



Derecho & Sociedad

Asociación Civil

Año XXI N°34 2010

Oren Bar-Gill

Luis Diez-Canseco Núñez

Roberto Pagés Lloveras

Jaime Thorne León

Julio Durand Carrión

Hugo Gómez Apac

José Purizaca Vega

Rómulo Mesarina De Zela

Claudia Combe Sotomayor

Jorge Vilela Carbajal

Susan Isla Rodríguez

Gianfranco Mejía Trujillo

Crossby Buleje Díaz

Comisión de Publicaciones

Juan Manuel Hurtado Falvy

José Antonio Caro John

Karin Fernández Muñoz

Raquel Montaner Fernández

Yamila Fakhouri Gómez

Mariona Llobet Angli

Daniel Huamán Castellares

Rómulo Morales Hervias

Juan Espinoza Espinoza

Renzo E. Saavedra Velazco

José Luis Lescano Echajaya

Eric Castro Posadas

Daniel Arana Yances

Daniel Schmerler Vainstein

María Casado

James Gordley

Paula Siverino Bavio

Yolanda Doig Díaz

Anthony Lizárraga

Juan Alonzo Tello Mendoza



Temática Central

DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Una Introspección al Derecho del Consumidor y la Dinámica del Mercado:

¿Es incestuosa la relación entre el Derecho y la Economía?

Entrevista al Dr. Alfredo Bullard González

Protección al Consumidor: Nuevos Horizontes, Perspectivas y Desafíos. Una revisión al Panorama Actual

Entrevista al Dr. Freddy Escobar Rozas

Un "Nuevo" INDECOPI a la luz del Anteproyecto del Código de Consumo

Entrevista al Dr. Juan Francisco Rojas Leo

Respecto a la Sentencia del Proceso Amparo interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú: Una Mirada a las Atribuciones del Tribunal Constitucional

Entrevista a los Dres. Samuel Abad Yupanqui y Ernesto Blume Fortini

Mesa Redonda

Protección al Consumidor: ¿Para qué tener un Código?

Eliana Lesem Guerra

Alfredo Bullard González

Alda Mirta Lazo de Hornung

Walter Gutiérrez Camacho

Jaime Delgado Zegarra

Rómulo Morales Hervias

REVISTA



Derecho & Sociedad

Asociación Civil



REVISTA

Derecho & Sociedad

Asociación Civil

Editada por la Asociación Civil Derecho & Sociedad
Conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú.
Año XXI, N° 34 - 2010

CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTA DEL CONSEJO DIRECTIVO
Farah Elizabeth Torres García

DIRECTORA DE PUBLICACIONES
Emma Edith Canchari Palomino

DIRECTOR DE ECONOMÍA Y FINANCIAMIENTO
Rainer Ubaldo Carrillo Chávez

DIRECTOR DE RELACIONES PÚBLICAS
Jorge David Córdova Ames

DIRECTORA DE EVENTOS
Cinthia Katherine Alegría San Miguel

DIRECTORA DE PROYECCIÓN ACADÉMICA
Edith Guadalupe Lapa Cervantes

ASOCIADOS

Andrea Sofía Aragón Mena
Carmen Jahaira Denisse Villanueva Faustor
Christian André Paredes Montoya
Claudia Liliana Hoyos Valladares
Daniel Jesús Palomino Seguin
Diego Roberto Palacios León
Doris Valdez Paredes
Eimy Mori Inga
Elizabeth Carmela Bruno Carrasco
Fiorella Tatiana Moreno Roque
Fiorella Alexandra Ferro Palomino
Gabriela Vanessa Cisneros Quispe
Giannina Patricia Luque Rullier
Hernán Aquije Morón
Janneth Alessandra Tomanguillo Vásquez
Jaime Oliver Rado Córdova
Jaqueline Terrel Taquiri
Jessica Pilar Aguilar Agama
Johana Milagros Salazar Gavilán
Johanne Shirley Béjar Bedoya
Jorge Luis Palacios Palacios
José Luis Mendoza Castillo
Juan Eduardo Guerra Ríos
Juan Maximiliano Aguayo López
Karina Milagros Vilcapoma Torres
Kerly Nalleli Truyenque Berrocal
Katherine Angélica Gálvez Posada
Lily Catalina Cervera Mariluz
Lourdes Vasquez Buitrón
Luis Miguel Garrido Marroquín
Marco Obando Fernández
Margarett Matos Ortega
María Ana Vidal Quispe
Marilia Fiorella Méjico Mendoza
Melissa Marengo Serrano
Miguel Ángel Soto Palacios
Milagros Huamán Palomino
Nieve Estéfani Acuña Cama
Renato Saldaña Jaimes
Romina Lisseth Coterá Cerrón
Rommel Alexis Calderón Morales
Samuel Anderson Ludeña Soriano
Silvana Lucía Gómez Salazar
Susana Iris Cutire Toledo
Vladimir Wilmer Mayhuire Vivero
Ximena Raquel Calderón Rojas

CONSEJO CONSULTIVO

NACIONAL

Alfredo Bullard González
Reynaldo Bustamante Alarcón
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Jorge Danós Ordoñez
Gastón Fernández Cruz
Ramón Gálvez Marquez
Alfredo Gildemeister Ruiz-Huidobro
Elvira Méndez Chang
Javier Neves Mujica
Luis Pizarro Aranguren
Nelson Ramírez Jiménez
Ricardo Salazar Chávez
Luis Vinatea Recoba

INTERNACIONAL

Antonio Baylos Grau (España)
Krystian Compak (Polonia)
César García Novoa (España)
Osvaldo Alfredo Gozaíni (Argentina)
Peter Häberle (Alemania)
Jorge Walter Peyrano (Argentina)
Pietro Sirena (Italia)

Julio 2010

Asociación Civil Derecho & Sociedad
Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801 Urb. Pando, San Miguel - Lima - Perú
www.revistaderechosociedad.org

Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor

Hugo Gómez Apac*
Susan Isla Rodríguez**
Gianfranco Mejía Trujillo***

*"El género humano inventó una variedad de ingeniosos castigos para aplicarlos a los delincuentes sentenciados. Muerte, tortura, estigmas, multas, encarcelamiento, destierro, restricciones a la libertad de movimiento u ocupación y pérdida de la ciudadanía son tan sólo los más comunes."*¹

1. Introducción

El presente artículo tiene como objeto explicar la metodología utilizada por la Comisión adscrita a la Oficina Regional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad intelectual – INDECOPI de Ica (en adelante, la Comisión) para graduar las sanciones impuestas a los proveedores que infringieron las normas de protección al consumidor durante los años 2008 y 2009 dentro de la circunscripción de competencia territorial de dicha Comisión.

Para tal efecto, en primer lugar se esbozarán nociones conceptuales sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y la sanción administrativa, y luego, tomando como referencia la casuística resolutoria de la Comisión, se explicará la metodología empleada para sancionar a quienes infringieron las normas de protección al consumidor, metodología que se

encuentra contenida en las resoluciones emitidas entre los años 2008 y 2009.

Empecemos por el plano conceptual.

2. La Potestad Sancionadora de la Administración Pública

En aras de resguardar los bienes jurídicos de interés público, nuestro ordenamiento jurídico ha dotado a la Administración Pública de una serie de potestades -prerrogativas de naturaleza pública- que expresan el poder de imperio (ius imperium) del Estado. Es el caso de las potestades reglamentaria, regulatoria, fiscalizadora, tributaria, sancionadora, de policía, de autotutela, entre otras². Estas potestades no se ejercen libremente, sino dentro del marco constitucional de respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en alineación con postulados medulares y

* Abogado. Miembro de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y profesor del curso de Derecho de la Competencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido Presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional del INDECOPI de Ica.

** Abogada. Asistente Legal en la Secretaría Técnica de la Comisión adscrita a la Oficina Regional del INDECOPI de Ica.

*** Abogado. Secretario Técnico de la Comisión adscrita a la Oficina Regional del INDECOPI de Ica. Profesor del Curso de Derecho de la Competencia, Protección al Consumidor y Regulación de Servicios Públicos en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista - Filial Ica.

1 BECKER, Gary. Crimen y Castigo: Un enfoque Económico. Extraído de Derecho y Economía: Una revisión de la literatura. Andrés Roemer (Compilador), Fondo de Cultura Económica, México, Primera Reimpresión 2002, p.392.

