

RESOLUCIÓN FINAL N° 374-2017/CC2

PROCEDENCIA : **ÓRGANO RESOLUTIVO DE PROCEDIMIENTOS SUMARÍSIMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 3**

DENUNCIANTE : **MÓNICA MILAGROS ESPINOZA MARINO (LA SEÑORA ESPINOZA)**

DENUNCIADA : **ATOS E.I.R.L. (DISCOTECA KIMBARA) GRUPO EPENSA S.A.C. (DIARIO OJO)**

MATERIA : **PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEBER DE IDONEIDAD**

ACTIVIDAD : **RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS EDICIÓN DE PERIÓDICOS, REVISTAS Y OTRAS PUBLICACIONES PERIÓDICAS.**

Lima, 03 de marzo de 2017.

ANTECEDENTES

1. El 1 de marzo de 2016, la señora Espinoza denunció a la Discoteca Kimbara¹, ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 3 (en adelante, el OPS), por presunta infracción a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor² (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:
 - (i) El 31 de diciembre de 2015, visualizó en el Diario Ojo la publicidad de la Discoteca Kimbara a través de la cual se daba a conocer el evento denominado “Rumbón de Año Nuevo”, habiéndose colocado como precio de la entrada general el importe de S/ 30,00;
 - (ii) sin embargo, al apersonarse a las instalaciones del local de la denunciada en la fecha mencionada, se le cobró la suma de S/ 60,00 por cada entrada general.

¹ R.U.C. N° 20600046927.

² **LEY N 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, publicado el 2 de septiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano.** Dicho código será aplicable a los supuestos de infracción que se configuren a partir del 2 de octubre de 2010, fecha en la cual entró en vigencia el mismo. Los demás casos, se seguirán tramitando de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 006-2009/PCM, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor (vigente entre el 31 de enero de 2009 y el 1 de octubre de 2010), en el Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI (vigente hasta el 26 de junio de 2008) y Decreto Legislativo N° 1045 (vigente entre el 27 de junio de 2008 y el 30 de enero de 2009).

2. Con Resolución N° 1 del 2 de agosto de 2016, el OPS admitió a trámite la denuncia de la señora Espinoza, en los siguientes términos:

“PRIMERO: *Incluir de oficio en el presente procedimiento administrativo a Grupo Epena S.A.C. de acuerdo a los términos expuestos en el apartado II de la presente Resolución.*

(...)

SEGUNDO: *Iniciar el procedimiento administrativo sancionador a Atos E.I.R.L., por presunta infracción a lo establecido en el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del consumidor, en tanto no habría aplicado la promoción publicitada en el diario ojo, toda vez que el 31 de diciembre de 2015, cobró S/. 60,00 por cada entrada general a la señora Mónica Milagros Espinoza Marino, debiendo haber cobrado S/. 30,00 por cada una, según la publicidad realizada.*

(...)

TERCERO: *Iniciar el procedimiento administrativo sancionador a Grupo Epena S.A.C., por presunta infracción a lo establecido en el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del consumidor, en tanto habría publicitado una promoción respecto al precio de la entrada al evento “Rumbón de Año Nuevo” que no se aplicó, toda vez que no se le cobró a la señora Mónica Milagros Espinoza Marino S/. 30,00 por cada entrada general sino S/. 60,00.*

(...)

OCTAVO: *Requerir a la señora Mónica Milagros Espinoza Marino que dentro del plazo no prorrogable de siete (7) días hábiles contado del día siguiente de la notificación del presente, cumpla con lo siguiente:*

- (i) *Presentar la publicidad efectuada en el diario Ojo, donde se pueda verificar la fecha de emisión de dicho periódico.” (sic.)*

3. A través de un escrito de fecha 11 de agosto de 2016, la denunciante absolvió el requerimiento efectuado en la Resolución N° 1.
4. Mediante escrito del 17 de agosto de 2016, Diario Ojo presentó sus descargos indicando lo siguiente:
- (i) La sección “Ojo Show” del diario Ojo es una guía de actividades en la cual se publica información recopilada de los diferentes Jefes de Prensa, encargados de Relaciones Públicas, Jefes de Comunicación de las empresas de espectáculos; y,
- (ii) el 21 de diciembre de 2015 a las 11:31 horas, la señorita Rosa Candiotti (en adelante, la señorita Candiotti), en representación de la Discoteca Kimbara, envió a su representada y a diversos medios de comunicación la nota de prensa sobre el evento de fin de año materia de denuncia, en la cual se especificaban las bandas y cantantes invitados, la dirección del local, los precios y lugares de venta de las entradas.
5. Con fecha 17 de agosto de 2016, la Discoteca Kimbara presentó sus

descargos señalando lo siguiente:

