



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N.º 3
SEDE CENTRAL

EXPEDIENTE N.º 080-2019/CC3

RESOLUCIÓN FINAL N.º 034-2020/CC3

EXPEDIENTE : 080-2019/CC3
AUTORIDAD : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N.º 3
(COMISIÓN)
ADMINISTRADO : BANCO PICHINCHA¹
MATERIA : PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS
ACTIVIDAD : OTROS TIPOS DE INTERMEDIACIÓN MONETARIA
SANCIÓN : 45 UIT (literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del
Código de Protección y Defensa del Consumidor)

SUMILLA: El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos dispuesto en el artículo 58 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En ese sentido, en tanto se verificó que Banco Pichincha realizó comunicaciones a los consumidores con la finalidad de promover la contratación de productos y servicios sin haber recabado el consentimiento expreso y previo de aquellos, se ha resuelto sancionarlo con una multa ascendente a 45 UIT.

Lima, 13 de marzo de 2020

I. ANTECEDENTES

1. En el marco de las acciones de supervisión y fiscalización desarrolladas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3 (Secretaría Técnica), mediante correo electrónico del 13 de noviembre del 2018, se encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) llevar a cabo acciones de supervisión, a fin de verificar el cumplimiento de lo establecido en la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código).
2. Mediante Resolución N.º 1 del 19 de septiembre del 2019, la Secretaría Técnica, inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de Banco Pichincha, en los siguientes términos:

PRIMERO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de BANCO PICHINCHA, a instancia de la Secretaría Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3, por la presunta infracción a lo establecido en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que, habría empleado métodos comerciales agresivos en tanto habría realizado comunicaciones con la finalidad de promover sus servicios sin, previamente, haber recabado el consentimiento de los consumidores.

¹ Cabe señalar que el administrado está registrado en la base de datos de la SUNAT con número de RUC N.º 20100105862 y con domicilio fiscal ubicado en Av. Ricardo Palma N.º 278 Res. Miraflores, Miraflores. Asimismo, se encuentra inscrita en la base de datos de la Sunarp con Partida Registral 11005106.

3. El 01 de octubre de 2019, Banco Pichincha solicitó se le otorgue una prórroga del plazo para presentar sus descargos, la cual le fue concedida mediante Resolución N.º 2 del 2 de octubre de 2019.
4. El 24 de octubre de 2019, Banco Pichincha presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
 - (i) Se vulneró su derecho al debido proceso pues no se ha motivado debidamente la Resolución N.º 1, toda vez que no se mencionó qué indicios llevaron a concluir que habría incurrido en una infracción al Código; tampoco se explica por qué motivo la Administración optó por iniciar un procedimiento administrativo sancionador en vez de emitir una medida de advertencia, recomendar mejoras u otras formas de terminación de la actividad fiscalizadora.
 - (ii) Debe considerarse el corto plazo transcurrido entre la entrada en vigencia de la norma (septiembre de 2018) y el inicio de la supervisión (enero de 2019).
 - (iii) Se vulneró el principio de presunción de licitud, pues el aplicativo denominado "Whatsapp no Insista" no cuenta con una norma que regule su operatividad y funcionamiento.
 - (iv) El Indecopi no cuenta con facultades para solicitarle el envío de datos personales (como los números telefónicos y correos electrónicos) de sus usuarios, siendo que, por el contrario, Banco Pichincha tiene la obligación legal de guardar expresa confidencialidad de estos; además, el pedido de la Secretaría Técnica no cumple los requisitos que la Ley de Datos Personales establece. Por ello, no puede cumplir con el requerimiento realizado mediante Resolución N.º 1.
 - (v) Pese a no tener la obligación legal de resguardar las grabaciones de las comunicaciones, ha remitido los diecinueve (19) audios con los que cuenta, de cuya revisión se advierte que solo en tres (3) de estos el proveedor externo de Banco Pichincha no habría cumplido con el "speech" establecido mediante contrato.
 - (vi) Hay reportes de Whatsapp No Insista que son totalmente ilegibles, mientras que otros no habrían sido adjuntados con la Resolución N.º 1.
 - (vii) En el informe de supervisión se hace referencia a otro proveedor y se recomienda el inicio de procedimiento sancionador por remitir correos electrónicos, pese a que ningún consumidor reportó ello. Asimismo, las "fechas reportadas en el WhatsApp" no coinciden con los reportes recogidos en las acciones de supervisión remotas.
 - (viii) La GSF ha considerado como ciertas las fechas de las comunicaciones que los consumidores han indicado en sus reportes, pese a que no presentaron medios de prueba que evidencien ello; solo adjuntaron capturas de pantalla sin fecha y palabras "hoy" y "ayer".
 - (ix) La GSF detectó solo nueve (9) coincidencias entre el número reportado en el "Whatsapp no Insista" y los números de las máscaras de sus proveedores externos. Asimismo, cuatro (4) de las llamadas reportadas no pertenecen a los números de las máscaras de sus proveedores.
 - (x) En un (1) reporte se indica que no se trata de una llamada promocional, sino de una presunta llamada de cobranza.
 - (xi) Se solicitó a sus proveedores externos que remitan las máscaras usadas para promocionar los servicios de Banco Pichincha;
 - (xii) Al momento en que la GSF requirió a los proveedores externos indicar las máscaras usadas para promocionar los servicios de Banco Pichincha, no especificó que se informe las máscaras que se usaban exclusivamente para