2 "El Ordenamiento jurídico (...) otorga a las Administraciones unos poderes derivados, de permanente aplicación para la consecución de los objetivos genéricos, constitucionalmente atribuidos, y unos objetivos legalmente asignados que posibilitan -más todavía, le obligan a- la realización de sus actuaciones, incluso frente a la legítima oposición de los particulares. El ejercicio de este tipo de poderes (potestades, en sentido técnico-jurídico) está obviamente condicionado por el omnipresente principio de legalidad (...) y asimismo, por la obligación de respeto al ámbito de invulnerabilidad de los derechos de los ciudadanos, en la medida que, incluso cuando es perfectamente posible el despojo o abatimiento de tales derechos, las Administraciones públicas se encuentran obligadas a hallar la alternativa al daño o perjuicio legítimo inferido en la esfera jurídica de los particulares.
(...)

El conjunto de potestades -auténticos privilegios, como hemos dicho- asignado a las Administraciones públicas constituye, en definitiva, la traducción específica del poder público genérico (...) no se trata de un cuadro abierto e indefinido que pueda dar cobertura a cualquier medida correctiva diseñada por las propias Administraciones, sino de una plataforma excepcional respecto del régimen jurídico general (de "prerrogativas exorbitantes del Derecho común" se solía hablar en el pasado) que se hace ostensible en la posibilidad de adoptar decisiones que incrementan, modifican o disminuyen derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos". BERMEJO VERA, José. Derecho Administrativo, Parte Especial. Sexta Edición, Thomson, Civitas. España, 2005, pp. 75-76.

principios rectores del procedimiento administrativo, como son los principios de legalidad, debido procedimiento, imparcialidad, razonabilidad, etc.³

En particular nos interesa analizar la potestad sancionadora de la Administración. Ésta es el poder conferido a la Administración Pública para castigar el quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de los agentes que interactúan en la sociedad. Tiene como objetivos disuadir y corregir las conductas ilegales y castigar a quienes las ejecutan, en tanto hay una vulneración (concreta o potencial) del interés público.⁴

También la podemos definir como “(...) el poder jurídico que posee la Administración Pública para castigar a los administrados, cuando éstos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente. Esta potestad, mediante la represión de ciertas conductas, busca incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, desincentivando la realización de infracciones.”⁵

La potestad sancionadora tiene como fundamento asegurar el cumplimiento de los deberes de los

ciudadanos y el respeto al orden público en el desarrollo de sus actividades. Sin dicha atribución, la Administración no podría ejercer coacción alguna frente a quienes vulneran las normas, en tanto no existiría ningún castigo por atentar contra los derechos de sus conciudadanos o desacatar las obligaciones impuestas por el Estado.

Si la Administración no estuviera investida con dicha potestad, al verificar el incumplimiento del marco legal que rige el desarrollo de nuestras actividades económicas, legales, e incluso sociales, se encontraría maniatada, pues no podría castigar la desobediencia o desacato de la legalidad, siendo la ley letra muerta. Sería como un perro con mordaza: ladra, pero no muerde.⁶

La potestad sancionadora está estructurada, y a su vez limitada, por principios constitucionales que deben ser respetados por la Administración Pública al momento de ejercerla, con la finalidad de evitar cualquier exceso o actuación arbitraria en perjuicio de los ciudadanos. Nuestro ordenamiento jurídico recoge estos principios en el artículo 230 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.⁷

3 Para mayor detalle se sugiere consultar: VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador. En: AAVV (Milagros Maraví Sumar, Compiladora). “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante”. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, 2009, pp. 403 a 438. Así como, MORÓN URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Octava Edición, Primera reimpresión, Lima, Diciembre 2009, pp. 58 y ss.

4 “...la potestad de sancionar o potestad sancionadora constituye una importantísima manifestación del poder jurídico de las Administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines. Se trata de una potestad de signo auténticamente represivo, que se ejercita a partir de una vulneración o perturbación de reglas establecidas (...) puede también pensarse en una cierta finalidad preventiva de la potestad sancionadora, si se tiene en cuenta que el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, implica una amenaza latente para quien, sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones, las infringe involuntariamente o deliberadamente”. BERMEJO VERA, José, Op. Cit., p. 77.

5 VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. Op. Cit., p. 403.

6 “...la potestad sancionadora constituye una potestad accesoria, derivada o deducible de la función genérica de “policía” reconocida a las Administraciones públicas, hasta el punto de que, sin el reconocimiento de la potestad, no le sería fácil a las Administraciones cumplir sus obligaciones constitucionales de servicio de los intereses generales, potencialmente amenazados por las conductas activas u omisivas de determinados ciudadanos”. BERMEJO VERA, José, Op. Cit., p. 80.

7 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. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:
a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; b) El perjuicio económico causado; c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; d) Las circunstancias de la comisión de la infracción; e) El beneficio ilegalmente obtenido; y f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
4. Tipicidad.- Sólo 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 determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:
a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa. b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme. c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.
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 podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

Si bien todos los principios son importantes para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, para la graduación de la sanción, los principios de razonabilidad y proporcionalidad son determinantes, pues tienen una relevancia particular, tal como lo analizaremos más adelante.

Una última consideración sobre este tópico. La potestad sancionadora de la Administración Pública castiga infracciones al orden jurídico general no calificadas como delito por el ordenamiento penal -al que se acude en última ratio-, con la finalidad de prevenir los riesgos sociales y proteger el interés público con mayor celeridad y menor costo para la sociedad y el Estado.⁸

3. La Sanción

El mecanismo mediante el cual la potestad sancionadora de la Administración Pública se expresa o materializa es a través de la imposición de sanciones administrativas (multas pecuniarias, cierre de locales, suspensión de autorización, entre otros). Las sanciones se imponen luego de haberse verificado la comisión de la infracción y en el marco de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la autoridad competente. La titularidad de la acción sancionadora siempre es de la autoridad administrativa, pese a que el procedimiento pueda iniciarse a solicitud de parte, como es en el caso de los procedimientos seguidos por la afectación de los derechos de los consumidores.

La sanción es una decisión de la Administración Pública que afecta la esfera jurídica⁹-en particular, la patrimonial- de las personas naturales o jurídicas que violan el ordenamiento jurídico. Es la consecuencia jurídica establecida ante la verificación de la conducta previamente tipificada como infracción administrativa.

La finalidad de la sanción es disuadir y castigar una conducta ilícita. Mediante la sanción, la

Administración ejerce coerción en los individuos para que se ciñan al cumplimiento de las leyes causando dos efectos. El primero, disuasivo, pues procura evitar que se sigan cometiendo en el futuro conductas como la sancionada por el infractor o por terceros. El segundo, correctivo, pues suspende la comisión de la conducta infractora y devuelve a la sociedad el equilibrio perdido.

En términos económicos, podemos afirmar que lo que busca la sanción es que la actividad ilícita sea menos rentable para el infractor que dar cumplimiento a lo dispuesto por el ordenamiento¹⁰; es decir, que sea más costoso trasgredir las normas que darle efectivo cumplimiento. De ahí que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Becker nos aconseja que "[l]a cantidad óptima de coerción depende, entre otras cosas, del costo de atrapar y condenar a los delincuentes, de la naturaleza del castigo -por ejemplo, que sean multas o prisión- y de las respuestas de los delincuentes a cambios realizados en la coerción..."¹¹

Así, la autoridad administrativa, después de verificar la existencia de la infracción, debe valorar el beneficio ilícito obtenido o estimado por el infractor, estimar la probabilidad de ser atrapado y ponderar el daño causado y los efectos en el mercado de la conducta infractora para determinar qué sanción aplicar. Asimismo, podrá considerar cuánto le cuesta a la Administración detectar la conducta infractora, movilizar el aparato estatal para sancionarlo, entre otros costos que implican velar por el cumplimiento de las normas.

A diferencia de la vía penal, en sede administrativa no está contemplada la privación de la libertad como una forma de sancionar a quienes infringen el marco legal que nos regula. Las sanciones establecidas están enmarcadas desde un llamado de atención (amonestación), imposición de multas pecuniarias, la limitación del ejercicio de alguna actividad, la

8 El fundamento de lo señalado se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 3 de octubre de 1983, en donde se indica que la finalidad de otorgar a la Administración pública la potestad de sancionar a los administrados recae en:

1. No recargar en exceso las actividades de la judicatura (Poder Judicial) con la atención de ilícitos de gravedad menor;
2. Dotar de mayor eficacia al aparato represivo respecto de los ilícitos menores; y,
3. Una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

(Extraído de VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. Op. Cit., pp. 403-404)

9 Para mejor entender, "[l]a sanción constituye una resolución administrativa de gravamen que disminuye o debilita -o incluso elimina- algún espacio de la esfera jurídica de los particulares, bien porque se le priva de un derecho, bien porque se le impone un deber u obligación, siempre como consecuencia de la generación de una responsabilidad derivada de la actitud de los mismos. (...)" BERMEJO VERA, José, Op. Cit., 2005, p. 81.