- (i) Su representada no contrató, ni efectuó alguna promoción con el Diario Ojo para el evento del 31 de diciembre de 2015, en tanto, fue promocionado por Teleticket, cobrándose la suma de S/ 60,00 por la entrada general; por lo que, no puede asumir responsabilidad por el contenido de dicha información;
 - (ii) la única información válida es la publicitada en Teleticket y en la boletería de su local, la cual permitió que la denunciante tome una decisión y eligiera la entrada preferencial para participar del evento, sin haber realizado un reclamo durante y después del mismo sobre el monto pagado; y,
 - (iii) resulta de aplicación el principio de primacía de la realidad, puesto que, en el evento existían tres tipos de entradas: (a) General S/ 30,00; (b) Preferencial S/ 60,00; y, (c) Vip S/ 80,00, montos que fueron de conocimiento del público en la publicidad de Teleticket y en su boletería;
6. Mediante Resolución Final N° 793-2016/PS del 21 de setiembre de 2016, el OPS resolvió lo siguiente:
- (i) Archivó el procedimiento iniciado contra el Diario Ojo por presunta infracción al artículo 19° del Código, en el extremo referido a que habría publicitado una promoción que no se aplicó respecto al precio de entrada al evento “Rumbón de Año Nuevo”, toda vez que no se le cobró a la señora Espinoza S/ 30,00 por cada entrada general sino S/ 60,00, en la medida que se evidenció el hecho determinante de un tercero;
 - (ii) sancionó a la Discoteca Kimbara por una infracción al artículo 19° del Código, al haberse acreditado que vendió dos entradas a la señora Espinoza para el evento denominado “Rumbón de Año Nuevo” a un precio superior al informado a diferentes medios de comunicación, entre los que se encontraba Diario Ojo;
 - (iii) ordenar a la Discoteca Kimbara como medida correctiva que cumpla con devolver a la señora Espinoza la diferencia entregada en exceso en la compra de las entradas al evento, en el plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la citada Resolución;
 - (iv) condenó a la Discoteca Kimbara al pago de costas y costos del procedimiento; y,
 - (v) dispuso la inscripción de la Discoteca Kimbara en el Registro de Infracciones y Sanciones de Indecopi.
7. Con escrito de fecha 23 de setiembre de 2016, la Discoteca Kimbara reiteró lo indicado en su escrito de descargos sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad; y, agregó lo siguiente:

- (i) En la copia literal de la Partida Electrónica de su representada, así como en la Planilla Electrónica, se verifica que la señora Candiotti no tiene la calidad de socia, apoderada, representante legal, trabajadora o dependiente;
 - (ii) conforme a los artículos 76°, 79° y 145° del Código Civil, concordados con los artículos 12° y 13° de la Ley General de Sociedades, no asume responsabilidad por información que no provenga y se encuentre suscrita y/o autorizada por quien ejerce la representación de la sociedad; y,
 - (iii) la información sobre la promoción y los precios del evento son los que se pusieron en conocimiento del público a través de Teleticket y la boletería de su local; motivo por el cual, sí fue aplicada, puesto que, se cobró la suma de S/ 60,00 por cada entrada preferencial.
8. El 12 de octubre de 2016, la Discoteca Kimbara presentó su recurso de apelación señalando lo siguiente:
- (i) La Resolución del OPS es nula debido a que vulnera el principio del debido procedimiento e inaplica los artículos 161° y 163° de la Ley General del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), en tanto, no consideró el escrito que presentó el 23 de setiembre de 2016 al haber señalado en el mencionado acto administrativo que su representada no cuestionó el correo electrónico presentado por el Diario Ojo;
 - (ii) no se ha tomado en cuenta el petitorio del escrito del 17 de agosto de 2016, en la medida que, en el numeral 19 de la Resolución de primera instancia, se indicó que el Diario Ojo no publicó ninguna promoción o publicidad del evento; por lo que, se ha vulnerado su derecho de defensa;
 - (iii) existe contradicción entre lo resuelto en dicho numeral y el punto II.2.3 de la Resolución Final del OPS, toda vez que se aceptó como premisa que el Diario Ojo no publicó ninguna promoción o publicidad de su representada, acreditándose que las entradas fueron promocionadas en Teleticket y en la boletería del local; por lo que, no se ha motivado ni valorado de manera adecuada los medios probatorios obrantes en el expediente, de acuerdo a lo indicado en la LPAG y en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC; y,
 - (iv) se deben aplicar los criterios de gradualidad previstos en la Resolución de Superintendencia N° 063-2007/SUNAT, así como el principio de Razonabilidad establecido en el artículo 230° de la LPAG.