- Banco Pichincha. En tal sentido, las máscaras remitidas pudieron ser utilizadas para promocionar servicios de otras empresas que también fueron reportadas en el aplicativo “Whatsapp no Insista”; además, no se puede determinar de manera fehaciente cuándo se realizaron dichas llamadas y si las mismas en realidad habrían iniciado.
- (xiii) Se debe archivar el presente procedimiento en aplicación de los principios de debido proceso y presunción de licitud.
 - (xiv) De manera previa a la notificación de la imputación de cargos, habrían subsanado su conducta remitiendo comunicaciones a las empresas proveedoras, indicándoles que deben respetar el protocolo de atención, a través del cual siempre se debe solicitar, antes de brindar información sobre los productos a ofrecer, el consentimiento del receptor de la llamada.
 - (xv) Deben excluirse del análisis los audios remitidos por los consumidores en el reporte de “Whatsapp no Insista”, en tanto, el tenor de la conversación con el representante de Banco Pichincha, o son de fecha posterior a la denuncia informativa.
 - (xvi) Los mensajes de texto (SMS) reportados por algunos consumidores no pertenecen a números de Banco Pichincha o alguna de las máscaras de sus proveedores externos; además, no tiene como política remitir SMS.
5. Mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2019, Banco Pichincha reiteró sus argumentos, y añadió que tiene como política implementar capacitaciones constantes a su personal. En ese contexto, en junio de 2019 se dictó el “Curso Normativo Módulo 1”, el cual tuvo como finalidad reforzar las directrices para la efectiva protección de los datos personales del público en general.
6. El 28 de noviembre de 2019, Banco Pichincha reiteró sus descargos e indicó lo siguiente:
- (i) Las medidas tomadas ante presuntos incumplimientos normativos –aun cuando no son responsables directos– demuestran su interés en cumplir con la normativa aplicable y no obtener algún beneficio ilícito por la comisión de la infracción imputada.
 - (ii) No se le puede atribuir responsabilidad por un hecho de tercero; es decir, por incumplimientos contractuales en los que incurran sus proveedores externos.
7. El 19 de diciembre de 2019, Banco Pichincha reiteró sus argumentos y añadió lo siguiente:
- (i) Imponerle una sanción por las comunicaciones realizadas por sus proveedores externos (call centers) implicaría vulnerar el principio de causalidad.
 - (ii) No ha obtenido beneficio alguno por la presunta comisión de la infracción imputada, debiendo considerarse que, en materias similares, la Secretaría Técnica ha emitido medidas de advertencia, en vez de iniciar procedimientos sancionadores.
 - (iii) A través de la Resolución N.º 248-2019/CC3, la Comisión señaló que la conducta imputada es subsanable, y consideró que correspondería exonerar de responsabilidad al proveedor que lo hace antes de la imputación de cargos, por lo cual debe aplicársele el mismo criterio en virtud del principio de predictibilidad o confianza legítima.
 - (iv) Las llamadas efectuadas desde números que no pertenecen a las máscaras de sus proveedores externos del Banco no deben ser consideradas en el

análisis, de acuerdo con el criterio establecido en la Resolución N.º 1064-2018/CC1.