En palabras de Huergo, la sanción castiga o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone. HUERGO LORA, Alejandro, Las Sanciones Administrativas, Editorial Iustel, primera edición, España, 2007, p. 225.

10 "El punto de vista que aquí se adopta es el análisis usual de la elección que siguen los economistas y asume que una persona comete un agravio si la utilidad esperada excede la utilidad que obtendría empleando su tiempo y recursos en otras actividades. Por lo tanto, algunas personas se convierten en "delincuentes" no porque su motivación básica difiera de las otras personas, sino porque sus beneficios y costos difieren..." BECKER, Gary. Op. Cit., p. 390.

"Que una de las partes cometa o no un acto en realidad —muy aparte de si es o no socialmente deseable que lo haga—, dependerá de su percepción de la posibilidad de sufrir una sanción monetaria o no monetaria. Una de las partes cometerá un acto si, y sólo si, la sanción esperada fuera menor que el beneficio esperado. Si decide no cometer un acto, se dirá que fue disuadido." SHAVELL, Steven, El Derecho Penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión. Artículo incluido en ROEMER, Andrés (compilador), Derecho y Economía: Una revisión de la literatura, Fondo de Cultura Económica, México 2000, p. 439.

11 BECKER, Gary. Op. Cit., p. 384.

incautación de bienes, entre otros, de acuerdo a la ley especial de la materia.¹²

Para los fines del presente artículo, nos interesa referirnos sólo sobre las sanciones que imponen multas, amonestaciones y multas coercitivas.

La amonestación se aplica cuando el daño (o la puesta en riesgo) cometido por la infracción es mínimo o inexistente y hay atenuantes que justifican que la Administración simplemente haga un llamado de atención al administrado infractor. Si bien no se sanciona pecuniariamente al administrado, el hecho de que exista un procedimiento donde se verifique su responsabilidad constituye una afectación a su reputación y podrá ser considerado como un antecedente para un futuro caso.

La multa es una sanción que afecta la esfera jurídico patrimonial del administrado, pues lo obliga a efectuar un pago a favor de la Administración por la transgresión cometida, la cual se establecerá en virtud a los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹³. El Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor¹⁴ considera multas desde 1 Unidad Impositiva Tributaria – UIT¹⁵ hasta 300 UIT¹⁶.

Finalmente, otra clase de gravamen que impone la Administración Pública es la multa coercitiva. Esta clase de multa se impone al administrado renuente a cumplir con un mandato ordenado por la autoridad, como por ejemplo, cuando se le ordena el cumplimiento de una medida correctiva en materia de protección al consumidor.¹⁷ El objeto de esta clase de multa es conseguir que el renuente ceda y acate

12 “En cuanto a la tipología de sanciones administrativas, cabe señalar que éstas pueden consistir en la imposición de la obligación de pagar una cantidad de dinero, o en la suspensión del ejercicio de actividades, o en la revocación de autorizaciones o permisos otorgados, o en la privación, temporal o definitiva, del ejercicio personal de una actividad, o finalmente, en el peor de los supuestos, en la privación de un bien o derecho particulares”. BERMEJO VERA, José, Op. Cit., p. 82.

Sobre el particular, existe una discusión interesante en la doctrina española:

“El concepto de sanción administrativa más extendido es el que dio E. GARCÍA DE ENTERRÍA ya en su pionero artículo de 1976: «un mal infligido por la Administración a un administrado con consecuencia de una conducta ilegal» (...) Sin embargo, este concepto no subraya con la necesaria claridad la diferencia entre las sanciones y otras medidas negativas («males») que también impone la Administración como consecuencia de conductas ilegales, como son las dirigidas a la eliminación de los efectos de las conductas ilegales, ya sea obligando al ciudadano a reponer las cosas al estado anterior de la infracción, exigiéndole la responsabilidad civil o efectuando ella misma las actuaciones necesarias, por ejemplo, mediante la demolición o destrucción de edificios o cosas resultantes de la misma. Debido a esta excesiva amplitud del concepto tradicional, algunos autores matizan que las sanciones tienen una naturaleza «represiva» que las distingue de esas otras medidas de gravamen adoptadas por la Administración en respuesta a conductas ilegales. (...)»

El concepto genérico de sanción (el que se utiliza en España) se sustituye por otro más estricto, el de sanción punitiva, dejando fuera las medidas dirigidas a restablecer la legalidad, eliminar los efectos de la conducta infractora o proteger directamente los intereses públicos, medidas todas ellas caracterizadas con el calificativo de repristinatorias...” HUEGO LORA, Alejandro, Op. Cit., pp. 204 a 208.

13 “La sanción pecuniaria pura típica en nuestro Derecho administrativo, obliga al infractor (...) al pago de una determinada cantidad de dinero que alcanza, en ocasiones, importantes cuantías (...) En todo caso, la legislación establece la compatibilidad de este tipo de multas con la obligación que aumenta obviamente la obligación a cargo del infractor de reponer o restituir las cosas a su estado anterior, junto a la indemnización de los daños irreparables y perjuicios causados o, de no ser posible la fijación concreta de los daños, la compensación económica que proceda...” BERMEJO VERA, José, Op. Cit., p. 82.

“La multa es una sanción de tipo pecuniario que afecta, por tanto, inmediatamente, al patrimonio del trasgresor de una norma administrativa. Su justificación está unánimemente admitida como medio represivo en manos de la Administración. Pero en el bien entendido de que su establecimiento es materia reservada a la ley...” GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 195.

“En las multas el único contenido de la medida es el castigo al infractor, sin que la sanción contribuya de ninguna otra manera a la tutela de intereses públicos, al restablecimiento de la legalidad vulnerada o a la gestión administrativa. En ese sentido, el carácter sancionador de la multa es aún más acentuado que el de las penas propiamente dichas, ya que éstas son compatibles con medidas de restablecimiento de legalidad como el comiso de los instrumentos o efectos del delito, la clausura de locales, etc. (...) En una sanción, lo que sirve para tutelar los intereses públicos es la amenaza de imponerla en caso de que se cometa la conducta ilegal, no el contenido mismo de la sanción [el cual afecta directamente los intereses del infractor]”. HUEGO LORA, Alejandro, Op. Cit., pp. 227-229.

14 **LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-**

“Artículo 41.- Las infracciones a la presente Ley serán calificadas y sancionadas de la siguiente manera:

a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta veinte (20) UIT;

b. Infracciones graves, con una multa de hasta cien (100) UIT;

c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta trescientas (300) UIT.

Excepcionalmente, y atendiendo a la gravedad y naturaleza de la infracción, las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor serán responsables en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

En los casos referidos en el párrafo precedente, además de la sanción que, a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, se podrá imponer una multa de hasta cuatro (4) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Las sanciones serán impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas y complementarias que ordene la Comisión con la finalidad de revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

Para calcularse el monto de las multas a aplicarse de acuerdo a la Ley, se utilizará la UIT vigente a la fecha de pago efectivo.

La multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.”

15 La UIT asciende actualmente a S/. 3 600,00 esto es, unos US\$ 1 200,00 al tipo de cambio de tres nuevos soles por cada dólar americano.

