados en su ingreso - incluso si fueran extranjeros - tal como ocurrió con la segunda pareja.

La Sala coincide con lo señalado por la Comisión respecto de que la situación verificada constituye también un acto de discriminación racial, ya que no establece diferencias sobre la base de patrones objetivos sino que evidencia la utilización de parámetros de apreciación subjetivos respecto de la raza o procedencia de los clientes, así como de las condiciones que en razón de esto se ofrece a los consumidores.

Finalmente, la alegación de la investigada en el sentido de que el carácter de asociación que respalda la operación de su establecimiento tiene un innegable efecto de grupo económico, es decir, en palabras de la propia investigada de "todos los que se conocen". Al respecto, el mismo fallo judicial que ha sido referido anteriormente establece:

"(...) (las normas de orden público) están constituidas por los derechos naturales de la persona humana, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socio-económica, que también debe destacarse que el status económico, esgrimido como una de las maneras de justificar la discriminación a las discotecas que regentan las empresas demandadas por sí sola se da sin necesidad de que se restrinja el ingreso, ya que los servicios que se prestan dentro de ellos al ser de alto costo, como lógica respuesta del usuario que no tiene dicha capacidad económica no podrá utilizarlos, que por ello resultaría innecesario que se restrinja el ingreso ingreso por tales motivos (...)" (Subrayado añadido)

En tal sentido, limitar el acceso a un lugar público a personas de determinado entorno socioeconómico también constituye un acto de discriminación, ya que como se ha señalado en los párrafos anteriores,



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0135

involucra la existencia de una selección de clientela efectuada sobre la base de patrones subjetivos.

En consecuencia, atendiendo a los argumentos que anteceden y asumiendo como propias las consideraciones de la resolución de primera instancia⁴, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia por infracción, a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, toda vez que ha quedado acreditada una conducta discriminatoria de la investigada en función a procedencia geográfica, condición racial y condición económica.

Asimismo, debe confirmarse la resolución de la Comisión en el extremo que ordenó como medida correctiva que la investigada se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas, toda vez que ha quedado acreditado que ésta resulta apropiada para revertir los efectos de la conducta infractora en que ha incurrido la denunciada⁵.

III.2 Graduación de la sanción

III.2.1 Objeto y finalidad de la sanción administrativa

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan

⁴ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, ARTÍCULO 6.- MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- (...)

6.2 Puede motivarse mediante la 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. (...)

⁵ TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Artículo 42°.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

(...)

f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo.



imprudencia temeraria. En el ejemplo; a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro⁶.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que 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, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio esperado por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.

En efecto, en caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de ser detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso que esto ocurra, recibirán una sanción significativamente mayor. Lo anterior, con el objeto que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

⁶ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª. Ed. Reimp. 2000. Madrid: Técnos, 2000. p. 145.



III.2.2 Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado. La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁷.

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸. Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

⁷ Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.**- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
5. **Irretroactividad.**- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
6. **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de Infracciones.**- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.



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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad; el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

III.2.3 Aplicación al caso concreto

El artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión deberá atender la gravedad de la falta, al daño resultante de la infracción, a los beneficios obtenidos por el proveedor, a la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, a los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar⁹.

En el presente caso ha quedado acreditada la existencia de una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En tal sentido, a efectos de graduar la sanción en el presente procedimiento debe tomarse en consideración la gravedad de la falta, la cual involucra la vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, tales como el derecho a no ser discriminado y a la igualdad de trato de las personas, cuya afectación genera graves daños económicos y sociales.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

⁹ LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Artículo 41.- Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley.



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/GPC

0139

Asimismo, corresponde señalar que cuando se verifica una restricción del acceso al consumo - que al mismo tiempo vulnera la libertad de elección de los consumidores - basada en una práctica discriminatoria que importa que un proveedor está brindando un trato no equitativo en la prestación de sus servicios (en este caso esparcimiento), se genera un daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema, dado que aquellos que reciben un trato diferenciado por sus características físicas aprecian que cuentan con los medios para acceder a los bienes y servicios con los cuales desean satisfacer sus necesidades y expectativas, no tendrán acceso a éstos por consideraciones inadmisibles en una economía social de mercado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que sancionar la existencia de una infracción como la verificada en el presente caso resulta de especial importancia toda vez que permite crear incentivos para que empresas como la denunciada en el presente procedimiento desarrollen una labor acorde con los parámetros de corrección y eficiencia que deben regir el actuar de todos los agentes del mercado.

Finalmente, corresponde indicar que este tipo de conductas son de difícil detección por lo que la autoridad debe evaluar lo riesgoso de que la mismas se sigan produciendo sin poder identificarlas oportunamente y el hecho de que la investigada haya tenido una permanente actitud de entorpecimiento del proceso con argumentos formales deleznable destinados a evitar la acción de la autoridad administrativa.

Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a United Disco con una multa ascendente a 35 UIT.

III.3 La publicación de la resolución en el Diario Oficial "El Peruano"

Dada la gravedad de los hechos materia de controversia en el presente procedimiento, la Sala ha establecido que la publicación de la resolución constituye un instrumento idóneo a efectos de defender el derecho de los consumidores.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807¹⁰; corresponde proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

¹⁰ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI
DECRETO LEGISLATIVO N° 807

Artículo 43.- (...) 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.



IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar en todos sus extremos la Resolución N° 1255-2004-CPC expedida por la Comisión de Protección al Consumidor el 24 de noviembre de 2004.

SEGUNDO: disponer que la Comisión de Protección al Consumidor organice y realice periódicamente operativos con el fin de evitar que la conducta identificada como infracción en la presente Resolución pueda volver a producirse.

TERCERA: proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzí Ibárceña.

JUAN FRANCISCO ROJAS-LEO
Presidente