ANÁLISIS

Cuestiones Previas

(i) *Sobre la solicitud de nulidad planteada por la denunciada*

9. En el ámbito administrativo, el artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) contempla entre las causales de nulidad del acto, el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez³, uno de los cuales es que se respete el procedimiento regular, esto es referido al debido procedimiento que garantiza el derecho de las partes a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho⁴.
10. El artículo 3º de la LPAG⁵ establece como requisito de validez de los actos administrativos, que el mismo sea debidamente motivado en proporción al

³ **LEY 27444- LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificada por el Decreto Legislativo N° 1072.**

Artículo 10º.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes

2. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias

3. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificada por el Decreto Legislativo N° 1072.**

Título Preliminar.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. **Principio del debido procedimiento.**- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

⁵ **LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificada por el Decreto Legislativo N° 1072.**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

contenido y conforme al ordenamiento jurídico. En atención a dicho requisito, el artículo 6° de la LPAG⁶ establece que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

11. Asimismo, cabe precisar que el Principio de Congruencia Procesal⁷ se sustenta en el deber de la administración de emitir pronunciamiento respecto de todos los planteamientos formulados por los administrados, sea para acogerlos o desestimarlos, de modo tal que mediante la resolución que decida sobre dicha pretensión la administración emita íntegramente opinión sobre la petición concreta de los administrados⁸. Este principio se condice con lo

⁶ **LEY 27444- LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272**

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

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. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única

⁷ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificada por el Decreto Legislativo N° 1072.**

Artículo 187°.- Contenido de la resolución.

(...)

187.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

⁸ **MORÓN URBINA, Juan Carlos.** Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General.

Lima:

Gaceta Jurídica, 2006. P. 392.

expuesto en el artículo el artículo 5.4° de la LPAG, según el cual el contenido del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados⁹.

a. Sobre el escrito de fecha 23 de setiembre de 2016

12. El artículo 161° de la LPAG señala que los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver, siendo que en los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dictará resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo¹⁰.
13. Asimismo, el artículo 163° del mismo cuerpo normativo indica que cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.
14. En el presente caso, la denunciada indicó que el OPS no consideró el escrito que presentó el 23 de setiembre de 2016.
15. De la revisión del expediente, se advierte que a través de la Resolución N° 2

⁹ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, modificada por el Decreto Legislativo**

N° 1072.

Artículo 5°.-Objeto o contenido del acto administrativo

(...)

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.

¹⁰ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 161.- Alegaciones

161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

(...)

de fecha 7 de setiembre de 2016, el OPS trasladó los escritos presentados por la denunciante el 11 de agosto de 2016 y por Diario Ojo el 17 de agosto de 2016, notificados el 12 de setiembre de 2016 a la Discoteca Kimbara. Asimismo, la Resolución Final N° 793-2016/PS3 fue emitida el 21 de setiembre de 2016.

16. Es decir, la denunciada tuvo seis días hábiles para absolver el escrito presentado por Diario Ojo el 17 de agosto de 2016, en el cual se ponía en su conocimiento el correo electrónico mencionado en su recurso impugnatorio; sin embargo, lo presentó recién el 23 de setiembre de 2016, cuando el órgano de primera instancia ya había resuelto la controversia.
17. Cabe precisar que la Resolución N° 3 de fecha 7 de setiembre de 2016, notificada a la Discoteca Kimbara el 19 de setiembre del 2016, declaró la confidencialidad de la declaración del impuesto a la renta correspondiente al año 2015 del Diario Ojo; motivo por el cual, el plazo para absolver el mencionado escrito no se debía computar desde el 19 de setiembre de 2016.
18. En ese sentido, no correspondía que el OPS se pronunciara sobre el escrito del 23 de setiembre de 2016 de la Discoteca Kimbara debido a que, a la fecha de emisión de la Resolución de primera instancia, la autoridad administrativa no tenía conocimiento del referido documento; por lo que, tampoco se vulneró el debido procedimiento.
19. En ese sentido, la Discoteca Kimbara tuvo la oportunidad de absolver y cuestionar el correo electrónico contenido en el escrito del 17 de agosto de 2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 161° de la LPAG, en la medida que la denunciada contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para ello.
20. En razón a lo expuesto, corresponde desestimar las alegaciones de la denunciada en su recurso de apelación.
 - b. Sobre el escrito del 17 de agosto de 2016 presentado por la Discoteca Kimbara
21. La Discoteca Kimbara alegó en su recurso impugnatorio que de acuerdo a lo desarrollado en el numeral 19 de la Resolución de primera instancia el OPS no tomó en cuenta el petitorio contenido en su escrito del 17 de agosto de 2016, vulnerándose su derecho de defensa.
22. De la revisión del mencionado acto administrativo, se advierte que el órgano de primera instancia señaló en el numeral 19 lo siguiente: (...) *“Diario Ojo no publicó ninguna promoción o publicidad del evento organizado por la empresa Atos para la noche del año nuevo de 2016, siendo que en realidad cumplió con informar la existencia del*