16 S/. 1 080 000,00 es decir, unos 360 mil dólares americanos al tipo de cambio antes mencionado.

17 En efecto, en estos casos, donde la Comisión verifica el incumplimiento por parte del infractor de la medida correctiva dictada, podrá imponer al obligado una multa, conforme a lo establecido en el artículo 44 del Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-

“Artículo 44.- El incumplimiento por parte de los proveedores de lo ordenado en las resoluciones finales emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor constituye una infracción a la presente Ley. En estos casos, la Comisión de Protección al Consumidor es competente para imponer las sanciones y medidas correctivas enunciadas en el presente Título, independientemente de que la parte legitimada opte por la ejecución de lo incumplido en la vía legal correspondiente, conforme a lo dispuesto en el Artículo 43° de la presente Ley.”

la disposición o mandato de la Administración.¹⁸ No pretende castigar una vulneración al ordenamiento, sino que está prevista como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos.¹⁹

4. Las Sanciones y el Derecho de Protección al Consumidor

4.1 Facultad de la Comisión para Imponer Sanciones por Infracciones Contra las Normas de Protección al Consumidor

La Ley de Protección al Consumidor establece que la Comisión de Protección al Consumidor de la Sede Central es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones contenidas en dicho cuerpo legal.²⁰ No obstante, esta facultad podrá ser desconcentrada por el Consejo Directivo del INDECOPI en sus Oficinas Regionales.²¹

Es así que al crearse la Oficina Regional del INDECOPI de Ica se desconcentró en su Comisión las facultades en materia de protección al consumidor para conocer de las presuntas infracciones que surgieran en esa materia dentro de su circunscripción territorial.²²

4.2 Objetivo de las Sanciones Administrativas en Materia de Protección al Consumidor

Teniendo como premisa que la aplicación de sanciones es una expresión de la potestad sancionadora de la autoridad administrativa, podemos afirmar que el objetivo de las sanciones

administrativas en materia de protección al consumidor está dirigido a conseguir dos resultados: castigar a los proveedores que violan las disposiciones de la Ley de protección al Consumidor y desincentivar la comisión de nuevas infracciones.

Las sanciones que imponga la autoridad administrativa deben tener un impacto sobre la conducta de los proveedores. Como ya hemos señalado, la comisión de infracciones no debe resultar más rentable que el cumplimiento de las normas de protección al consumidor.

Si la sanción es menor a la ganancia que la infracción otorga al proveedor, éste seguirá cometiendo infracciones; de ahí que la sanción, para ser auténticamente disuasiva, debe ser mayor a dicha ganancia. Además, la capacidad de la autoridad para atrapar al infractor es determinante en el cálculo que hace el infractor. Si éste sabe que no lo van a atrapar, cometerá la infracción así la ley haya previsto una sanción severa.

De modo que no basta que haya sanción, también debe ser real la capacidad de la autoridad para atrapar al infractor, quizá no todas las veces, lo que sería ideal, pero sí la mayor de las veces. Si el infractor calcula que si de cada mil veces que comete una infracción sólo en una lo atraparían, evidencia una probabilidad de detección bastante baja (0,1%), por lo que tiene incentivos muy fuertes para seguir violando la ley. En su cálculo, cada vez que comete la infracción desvalora la sanción establecida, es decir, la divide entre mil.

18 "... las llamadas "multas coercitivas" permiten a las Administraciones públicas forzar el cumplimiento de obligaciones o deberes de los ciudadanos, una vez cumplidos ciertos trámites, y, desde luego, agotadas otras posibilidades de la Administración para obligar al cumplimiento del deber". BERMEJO VERA, José, Op. Cit, p. 77.

19 "... no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita (...) sino que consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiteradas en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa (...) no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediatamente la oportuna conminación o apercibimiento". Sentencia 239/1988 del 14 de diciembre de 1988 emitida por el Tribunal Constitucional Español. Extraído de GARRIDO FALLA, Fernando, O. Cit., p. 201.

"La coacción administrativa no debe confundirse con la potestad que la Administración tiene de imponer sanciones. Si bien es cierto que puede recurrirse a la vía coactiva para que una sanción se cumpla, también es evidente que ésta constituye un medio de la policía administrativa de tratamiento independiente. La coacción se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello; la sanción es un medio represivo que se pone en marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido". GARRIDO FALLA, Fernando, Op. Cit., p. 184.

20 LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-

"Artículo 39.- La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley. (...)"

21 LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE INDECOPI.-

"Artículo 27.- De la Comisión de Protección al Consumidor.-

Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, de las omisiones de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores. (...)"

"Artículo 34.- Desconcentración de competencias.-

34.1 El Consejo Directivo podrá desconcentrar las competencias de las Comisiones de Eliminación de Barreras Burocráticas, de Defensa de la Libre Competencia, de Fiscalización de la Competencia Desleal, de Protección al Consumidor y de Procedimientos Concursales en las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI que constituya para tal efecto.

34.2 A las Comisiones desconcentradas de las Oficinas Regionales se les aplican las mismas disposiciones legales aplicables a las Comisiones de la sede central. ..."

22 Revisar Directiva 002-2009/COD-INDECOPI del 5 de marzo de 2009. (Ver: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=15&JER=627).

Por ello, para la imposición de sanciones y el logro de su objetivo, es muy importante considerar, entre otros criterios, el beneficio ilícito esperado del infractor, así como la probabilidad de detección de la infracción cometida²³, como veremos en los acápite siguientes.

4.3 Las Sanciones Previstas en la Ley de Protección al Consumidor

En materia de protección al consumidor, como se ha indicado anteriormente, la Comisión puede imponer a los proveedores que infrinjan las normas de protección al consumidor sanciones que van desde una amonestación hasta multas de 300 UIT, de acuerdo a su gravedad.

El tipo de sanción a imponer, así como el monto de las multas, dependerá de la clase de infracción que cometan los proveedores. La Ley de Protección al Consumidor clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, estableciendo un rango dentro del cual deberá establecerse la sanción correspondiente.

Asimismo, conforme lo establece el artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor, es factible sancionar con multas de hasta 4 UIT a las personas naturales que ejercen la dirección, administración o representación de la persona jurídica infractora, si es que han participado con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

4.4 Criterios para Determinar las Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor

Como se ha señalado anteriormente, para obtener el monto de la sanción, ésta debe ser graduada en función de determinados criterios que se encuentran establecidos en la ley, los cuales serán ponderados por la autoridad, según el caso, en aras de mantener la objetividad de la sanción.

El artículo 41-A de la Ley de Protección al Consumidor, de aplicación preferente por ser norma especial, establece diversos criterios de graduación de las sanciones²⁴. Dentro de dichos criterios resaltan

dos: el beneficio ilícito esperado por el infractor por la realización de la infracción y la probabilidad de detección de la infracción cometida.

Los otros criterios también resultan importantes para complementar la graduación de la sanción de las infracciones cometidas, tales como el daño resultante de la infracción, la naturaleza del perjuicio causado por la infracción, la reincidencia en su comisión, etc., los cuales serán valorados, según el caso, como atenuantes o agravantes de la multa inicialmente obtenida (multa base) a partir del beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección.

5.4.1 El Beneficio Ilícito Esperado

El beneficio ilícito es el beneficio real o potencial producto de la infracción administrativa. Es lo que percibe, percibiría o pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción menos lo que percibiría si no la hubiera cometido. Así, por ejemplo, si un proveedor hubiera percibido 100 unidades respetando la ley, pero percibe (o percibiría o cree que va a percibir) 150 unidades al cometer la infracción, el beneficio ilícito es de 50 unidades. También es lo que el proveedor ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar cometiendo la infracción administrativa. El beneficio ilícito, resulta pertinente precisarlo, no es utilidad ni ganancia en sentido contable o financiero, sino que en términos económicos se entiende que el infractor se encuentra en una mejor situación (se ha procurado un beneficio) infringiendo el ordenamiento jurídico.

Empecemos con un ejemplo bastante sencillo. Un consumidor desea comprar un colchón en un local comercial (proveedor) cuyo precio es S/. 900,00 (300 dólares). Paga el precio y el proveedor le dice que en dos días llevará el producto al domicilio del consumidor. Pasan dos días y no llega el colchón. De hecho nunca llega, y el consumidor acude a la Comisión a presentar su denuncia. En este ejemplo, el beneficio ilícito es el valor del colchón. Si el proveedor hubiera actuado lícitamente, es decir, si hubiera cumplido su deber de entregar el colchón conforme a lo ofrecido, este producto hubiera salido de su stock de activos y estaría en manos del consumidor. Al no entregar el colchón, al quedárselo, el beneficio ilícito es el valor del colchón, o sea, los S/. 900,00.

23 "Sin embargo, el beneficio ilícito obtenido por los administrados como resultado de la transgresión de una norma no debe ser el único factor tomado en cuenta al momento de fijar el monto de la sanción, pues la posibilidad real de que ésta cumpla su objetivo de desincentivar la comisión de conductas infractoras está en muchos casos directamente relacionada con la probabilidad de detección de tales conductas, toda vez que los administrados podrían considerar que les conviene infringir una norma si no existiera mayor probabilidad de que su incumplimiento sea descubierto". GÓMEZ APAC, Hugo y VERGARAY BÉJAR, Verónica, Op. cit.,

24 LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-

"Artículo 41A.- La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a. El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- b. La probabilidad de detección de la infracción;
- c. El daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado;
1. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores;
- d. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento;
- e. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso; y,
- f. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión."

páginas 413 y 414.

Como se podrá advertir, para el cálculo efectuado, no interesa saber el margen de ganancia del colchón, como tampoco si el local comercial tiene utilidades o pérdidas. Lo importante es determinar qué ganó o ahorró el proveedor al no cumplir con su deber de diligencia respecto de los consumidores.

Veamos otro ejemplo. Una entidad financiera carga a un consumidor montos por un seguro de desgravamen que nunca contrató, por la suma total de S/. 1 200,00 (400 dólares). Si el proveedor hubiera respetado la ley, habría tomado las medidas necesarias que eviten que se generen situaciones como ésta, absteniéndose de cargar suma alguna en perjuicio del consumidor, quien no brindó su autorización para ello. En este caso, el beneficio ilícito obtenido por la entidad financiera resulta de la siguiente operación matemática: S/. 1 200,00 (beneficio obtenido por los montos cargados al consumidor) – S/. 0,00 (lo que hubiera percibido de cumplir con la ley) = S/. 1 200,00.

Para calcular el beneficio ilícito esperado la autoridad no tiene que calcular la ganancia específica de cada producto, es decir, la diferencia entre el precio y el costo de producción. Tampoco tiene que analizar si el proveedor tiene utilidades, si tiene que pagar remuneraciones o impuestos, etc. Lo único que debe verificarse es cuánto sería el ingreso monetario actuando lícitamente y compararlo con el ingreso obtenido ilícitamente. La diferencia es el beneficio ilícito.

Puede haber beneficio ilícito y pese a ello el proveedor infractor incurrir en pérdidas. Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que un proveedor ha comprado un producto orgánico en 100 unidades, sus costos de almacenamiento y comercialización (costos fijos y variables, incluyendo salarios y otros) son 20 y pretende venderlo en 140. Como es fácil advertir, si todo le sale bien, su ganancia neta serán 20 unidades (para no complicar el ejemplo, olvidémonos de los impuestos). Supongamos ahora que el negocio no va bien y no puede vender el producto al precio deseado. Lo ofrece a 130, a 120, a 110 y nada. Pasa un mes y no logra venderlo. Lo peor es que el producto está empezando a deteriorarse por dentro (para facilitar la comprensión del ejemplo, asumamos que por fuera el producto no revela su verdadero estado interno), lo cual sabe el proveedor pues conoce la fecha en que lo adquirió (información relevante). Ante esa situación, el proveedor decide venderlo en 50 unidades y ocultar su verdadero estado. Si informara a los consumidores que el producto está podrido por dentro, nadie lo compraría. De modo que mentirá y dirá que el producto está fresco, que lo compró recién ayer. A lo días, su suerte parece cambiar, llega un consumidor y, al no percatarse del deterioro interno del producto, lo compra en 50 unidades. ¿Cuánto es el beneficio ilícito?

En nuestro ejemplo, si el proveedor hubiera actuado lícitamente, es decir, si hubiera dicho que el producto

estaba podrido por dentro, ningún consumidor lo hubiera adquirido (salvo los que compran productos podridos), de modo que su ingreso hubiera sido cero. Al actuar ilícitamente, esto es, al engañar al consumidor sobre el estado del producto, su ingreso es 50 unidades. Ésta cantidad es el beneficio ilícito.

El proveedor podrá alegar que a 50 unidades hay que restar las 100 unidades que pagó por el producto y las 20 unidades por concepto de costos de almacenamiento y comercialización, de modo que en verdad está perdiendo dinero (- 70 unidades). En términos contables y hasta financieros, es probable que esté perdiendo dinero, pero lo cierto es que ha obtenido un ingreso actuando ilícitamente, el cual no lo hubiera obtenido si hubiera actuado lícitamente.

El proveedor también podría alegar que la autoridad debería tasar el producto podrido y hacer la diferencia con los 50 obtenidos. Así, podría argumentar que el producto podrido podría ser vendido en 10 unidades (posiblemente para un uso distinto que el previsto para productos en buen estado), por lo que su beneficio sería de 40 unidades, pues el consumidor se habría llevado a su casa un producto de 10 unidades. Este argumento también carece de sustento.

El cálculo a cargo de la autoridad pasa por determinar cuánto hubiera recibido el proveedor si hubiera actuado con arreglo a la Ley de Protección al Consumidor y cuánto ha recibido o pretendido recibir violando los derechos del consumidor. Para este análisis no interesa saber si con el ingreso ilícito el proveedor tiene que pagar deudas, salarios, tributos, etc. El beneficio ilícito esperado no es utilidad, no es ganancia contable.

5.4.2 La Probabilidad de Detección

La probabilidad de detección es la posibilidad, medida en términos porcentuales, de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa.

Una infracción será difícil de detectar si, por ejemplo, de cada 10 de ellas, sólo una sería de conocimiento de la autoridad. En este caso, la probabilidad de detección es de 10% (factor igual a 0,1). Una probabilidad mayor será de 25% (de cada 4 infracciones, una sería detectada por la autoridad). Si de cada dos casos, uno sería detectado, la probabilidad de detección se eleva a 50% (factor igual a 0,5). Infracciones de mediana o fácil detección serán de 75% (3 de cada 4 infracciones serían detectadas) ó 90% (9 de cada 10 infracciones serían detectadas). Finalmente, si todas las infracciones serían detectadas estamos ante una probabilidad de detección de 100% (factor igual a 1).

Las infracciones con alta probabilidad de detección son aquellas en donde la autoridad las va a identificar con facilidad, debido a la labor de fiscalización o a

las denuncias presentadas por los consumidores. Ejemplo de ellas son los incumplimientos de los mandatos de las resoluciones finales emitidas por la Comisión (por ejemplo, el incumplimiento de medidas correctivas y del pago de las liquidaciones de costas y costos ordenadas).

Por su parte, las infracciones con baja probabilidad de detección son aquellas que resultan muy difícil de ser detectadas por la autoridad, sea porque significan el empleo de informes periciales, largas investigaciones, desplazamiento de la autoridad en diligencias de inspección, o porque los consumidores no las detectan con facilidad o porque les resulta más costoso (en términos de tiempo y búsqueda) denunciar al proveedor.

Es importante destacar que para la imposición de sanciones, la autoridad debe ponderar los criterios antes señalados, en el marco de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues la sanción debe cumplir sus objetivos, sin que ello signifique un abuso por parte de la autoridad administrativa. La sanción debe de ser proporcional a la infracción cometida.²⁵

Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Indecopi (en adelante, **la Sala 2**) ha realizado el siguiente razonamiento:

“...para aplicar el principio de razonabilidad debe tenerse en cuenta tanto el beneficio ilícito esperado como la probabilidad de detección de la infracción, siendo que ambos criterios se encuentran recogidos en la normativa de la materia. En efecto, debe tenerse en cuenta que las sanciones administrativas sólo cumplen su propósito de desincentivar la realización de infracciones (y, de este modo, realizan el principio de razonabilidad) si la cuantía o magnitud de ellas supera o iguala al beneficio ilícito esperado por las infracciones. En tal sentido, si la infracción es difícil de detectar, el administrado considerará que pese a que el beneficio esperado no supera a la sanción esperada, le conviene infringir la norma pues no existe mayor riesgo de ser detectado.”²⁶

5. Metodología de la Graduación: Análisis de la Casuística

La ventaja de utilizar una determinada metodología no sólo es generar predictibilidad respecto de la actuación de la autoridad administrativa, sino que la obliga a fundamentar con mayor rigor y detalle el tipo y monto de la sanción a imponer, evitándose decisiones absolutamente discrecionales.²⁷

5.1.1 Encontrando la Multa Base

El establecimiento de sanciones se inicia con la determinación de una multa base que va a ser el referente inicial en dicho proceso, luego de lo cual, utilizando los agravantes y atenuantes correspondientes, se arribará a la sanción final a imponer a los infractores.

Para calcular la multa base existen tres escenarios posibles: el primero (que es el más común), cuando la autoridad administrativa cuenta con información -o puede obtenerla fácilmente- para determinar el beneficio ilícito esperado por el infractor. El segundo, en el que es muy difícil conseguir dicha información a un costo accesible para la autoridad, o simplemente resulta imposible poder determinar un monto, aunque sea aproximado, del beneficio ilícito esperado por el infractor. El tercero se presenta cuando a pesar de acreditarse la comisión de una infracción, se desprende que el infractor no esperaba ni ha obtenido un beneficio ilícito por su conducta.