evento como una alternativa para sus lectores" (...)

23. Asimismo, en el escrito mencionado se observa que la denunciada precisó que no había contratado los servicios de publicidad del Diario Ojo, habiendo brindado la información acerca de los precios del evento en Teleticket; por lo que, no podía asumir responsabilidad sobre ello.
24. Además, cabe señalar que el artículo 197° del Código Procesal Civil, de aplicación complementaria al presente procedimiento, dispone que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.
25. En atención a ello, este Colegiado considera que el hecho de que el órgano de primera instancia no haya citado textualmente dentro de su análisis todos las alegaciones o medios de prueba referidos al mismo argumento, no quiere decir que no los haya valorado, por el contrario ha tomado en consideración lo más relevantes para determinar la existencia o no, de una infracción en cada caso.
26. Es decir, el OPS consideró cada una de las alegaciones contenidas en el escrito del 17 de agosto de 2016, en la medida que, desarrolló de manera conjunta porqué consideraba que el Diario Ojo no tenía responsabilidad sobre el hecho denunciado, no siendo prescindible que citara de manera literal todo el contenido de dicho documento.
27. Sin perjuicio de ello, en virtud del recurso de apelación planteado por la denunciada, este Colegiado procederá a evaluar nuevamente los actuados a fin de emitir el pronunciamiento correspondiente, para lo cual se debe precisar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 6.3° de la LPAG, no constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto.
28. En razón a lo expuesto, esta Comisión considera que el OPS no vulneró el derecho de defensa de la Discoteca Kimbara al resolver el hecho materia de denuncia.

c. Sobre la motivación y valoración de los medios probatorios

29. En su apelación, la Discoteca Kimbara señaló que existía contradicción entre lo resuelto en el numeral 19 y el punto II.2.3 de la Resolución Final N° 793-2016/PS3.

30. En el punto II.2.3 del acto administrativo emitido por el OPS se analiza la presunta infracción cometida por la Discoteca Kimbara, mencionándose los medios probatorios tomados en cuenta para ello, así como aquellas alegaciones formuladas por las partes del procedimiento.
31. Si bien, en dicho acápite se ha concluido que dicha empresa tiene responsabilidad respecto del hecho materia de denuncia, el OPS no se contradice con lo indicado en el numeral 19 de la Resolución de primera instancia debido a que a su parecer el Diario Ojo cumplió con emitir una información brindada de manera previa por una dependiente de la Discoteca Kimbara.
32. Aunado a ello, este Colegiado coincide con lo indicado en la resolución del Tribunal Constitucional que ha sido citada por la Discoteca Kimbara, en lo referido al deber de la Autoridad Administrativa de motivar las resoluciones que expide y valorar los hechos del caso concreto.
33. Siendo así, de acuerdo a lo señalado en los numerales 24 al 27 de la presente Resolución el órgano resolutorio de primera instancia emitió un pronunciamiento motivado, analizando cada una de las alegaciones de las partes y valorando los medios probatorios obrantes en el expediente, no habiendo incurrido en errores de hecho y derecho; motivo por el cual, corresponde desestimar el pedido de nulidad formulado por la denunciada.

Materia de pronunciamiento

34. En el presente caso, la Discoteca Kimbara apeló la Resolución Final N° 793-2016/PS3 por la presunta infracción al artículo 19° del Código; por lo que, el archivo de la denuncia sobre la responsabilidad de Diario Ojo en el hecho denunciado no será materia de análisis en la presente resolución.

Sobre la infracción al deber de idoneidad

35. En la medida que todo proveedor ofrece una garantía respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado en función de la información transmitida expresa o tácitamente, para acreditar la infracción administrativa, el consumidor o la autoridad administrativa debe probar la existencia del defecto, y será el proveedor el que tendrá que demostrar que dicho defecto no le es imputable para ser eximido de responsabilidad. La acreditación del defecto origina la presunción de responsabilidad

(culpabilidad) del proveedor, pero esta presunción puede ser desvirtuada por el propio proveedor¹¹.

36. En efecto, una vez que se ha probado el defecto, sea con los medios probatorios presentados por el consumidor o por los aportados de oficio por la Secretaría Técnica, si el proveedor pretende ser eximido de responsabilidad, deberá aportar pruebas que acrediten la fractura del nexo causal.

11

LEY Nº 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 18º.- Idoneidad.- Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para lo cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

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

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.”

A criterio de la Comisión, la norma reseñada establece un supuesto de responsabilidad administrativa, conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado. Ello no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de producto a los consumidores, sino simplemente el deber de entregarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente.

Ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe el defecto de un producto o servicio, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable por la falta de idoneidad y calidad del producto o servicio que pone en circulación en el mercado. Sin embargo, el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad desvirtuando dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes) o probando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o negligencia del propio consumidor afectado.

Lo anterior implica que la responsabilidad administrativa por infracción a las normas de protección al consumidor no consiste, en rigor, en una responsabilidad objetiva (propia de la responsabilidad civil), sino que, conservando la presencia de un factor subjetivo de responsabilidad (culpabilidad), opera a través de un proceso de inversión de la carga de la prueba respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que se transan en el mercado, sin que ello signifique una infracción al principio de licitud.

37. Sobre el particular, obran en el expediente copia de los siguientes medios probatorios:
- (i) **Boleta de Venta N° 001-001067 de fecha 31 de diciembre de 2015 emitida por Discoteca Kimbara¹²**, en el que se aprecia que la denunciada realizó el cobro de la suma de S/ 120,00 por el concepto de “*entrada*”;
 - (ii) **Voucher de fecha 1 de enero de 2016 emitido por Visanet¹³**, en el que consta una transacción por el importe de S/ 120,00 realizada con una Tarjeta de Crédito del Banco Continental;
 - (iii) **Correo Electrónico del mes de diciembre de 2015¹⁴**, en el cual se observa una publicidad del Diario Ojo sobre diversos eventos para recibir el Año Nuevo;
 - (iv) **Correo Electrónico de fecha 21 de diciembre de 2015¹⁵**, a través del cual la señorita Candiotti envió información a diversos medios de comunicación acerca del evento a realizarse el 31 de diciembre de 2015 en la Discoteca Kimbara;
 - (v) **Cinco publicaciones en distintos medios de comunicación¹⁶**, en los que se advierte la información acerca del evento a realizarse el 31 de diciembre de 2015 en la Discoteca Kimbara;
 - (vi) **Reporte Final de Ventas de Teleticket de fecha 7 de enero de 2016¹⁷**, en el que se verifica las ventas de los boletos del evento realizado en la Discoteca Kimbara el 31 de diciembre de 2015; y,
 - (vii) **Planilla mensual de pago de los trabajadores de la Discoteca Kimbara del periodo correspondiente al mes de agosto de 2016¹⁸**, en la que se aprecian los trabajadores de dicha empresa.

¹² Ver a fojas 5 del expediente.

¹³ Ver a fojas 17 del expediente.

¹⁴ Ver a fojas 26 y 27 del expediente.

¹⁵ Ver de fojas 34 a fojas 39 del expediente.

¹⁶ Ver de fojas 40 a fojas 50 del expediente.

¹⁷ Ver a fojas 73, 74 y 75 del expediente.

¹⁸ Ver de fojas 105 a fojas 109 del expediente.

38. Del correo electrónico de fecha 21 de diciembre de 2015 enviado desde la dirección rosita.candiotti@gmail.com, se encuentra acreditado que la señora Candiotti remitió información al Diario Ojo y a diversos medios de comunicación acerca del evento de fin de año que se realizaría en la Discoteca Kimbara el 31 de diciembre de 2015, conforme a lo siguiente:

A DESPEDIR EL 2015 A RITMO DE SALSA EN KÍMBARA VIP

En lo que promete ser una verdadera fiesta de Año Nuevo, Óscar Quezada y Los Titanes de Colombia, Antonio Cartagena, Michael Robles y El Sello y las Hechiceras de la Salsa se presentarán este 31 de diciembre en el escenario del 'Kímbara Vip' en el denominado 'Rumbón de Año Nuevo' para hacer bailar a todos con lo mejor de la salsa de hoy y siempre.