Primer Escenario: Información Completa

La autoridad identificará el beneficio ilícito esperado u obtenido por el infractor con la información que obra en el expediente. Luego debe determinar la probabilidad de detección de la infracción que ha cometido el proveedor. Conociendo ambos elementos, la autoridad podrá calcular la multa base: beneficio esperado entre la probabilidad de detección. Dicho monto es lo mínimo que se

25 “En mérito a la proporcionalidad se requiere que el medio empleado para la obtención de dichos fines se encuentre acorde con los mismos, tal que, ante varias posibilidades de afectación a los derechos e intereses de los particulares, la Administración pública escoja aquella que sea menos gravosa, siendo necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación; concepción esta última que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales consignado en la Constitución, puesto que permite que la autoridad administrativa realice un análisis en términos de costo beneficio para verificar la referida proporcionalidad.

En tal sentido, la jurisprudencia ha establecido con claridad de manera reiterada la necesidad de cumplir de manera concurrente con las tres dimensiones de la proporcionalidad en materia de imposición de sanciones, las cuales se refieren al juicio o criterio de idoneidad o adecuación, el criterio de necesidad, así como el criterio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto...” GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las reformas al procedimiento administrativo sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029, artículo extraído de Manual de actualización Administrativa, Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, 2010, p. 11.

26 Resolución 1536-2009/SC2-INDECOPI del 9 de setiembre de 2009, recaída en el Expediente N° 013-2008/CPC-INDECOPI-ICA.

27 Sobre el particular, cabe considerar las siguientes reflexiones:

“A nuestro entender es necesario que la actuación administrativa en la imposición de multas sea motivada y justificada en cada caso. La no imposición o bien la cuantía efectiva de la multa en un concreto expediente ha de quedar suficientemente justificada en la decisión de la Comisión.

(...)

En todo caso, entendemos que la cuantía de la multa impuesta en cada resolución, o la no imposición en determinado supuesto ha de estar claramente justificada. Es la motivación expuesta en cada caso la que permitirá legitimar la decisión adoptada o bien convertirla en arbitraria”. CASES PALLARÉS, Luis, Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 195 y 344.

“De lo que hasta ahora llevo dicho se desprende (...) que la cuestión crucial cuando se habla del poder discrecional y de su control radica (...) en la motivación, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, legitimidad del ejercicio que es inexcusable e irrenunciable, como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél.” FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 142.

le podría imponer a un infractor por la conducta desplegada²⁸.

Ello se expresa con el siguiente cálculo:

$$\text{BENEFICIO ILÍCITO ESPERADO} > \text{PROBABILIDAD DE DETECCIÓN} = \text{MULTA BASE}$$

Existen ciertos supuestos por los cuales la autoridad administrativa, en uso de sus facultades discrecionales y en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, podrá mejorar o empeorar la situación del infractor con la aplicación de atenuantes o agravantes.

Segundo Escenario: Cuando Hay Carencia de Información

En los supuestos en los que no calcular el beneficio ilícito esperado u obtenido por el infractor a partir de la información que obra en el expediente, pero la autoridad es consciente de que el infractor obtiene un beneficio por su conducta ilícita, es válido presumir un monto a partir de algún criterio referencial que traduzca un dato objetivo. Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal del Indecopi ha señalado que la autoridad administrativa, luego de haber probado la existencia de la infracción administrativa, puede presumir que el infractor se ha beneficiado ilícitamente al cometer la infracción administrativa, resaltando que al determinar dicho beneficio sobre la base de criterios objetivos, permite que el afectado pueda cuestionarlos de considerarlo conveniente a sus intereses²⁹.

Una vez determinado el beneficio ilícito a partir de un criterio referencial objetivo, se siguen los mismos pasos explicados para el primer escenario.

Tercer Escenario: Cuando no Existe Beneficio Ilícito

Finalmente, existen casos en los cuales, a pesar de verificarse la comisión de una infracción, se constata que los infractores no esperaban ningún beneficio o no obtuvieron ninguno. Ello no significa que dicha conducta no generó un perjuicio a los consumidores, dado que sus efectos podrían ser tan graves y trascendentes como cualquier otra infracción, por lo que igual merece ser sancionada.

Así, carece de sentido estimar la multa base a imponer, por lo que corresponde a la autoridad ponderar los demás criterios establecidos en la Ley de Protección al Consumidor para establecer el valor de la sanción, que en algunos casos ameritará una multa, y en otros una amonestación.

Estos supuestos son muy excepcionales, puesto que la lógica de la comisión de las infracciones a las normas de protección al consumidor consiste en obtener algún beneficio (o en ahorrar costos), infringiendo el nivel de diligencia mínimo con el que deben desenvolverse los proveedores en el mercado.

Sin perjuicio de ello, ante la presencia de estos casos, la autoridad administrativa podrá utilizar los demás criterios establecidos en la Ley de Protección al Consumidor para graduar la sanción a imponer, tales como la probabilidad de detección, los efectos sobre el mercado afectado, el daño a los consumidores, la relevancia de la infracción, etc., determinando la sanción a partir de su aplicación de manera discrecional en el marco del principio de razonabilidad.

Afinamiento de la Multa Base con Agravantes y Atenuantes

Si bien la potestad sancionadora de la Administración se desarrolla en el marco de parámetros objetivos, en determinados estadios de dicho proceso se requiere del ejercicio de facultades discrecionales con estricta sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La Ley de Protección al Consumidor ha establecido diversos criterios que se utilizan para agravar o atenuar la multa base. Estos otros criterios, establecidos en su artículo 41-A -la naturaleza del bien jurídico lesionado, los efectos sobre el mercado, la conducta del infractor y la reincidencia o incumplimiento reiterado- deben ser utilizados como factores agravantes o atenuantes que permitirán efectuar una mejor precisión de la multa en función del análisis integral de la conducta ilícita y de sus efectos, sea incrementándola (ajustándola hacia arriba) o disminuyéndola (ajustándola hacia abajo).

Es preciso destacar que la lista de criterios establecida en la referida ley no es taxativa, puesto que, atendiendo al carácter discrecional de la imposición de sanciones, permite que la autoridad administrativa pueda utilizar otros criterios para determinar tanto las sanciones como sus agravantes.

²⁸ Salvo que existan circunstancias atenuantes.

²⁹ En la Resolución 1536-2009/SC2-INDECOPI del 9 de setiembre de 2009, recaída en el Expediente N° 013-2008/CPC-INDECOPI-HCA, se afirma lo siguiente:

"Sobre esto último, esta Sala debe precisar que en la graduación de la sanción la Comisión sobre la base de lo actuado y de la infracción detectada puede presumir probables conductas del infractor, por ejemplo, el haberse beneficiado ilícitamente de la infracción. Lo anterior de ningún modo viola el principio de presunción de licitud, pues éste rige en un primer momento del procedimiento sancionador, esto es, cuando se determina si el administrado incurrió o no en una conducta sancionable, siendo que en la graduación de la sanción nos encontramos en un segundo momento, posterior a la detección de la infracción.

A mayor abundamiento, esta potestad de la autoridad administrativa se condice con el debido procedimiento administrativo y el derecho de defensa del infractor, pues en vez de sancionarlo en virtud de criterios meramente subjetivos, se está sustentando su sanción con criterios objetivos, esto es, elementos que pueden ser cuestionados (...)."

y atenuantes, dependiendo de las características de cada caso que se le presente.

5.1.2 ¿Cuándo Debe Imponerse una Amonestación en Vez de una Multa?

La imposición de una amonestación resulta pertinente cuando el beneficio ilícito esperado y el daño ocasionado por la infracción son ínfimos (por ejemplo, un dólar) y el infractor no es reincidente o hay atenuantes que deben ser considerados (por ejemplo, la corrección de la conducta infractora antes de la notificación de la imputación de cargos³⁰). En estos casos, lo mejor es sólo amonestar.

Si fuera el caso que el beneficio ilícito es pequeño, pero hay daño (o puesta en riesgo) de un bien jurídico valiosísimo como la vida o salud de las personas, debe aplicarse una multa, para así desincentivar con actitud enérgica este tipo de conductas.

Asimismo, si la autoridad se percató de que, no obstante el pequeño monto por beneficio o el impacto insignificante en el mercado, no es la primera vez que el proveedor comete la infracción, podrá imponerle una multa, debido a que es necesario desincentivar que vuelva a cometer la infracción, no resultando suficiente una amonestación.