El emblemático Óscar Quezada & Los Titanes de Colombia con más de 34 años de trayectoria musical, nos deleitará a los asistentes con los clásicos 'Sobredosis', 'Eres', 'Compárame', 'Pensándote', 'Mi amante niña, mi compañera', 'Apriétala', 'No me vuelvo a enamorar', entre otros románticos temas.

Antonio Cartagena, uno de nuestros referentes nacionales con más de 30 años de trayectoria musical, nos deleitará con lo mejor de su repertorio con temas como 'Necesito un amor', 'Si tú no estás', 'Pídele perdón', 'Tengo todo excepto a ti', entre otros.

Michael Robles y El Sello rendirá tributo a los clásicos del ayer con temas como 'Almohada', 'Lo que un día fue, no será', 'Lo pasado, pasado', 'He renunciado a ti' al estilo de salsa cubana.

Mientras que Las Hechiceras de la Salsa', la primera orquesta femenina del país, derrocharán talento y sensualidad con canciones como 'Y qué de mí', 'Señor Amante', 'Día de suerte', 'Si estuvieras aquí', 'Ya te olvidé' y demás.

La cita será este jueves 31 de diciembre a partir de las 9 de la noche. La dirección es: Av. Pettit Thours 2481, Lince. Las entradas están a la venta en Teleticket de Wong y Metro y en la boletería del local: S/. 30 General y S/. 60 VIP. Las entradas incluyen cena, cotillón y champagne. Para mayor información llamar al 421-7853.

¡Inicia el 2016 en el Kímbara VIP!

Rosa Candiotti
Jefe de prensa
961624076

39. Asimismo, dicha información se encuentra publicada en la página 16 de la sección "OjoShow" correspondiente al Diario Ojo de fecha 31 de diciembre de 2015, en la cual se señaló lo siguiente:

"A RITMO DE SALSA

Oscar Quezada y Los Titanes de Colombia, Antonio Cartagena, Michael Robles y El Sello y las Hechiceras de La Salsa se presentarán en el escenario del Kimbara Vip, en el denominado "Rumbón de Año Nuevo".

Hora: 9 p.m.

Lugar: Kimbara Vip (Av. Pettit Thours 2481, Lince).

Entradas: Teleticker y en la Boletería del local: S/. 30 General y S/. 60 VIP." (SIC)

40. Por otra parte, de acuerdo a la Boleta de Venta N° 001-001067 de fecha 31 de diciembre de 2015, está demostrado que la señora Espinoza adquirió dos entradas en el local de la denunciada, cada una por la suma de S/ 60,00.

ATOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
Av. Pettit Thours N° 2481 - Lince - Lima - Lima
ENTRADAS

R.U.C. 20600046927
BOLETA DE VENTA
N° 001067

Señor(es): _____ Fecha: 31 / 12 / 15

CANT.	DESCRIPCION	P.UNIT.	TOTAL
2	Entrada		
	Entradas Vip		

RIVERA JESUS ELIO JHONATANN
R.U.C. 10418454330
SERIE 001 DEL 1001AL 2000
Aut.12012664023 FI.10/12/2015

S/. **120**
USUARIO

41. La Discoteca Kimbara alegó que no contrató ninguna publicidad con el Diario Ojo y que la señorita Candiotti no mantenía ningún vínculo con su representada. Además, agregó que se le cobró a la denunciante el precio correspondiente a la entrada preferencial de acuerdo a lo publicitado en Teleticket y en su boletería, en la medida que, existían tres tipos de entradas: (a) General S/ 30,00; (b) Preferencial S/ 60,00; y, (c) Vip S/ 80,00, lo cual se puede verificar en el Reporte de Ventas de la referida empresa.

42. Al respecto, la denunciada presentó su Planilla Mensual de Pagos (PLAME)

correspondiente al mes de agosto de 2016¹⁹, en la cual se aprecia que en dicho periodo contaba con una trabajadora; sin embargo, el mencionado documento no corresponde a la fecha en que la señora Candiotti envió el correo electrónico al Diario Ojo con la información sobre el evento materia de denuncia (21 de diciembre de 2015). En ese sentido, la Discoteca Kimbara se encontraba en mejor posición para acreditar que no tenía ningún vínculo con la señorita Candiotti, por ejemplo, con la presentación de su Planilla Mensual de Pagos (PLAME) del mes de diciembre de 2015.