A partir de lo señalado, podemos resumir que la autoridad podrá sancionar a los administrados con una amonestación cuando verifique las siguientes situaciones:

- Beneficio ilícito es mínimo + daño al consumidor mínimo + primera vez que se comete la infracción
- Beneficio ilícito mínimo + daño al consumidor mínimo + corrección de conducta (antes de iniciarse el procedimiento sancionador)
- Beneficio ilícito mínimo + daño al consumidor mínimo + voluntad de conciliar
- Beneficio ilícito mínimo + daño al consumidor mínimo + primera aplicación de la ley (periodo educacional)

Un criterio adicional que se debe contemplar para considerar sancionar con una amonestación

consiste en los costos que implica ejecutar una multa impuesta por la autoridad administrativa. Como toda actividad del Estado, la ejecución de las multas implica incurrir en una serie de costos administrativos y de personal, los que en muchos de los casos pueden superar los beneficios obtenidos por el cobro de las multas impuestas, cuando éstas tienen un monto reducido.

Por ejemplo, si se determinase que el costo administrativo de cobrar una multa, cualquiera sea su monto, es de 0,25 UIT (S/. 900,00³¹), resultaría ineficiente, en términos de costo-beneficio social, que el Estado proceda a ejecutar una multa de 0,001 UIT (S/. 3,6³²), puesto que realizaría una inversión mayor para cobrarla que el beneficio que obtendría con su cobro (la corrección de la conducta).

Precisamente por tal razón, el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, señala que considerando como base el costo del procedimiento para la entidad y por economía procesal, no se iniciarán procedimientos referidos al cobro de multas respecto de aquellas deudas que, por su monto, resulten onerosas³³.

En tal sentido, resulta conveniente imponer una amonestación, en lugar de una multa, cuando el costo social de cobrarla sea superior al beneficio que ella aporta.

5.5.3. Aplicación de la Metodología

A continuación reseñaremos brevemente algunos casos con la finalidad de facilitar la comprensión de la metodología descrita.

Ejemplo de Infracción al Deber de Idoneidad

Beneficio Ilícito (A)

Conforme al Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo 024-2002-MTC (en adelante, el Reglamento SOAT), de presentarse un accidente de tránsito en el que fallece un peatón y el vehículo que causó el accidente cuenta con un Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito – SOAT,

30 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.-

"Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

1.- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

(...)"

31 Unos 600 dólares americanos.

32 Un poco más de un dólar americano.

33 TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA.-

"Artículo 11.- Cobranzas onerosas.

Teniendo como base el costo del Procedimiento que establezca la Entidad y por economía procesal, no se iniciará Procedimientos respecto de aquellas deudas que, por su monto, resulten onerosas, quedando expedito el derecho de la Entidad a iniciar el Procedimiento por acumulación de dichas deudas, cuando así lo estime pertinente".

los beneficiarios de la víctima (**los BENEFICIARIOS**) tienen derecho a que la compañía de seguros (**la ASEGURADORA**) que emitió la póliza correspondiente les pague S/. 18 000,00 (5 UIT) por indemnización por muerte y hasta S/. 3 600,00 por gastos de sepelio.

Asumamos que se verifica un accidente como el antes descrito y la ASEGURADORA se niega a pagar los referidos beneficios, alegando que los BENEFICIARIOS no han acreditado ser los herederos³⁴.

Ahora consideremos que durante el procedimiento se verifica que, a pesar de que los BENEFICIARIOS presentaron los documentos requeridos por ley para acreditar su condición de herederos³⁵, la ASEGURADORA no cumplió con efectuar el pago de los beneficios correspondientes. Frente a este escenario, los herederos tienen un incentivo fuerte para presentar su denuncia ante la Comisión, pues ello les permitirá obtener, a través del dictado de una medida correctiva, el pago de S/. 21 600,00³⁶, suma significativa si consideramos los ingresos reales de la mayoría de los peruanos.

De verificarse ello, el beneficio ilícito sería lo que la ASEGURADORA pretendió ganar o ahorrar como consecuencia de cometer la infracción detectada (desconocer el derecho de los BENEFICIARIOS), es decir, lo que se ahorró al no efectuar el pago de la cobertura. En el ejemplo, el beneficio ilícito asciende a S/. 21 600,00, equivalente a 6,6 UIT³⁷.

Probabilidad de Detección (B)

En el ejemplo, la probabilidad de detección de la infracción es relativamente alta. Por un lado, los beneficiarios tienen un fuerte incentivo para comunicar el hecho que los afecta ante la Comisión, pues ello les permitirá obtener el pago de los beneficios. Pero por el otro, debe considerarse que habrá consumidores que desconocen sus derechos o que desconocen que a través del Indecopi pueden obtener la tutela administrativa de sus intereses,

o habrá quienes no presenten denuncias debido a que no desean asumir los costos de transacción que implica interponer una denuncia de dicha naturaleza, considerando el tiempo y los recursos que deben invertirse. Ponderando estos factores, podemos asumir que de cada diez casos como el del ejemplo, nueve serían conocidos por la autoridad de protección al consumidor, lo que equivale a una probabilidad de 90% (factor equivalente a 0,9)³⁸.

Multa Base (MB)

La multa base es:

A	>	B	=	MB
S/. 21 600,00		0,9		S/. 24 000,00=6,6 UIT

La Aplicación de Agravantes

Habiéndose arribado a la MB, la autoridad puede afinar su valor empleando los demás factores para la graduación de la sanción establecidos en la norma, los que podrán elevar o disminuir la MB de acuerdo a los daños ocasionados o a la conducta del infractor.

Así, la autoridad podría considerar que la MB debe ser incrementada en un 25% en razón a factores agravantes tales como el efecto generado en el mercado: inseguridad jurídica y desconfianza por parte de los consumidores, y la afectación a los intereses patrimoniales de los consumidores, dando como resultado 8,25 UIT.

En ese sentido, por infringir el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, en nuestro ejemplo correspondería sancionar a la ASEGURADORA con una multa de 8,25 UIT.

La ventaja de utilizar la metodología descrita es que el denunciado, en su condición de administrado

34 Para este ejemplo nos estamos basando, de manera referencial, en la información contenida en las Resoluciones N° 0166-2009/INDECOPI-ICA y 167-2009/INDECOPI-ICA del 19 de setiembre de 2009, recaídas en los Expedientes N° 035-2009/CPC-INDECOPI-ICA y 037-2009/CPC-INDECOPI-ICA.

35 REGLAMENTO NACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS OBLIGATORIOS POR ACCIDENTES DE TRÁNSITO.-

"Artículo 33.- Las indemnizaciones previstas en el presente Reglamento se pagarán al beneficiario, dentro del plazo máximo de diez (10) días siguientes a la presentación de los antecedentes que a continuación se indican:

a) Formato Registro de Accidentes de Tránsito en el que conste la ocurrencia del accidente de tránsito otorgado por la dependencia de la Policía Nacional del Perú de la jurisdicción en la que ocurrió el accidente.
b) En caso de muerte, certificado de defunción de la víctima, Documento Nacional de Identidad del familiar que invoca la condición de beneficiario del seguro y, de ser el caso, certificado de matrimonio, certificado de nacimiento o declaratoria de herederos u otros documentos que acrediten legalmente la calidad de beneficiario del seguro.
c) En caso de invalidez permanente o incapacidad temporal, certificado médico expedido por el médico tratante; en caso de discrepancia, dictamen o resolución administrativa firme del Instituto Nacional de Rehabilitación o laudo arbitral que decida o resuelva en definitiva sobre la naturaleza y/o grado de la invalidez y/o incapacidad expedido por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud u otro centro de solución de controversias especializado en salud autorizado oficialmente, al que se sometan las partes en conflicto.
d) Comprobantes de pago con valor tributario y contable que acredite el valor o precio de los gastos médicos en que se haya incurrido para el tratamiento de la víctima como consecuencia de las lesiones sufridas y, de ser el caso, de los gastos de sepelio."

36 Equivalentes a unos 7 200 dólares americanos.

37 La operación aritmética es la siguiente: S/. 21 600,00 / S/. 3 600,00 = 6,6 UIT. Es preciso indicar que el resultado de la operación antes indicada es 6,66 (número periódico); sin embargo, en aras de no afectar aún más la esfera patrimonial del administrado a quien se le impone la sanción, se redondea a favor de él, dando como resultado 6,6 UIT.