43. Además, de acuerdo a lo señalado por el Diario Ojo durante la tramitación del procedimiento, la publicación del evento no se efectuó en mérito a un contrato celebrado entre las partes para realizar este tipo de servicio, sino como una alternativa para sus lectores en base a la información brindada por la señora Candiotti.
44. Aunado a ello, obran en el expediente diversos anuncios en los que se verifica la misma información brindada por el Diario Ojo sobre el evento a realizarse en la Discoteca Kimbara, siendo que, la denunciada pudo haber iniciado las acciones correspondientes contra dichos medios de comunicación en caso se hubiera inducido a error a los consumidores sobre el precio del evento, más aún cuando tomó conocimiento sobre la disconformidad de la señora Espinoza desde el 26 de enero de 2016 a través del reclamo presentado en el Servicio de Atención al Ciudadano de Indecopi (en adelante, SAC).
45. Por otra parte, si bien de la revisión del Reporte de Ventas de Teleticket se observa que existían tres precios distintos de acuerdo a la zona que elige el cliente, dicha información no puede ser oponible a la señora Espinoza debido a que ella adquirió sus entradas en la boletería de la Discoteca el mismo día del evento.
46. Sobre el particular, del comprobante de pago que obra en el numeral 40 de la presente Resolución se aprecia que existían dos tipos de entradas ofrecidas en el local de la denunciada: (i) Entrada; y, (b) Entrada Vip, lo cual coincide con la información publicitada en el Diario Ojo respecto a la existencia de dos

¹⁹ De acuerdo a lo publicado por la Sunat en su página web <http://orientacion.sunat.gob.pe/index.php/empresas-menu/planilla-electronica/pdt-plame>, se denomina PLAME a la Planilla Mensual de Pagos, segundo componente de la Planilla Electrónica, que comprende información mensual de los ingresos de los sujetos inscritos en el Registro de Información Laboral (T-REGISTRO), así como de los Prestadores de Servicios que obtengan rentas de 4ta Categoría; los descuentos, los días laborados y no laborados, horas ordinarias y en sobretiempo del trabajador; así como información correspondiente a la base de cálculo y la determinación de los conceptos tributarios y no tributarios cuya recaudación le haya sido encargada a la SUNAT.

zonas distintas (General y Preferencial); motivo por el cual, se concluye que la señora Espinoza adquirió dos entradas generales, en la medida que, no tuvo conocimiento de la existencia de la zona preferencial como alegó el proveedor denunciado.

47. No obstante, la Discoteca Kimbara efectuó el cobro de la suma de S/ 60,00 por cada entrada adquirida por la señora Espinoza, pese a que de acuerdo a la información brindada por la señora Candiotti al Diario Ojo y que fue publicitada al público en general, correspondía que se cobrara el importe de S/ 30,00 por cada una de ellas.
48. En consecuencia, al haber quedado acreditado que la denunciada no aplicó la promoción ofrecida y que fuera publicitada en el Diario Ojo, corresponde confirmar la resolución de primera instancia que declaró responsable a la Discoteca Kimbara por infracción al artículo 19° del Código.

Sobre la graduación de la sanción

49. Sobre el particular, es de indicar que el artículo 112° del Código establece que la autoridad administrativa para graduar la sanción a imponer, y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso en concreto, puede emplear los siguientes criterios: el beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, el daño resultante de la infracción, los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, entre otros.
50. De la revisión de la resolución de primera instancia, se advierte que el OPS efectuó la graduación de la sanción de la multa materia de análisis, basándose en los siguientes criterios:
 - **Daño resultante de la infracción:** El OPS indicó que *“se ha producido un daño particular a la señora Espinoza, toda vez que tuvo que cancelar una suma superior, por la compra de dos (02) entradas para un evento de fin de año 2015, pues Atos no cumplió con el precio informado por su dependiente a los diferentes medios de comunicación que dieron cuenta del mismo”*
 - **Efectos generados en el mercado:** El órgano de primera instancia señaló que *“conductas como la verificada en el presente caso, merman la confianza que tienen los consumidores, al contratar con proveedores que ofrecen este tipo de servicios y/o productos en el mercado. Ello, en la medida que se podría generar una percepción distorsionada de que los proveedores que ofrecen dichos servicios (eventos diversos) podría efectuar cobros superiores a los informados de manera previa a través de sus representantes.”*

- **Probabilidad de detección:** El OPS precisó que *“para detectar la infracción a las normas de protección al consumidor en la que venía incurriendo el denunciado, una consumidora tuvo que verse afectada; siendo que, de no haber acudido ante esta autoridad administrativa a denunciar el hecho, este Órgano Resolutivo no hubiera podido tomar conocimiento de la infracción y poder así cautelar los derechos del interesado, por lo que tiene una probabilidad de detección relativamente alta.”*
- 43. En tal sentido, el OPS fundamentó la graduación de la sanción en los criterios previstos en el artículo 112° del Código, así como el principio de razonabilidad.
- 44. Sin embargo, este Colegiado es de la opinión que, al momento de imponer la respectiva sanción, el OPS omitió considerar que esta debía guardar una proporción adecuada con el servicio materia del presente procedimiento, cuyo precio de cada entrada ascendía a S/ 60,00; por lo que, al no haberse considerado dicho factor se procedió a sancionar a la Discoteca Kimbara con una multa excesiva.
- 45. En esa línea, es necesario indicar que en tanto a lo señalado en el expediente y siendo que la sanción impuesta por el OPS resultó desproporcional respecto al monto de las entradas al evento “Rumbón de Año Nuevo”, este Colegiado considera necesario efectuar la disminución de la misma; no obstante, deberá tenerse en cuenta el tiempo transcurrido sin que la denunciada hubiera iniciado alguna acción tendiente a brindar solución a la denunciante desde la fecha del evento hasta la fecha de emisión de la presente Resolución, el cual es de aproximadamente catorce meses.
- 46. En consecuencia, corresponde revocar la Resolución Final N° 793-2016/PS3 del 21 de setiembre de 2016 emitida por el OPS; y, reformándola, corresponde sancionar a la Discoteca Kimbara con 0.50 UIT.

Sobre la medida correctiva ordenada, la condena al pago de costas y costos; y, la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

- 47. En la medida que Discoteca Kimbara no fundamentó su apelación respecto a los extremos venidos en grado, correspondientes a la medida correctiva ordenada, la condena al pago de costas y costos, así como la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi respecto a la infracción incurrida por dicho proveedor, esta Comisión asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento

Administrativo General²⁰.

48. En consecuencia, corresponde confirmar dichos extremos por resultar accesorios al pronunciamiento sustantivo.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución Final N° 793-2016/PS3 del 21 de setiembre de 2016, emitida por el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 3, en los extremos que resolvió:

- (i) Declarar responsable a Atos E.I.R.L. por haber incurrido en una infracción al artículo 19° de Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que no aplicó la promoción publicitada en el Diario Ojo, toda vez que el 31 de diciembre de 2015, cobró S/ 60,00 por cada entrada general debiendo haber cobrado S/ 30,00 por cada una, según la publicidad realizada;
- (ii) ordenar a Atos E.I.R.L. como medida correctiva que cumpla con devolver a la señora Mónica Milagros Espinoza Marino la diferencia entregada en exceso en la compra de las entradas al evento, en el plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la citada Resolución;
- (iii) condenar a Atos E.I.R.L. al pago de costas y costos del procedimiento;
- y,
- (iv) disponer la inscripción de Atos E.I.R.L. en el Registro de Infracciones y Sanciones de Indecopi.

SEGUNDO: Revocar la Resolución Final N° 793-2016/PS3 del 21 de setiembre de 2016, emitida por el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 3, que dispuso sancionar a Atos E.I.R.L. con una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias por haber incurrido en infracción a lo establecido en el artículo 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, reformándola, corresponde sancionarla con una multa ascendente a 0.50 Unidades Impositivas Tributarias.

²⁰

LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 6°.- Motivación del Acto Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272.

6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

TERCERO: Informar a las partes que la presente resolución tiene vigencia desde el día de su notificación y agota la vía administrativa, por lo que solo puede ser cuestionada en vía de proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial²¹.

Con la intervención de los señores Comisionados: Sr. Luis Alejandro Pacheco Zevallos, Sra. Claudia Antoinette Mansen Arrieta, y el Sr. Arturo Ernesto Seminario Dapello.

LUIS ALEJANDRO PACHECO ZEVALLOS
Presidente

²¹ **LEY Nº 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**
Artículo 125°.-

(...)

La Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi o la comisión con facultades desconcentradas en esta materia, según corresponda, constituye la segunda instancia administrativa en este procedimiento sumarísimo, que se tramita bajo las reglas establecidas por el presente subcapítulo y por la directiva que para tal efecto debe aprobar y publicar el Consejo Directivo del Indecopi.

La resolución que emita la correspondiente Comisión agota la vía administrativa y puede ser cuestionada mediante el proceso contencioso administrativo.