38 Es preciso indicar que cuanto más baja la probabilidad de detección, la autoridad deberá desplegar mayores esfuerzos para detectar la misma, lo que incrementará el valor de la multa base, pues a menor posibilidad de detección mayor es su beneficio o ganancia, de ser el caso no se detecte oportunamente.

afligido por una sanción administrativa, sabe cómo la autoridad arribó a la cuantía de la multa. Dicho administrado puede discrepar, y tiene todo el derecho de hacerlo, de la forma cómo la autoridad ha graduado la sanción, pero al menos sabe cómo la autoridad lo ha hecho.

La ASEGURADORA podría alegar, en su apelación ante la segunda instancia, o en el proceso contencioso administrativo, que el beneficio ilícito es menor, que la probabilidad de detección es mayor, que no debería introducirse un agravante, etc. Definitivamente, estará en un escenario peor si la autoridad simplemente le impone 8, 10 ó 13 UIT, pero no le dice cómo arribó a dicha cuantía.

Si bien el ejercicio de graduar una multa, sobre la base de los criterios previstos en la ley, supone desarrollar cierto nivel de discrecionalidad, ésta se acota prudentemente con una metodología que explica, paso a paso, los criterios utilizados y, sobretodo, si se señala de manera expresa el peso que la autoridad asigna a cada criterio.

Ejemplo de Infacción al Deber de Información

La Ley de Protección al Consumidor establece que *los proveedores se encuentran en la obligación de brindar a los consumidores información clara, precisa, veraz y oportuna respecto de los productos y servicios que se ofertan en el mercado, ya sea antes, durante o después de la transacción*³⁹.

Supongamos que un consumidor (el CONSUMIDOR) solicita a una entidad bancaria (el BANCO) la apertura de una cuenta de ahorros en soles. Después de varios meses de depositar su dinero en la cuenta de ahorros, el CONSUMIDOR advierte que se le viene descontando una comisión que, a su entender, no se encontraba contemplada dentro de las condiciones ofrecidas al momento de contratar ni en el contrato. En tal sentido, remite una comunicación al BANCO solicitando que se le informe a qué concepto corresponde dicha comisión y en qué parte del contrato se encuentra contemplada.

La primera y segunda instancia de Indecopi han interpretado que el plazo para que las entidades bancarias atiendan las solicitudes de sus clientes es de 30 días calendario contado desde la fecha de presentación de la solicitud, de acuerdo con lo señalado en la Circular

G-110-2003 emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones el 21 de febrero de 2003.

Asumamos que, habiendo transcurrido el plazo de 30 días, el BANCO no cumple con brindar respuesta a la solicitud del CONSUMIDOR, razón por la cual éste interpone denuncia ante la Comisión, solicitando a ésta que ordene al BANCO que cumpla con brindarle la información solicitada⁴⁰.

Beneficio Ilícito (A)

En nuestro ejemplo, asumamos que el BANCO no logró acreditar que cumplió con brindar respuesta oportuna a la solicitud del denunciante.

Como hemos indicado anteriormente, para determinar el beneficio ilícito debemos de determinar el ahorro o ganancia del proveedor con la comisión de la infracción. En este caso, debemos determinar la ganancia del BANCO al no cumplir con atender oportunamente la solicitud del CONSUMIDOR.

Realizar dicho análisis resulta un poco más complicado que el caso anterior, toda vez que no contamos con un monto inmediatamente determinado, sino que la autoridad deberá analizar los costos de la actividad y, en función de su facultad discrecional, utilizar un parámetro referencial objetivo para determinar cuál es el presunto ahorro o ganancia del denunciado con la comisión de la infracción.

Es válido considerar, como parámetro para determinar la ganancia del BANCO, el sueldo mensual de personal capacitado para atender oportunamente las solicitudes de sus clientes, así como los costos logísticos que ello implica.

Nótese en este caso que no es necesario saber con exactitud si el BANCO cuenta o no con una persona que realiza tales menesteres. Lo relevante es que se ha detectado que no cumplió con absolver los requerimientos de información del consumidor. Por tanto, es factible que la autoridad administrativa presuma un ahorro o, lo que es lo mismo, presuma un beneficio ilícito. La Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal del INDECOPI ha validado esta tesis en la Resolución N° 1536-2009/SC2-INDECOPI⁴¹.

39 LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-

"Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b.- Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

(...)

Artículo 15.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes. Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medida, precios, forma de empleo; características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos".

40 Para analizar este supuesto nos estamos basando de manera referencial en los actuados bajo los Expedientes N° 013 y 014-2008/CPC-INDECOPI-HCA, siendo resueltos mediante las Resoluciones 021 y 024-2008/INDECOPI-HCA del 17 de diciembre de 2008, las cuales fueron confirmadas por la segunda instancia mediante Resoluciones N° 1535 y 1536-2009/SC2-INDECOPI del 9 de setiembre de 2009.

41 Ver nota 37.

De acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el salario nominal mensual promedio de un empleado en establecimientos financieros correspondiente al año 2007 es de S/. 2 819,10 mensuales⁴². Ello, sumado a los costos logísticos incurridos por el BANCO para atender las solicitudes de sus clientes (papel, impresiones, logística, notificación de respuesta, etc.), da un total de S/. 3 600,00, equivalente a 1 UIT.

Probabilidad de Detección (B)

Siendo que el mercado de servicios bancarios y financieros es uno bastante complejo, en tanto la información sobre las transacciones que en él se realizan es escasa y el proceso productivo en muchos casos es desconocido por los consumidores, las infracciones que se comenten en este ámbito suelen ser de difícil detección por parte de la autoridad.

En efecto, en unos casos, el CONSUMIDOR no va a detectar las posibles irregularidades por su desconocimiento del funcionamiento del sistema. En otros, el CONSUMIDOR puede que no acuda a la Administración debido a que los costos de transacción podrían resultar mayores a la materia reclamada, o porque desconoce que su pretensión puede ser atendida por la Comisión.

Por ello, la Comisión podría considerar una probabilidad de detección baja, calculándola, por ejemplo, en 25% (Factor igual a 0,25), es decir, que de cada cuatro infracciones iguales a las detectadas en el procedimiento, una sería puesta en conocimiento de la autoridad de protección al consumidor.

Multa base (MB)

A	>	B	=	MB
S/. 3 600,00		0,25		S/. 14 400,00 = 4 UIT

6. Conclusiones

• Sobre la base del principio de razonabilidad, las sanciones tienen que ser superiores al beneficio ilícito esperado por el infractor, y este beneficio esperado del infractor toma en consideración la probabilidad de ser atrapado, que es la posibilidad, medida en términos porcentuales, de que la comisión de una infracción sea detectada por la

autoridad administrativa. De ahí que un multa tendrá un auténtico efecto disuasivo sólo si es superior al beneficio ilícito esperado dividido entre la probabilidad de detección.

• Así, a la luz de los dos factores antes mencionados, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección, se calcula la multa base, la mínima para que sea disuasiva frente a la conducta infractora. A partir de ahí, y sobre la base del principio de proporcionalidad, se procede a la aplicación de los factores atenuantes y agravantes (el daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado; la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores; la conducta del infractor a lo largo del procedimiento; la reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso; entre otros), los que definirán con mejor precisión la multa a aplicar.

• Si bien varias denuncias pueden estar referidas a la falta de idoneidad de un producto o servicio, no por eso deben ser sancionadas con la misma intensidad en todos los casos. Como se ha podido apreciar, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección no siempre son iguales, lo mismo que los factores agravantes o atenuantes, de ser el caso.

• La utilización de parámetros objetivos permite también que los administrados afectados puedan conocer cómo la autoridad administrativa arribó a la sanción que se le ha impuesto, permitiéndole cuestionarla ante la segunda instancia administrativa o ante el Poder Judicial. Si bien podrá estar en desacuerdo con la cuantía de una multa impuesta en su contra, al menos podrá apreciar que tal monto no fue determinado arbitrariamente, pudiendo alegar los argumentos que considere pertinentes para su reducción o eliminación.

• En materia de protección al consumidor, la graduación de la multa importa combinar facultades regladas con discrecionales. Es discrecional determinar el peso que tiene cada criterio, pero esta determinación no puede ser arbitraria, tiene que ser razonable y proporcional.

• La metodología descrita en el presente artículo no elimina el ejercicio de facultades discrecionales, pero busca acotarlas en gran medida sobre la base de datos objetivos o verificables, o a través de presunciones razonables y proporcionales. Es así como se cumple el principio de la motivación de los actos administrativos ■

42 Equivalente a unos 939,70 dólares americanos.