8. Mediante Resolución N.º 3 del 27 de febrero de 2020, se puso en conocimiento de Banco Pichincha el Informe Final de Instrucción N.º 054-2020/CC3-ST (IFI), emitido por la Secretaría Técnica, otorgándoles un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de descargos.
9. El 10 de marzo de 2020, Banco Pichincha presentó sus descargos al IFI, reiterando sus argumentos anteriores y añadiendo lo siguiente:
 - (i) La Resolución N.º 1 no ha sido debidamente motivada y debe ser declarada nula, puesto que: (i) no se ha descrito claramente los hechos imputados, sino que solo se ha realizado una referencia al informe emitido por la GSF, por lo que se habría incumplido con lo establecido en el numeral 3 del artículo 254.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (LPAG); y, (ii) la Secretaría Técnica no ha motivado su decisión de iniciar un procedimiento sancionador en vez de imponerle una medida de advertencia, siendo que debió tener en cuenta:
 - el impacto y magnitud de la conducta, o el número de presuntos afectados;
 - que en el TUO de la LPAG se señala que las entidades procurarán realizar fiscalizaciones con finalidad orientativa;
 - si realmente hay indicios que acrediten que tuvo la finalidad o propósito de infringir la norma y obtener beneficios ilícitos;
 - si la conducta resultaba reprimible necesariamente con una multa;
 - el plazo transcurrido entre la entrada en vigencia de la norma y el inicio de la supervisión; y,
 - su conducta colaborativa a lo largo de la supervisión.
 - (ii) El principio de culpabilidad señala que se debe comprobar la responsabilidad subjetiva del agente, siendo no es aceptable que se le sancione por un deber que no le es imputable.
 - (iii) Apenas tomaron conocimiento que treinta y cuatro (34) consumidores formularon reportes a través del aplicativo “Whatsapp no Insista”, consignó sus nombres en una base de “no contactar”, teniendo este mecanismo el mismo efecto que las medidas adoptadas por Masterplag E.I.R.L. en un procedimiento previo.
 - (iv) Se está considerando como medios probatorios las meras declaraciones de los consumidores y las coincidencias entre las máscaras alcanzadas por los call center y los números reportados, lo cual no es indicio suficiente para desvirtuar el principio de presunción de licitud, pues no prueba que las llamadas se hayan llevado a cabo, más aún cuando se ha indicado que no se cuenta con grabaciones de 4 de las 7 llamadas reportadas. Asimismo, del análisis de los reportes se observa lo siguiente:
 - Consumidor con número 946 *** 046 indica primero haber recibido llamadas de varios números sin poder identificar cada uno, y luego haber recibido una llamada en la cual se le solicitó consentimiento y lo negó.
 - Consumidor con número 984 *** 960 señala que recibe llamadas de varios números de parte de Banco Pichincha adjuntando capturas de pantalla en las que no se advierte las fechas ni la duración de las llamadas que evidencien que estas al menos se efectuaron, incluso se muestra el símbolo de llamada saliente (realizada por el consumidor).

- Consumidor con número 994 *** 491 remitió capturas de pantalla donde se muestra llamadas entrantes de los números (01)7063504 y (01) 7309307 (sin fecha ni duración de llamada), pero el número señalado por la autoridad en su análisis es el 17189387.
 - Consumidor con número 980 *** 343 afirma que no le indicaron el producto o servicio que se le ofrecía hasta que autorizara continuar con la llamada. En la captura de pantalla remitida tampoco se muestra fecha o duración de la llamada.
- (v) Conforme lo indicado en el artículo 173 del TUO de la LPAG y el 196 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba le corresponde a quien alega un hecho, correspondiendo que, ante una posible infracción al Código, el consumidor acredite el incumplimiento, y el proveedor, que no le es imputable.
- (vi) Se deben considerar los criterios indicados en el artículo 112 del Código al momento de graduar; esto es, que el beneficio ilícito es cero, que el Banco ha colaborado activamente, que no existe una conducta que dañe severamente el mercado al tratarse de pocos casos, y la falta de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
- (vii) La tabla utilizada para graduar es discriminatoria en tanto considera el tamaño de la empresa investigada y coloca un límite mínimo de sanción a estas empresas, cuando en el Código no se señala límite alguno.
- (viii) Solicitó que se le conceda el uso de la palabra, a fin de exponer sus argumentos de defensa.
10. En consecuencia, corresponde a la Comisión analizar los documentos obrantes en el Expediente N.º 080-2019/CC3 y emitir la decisión final en el presente procedimiento administrativo sancionador (PAS).

II. ANÁLISIS

A. Cuestiones previas

A.1. Sobre la debida motivación y validez de la Resolución N.º 1

11. Banco Pichincha alegó que la Resolución N.º 1 no ha sido debidamente motivada y debe ser declarada nula, puesto que: (i) no se ha descrito claramente los hechos imputados; y, (ii) la Secretaría Técnica no ha motivado su decisión de iniciar un procedimiento sancionador, siendo que debió tener en cuenta: el impacto de la conducta, que las fiscalizaciones tienen una finalidad orientativa, si existen indicios que acrediten que tuvo la intención de infringir la norma, si la conducta amerita la imposición de una sanción, el plazo transcurrido entre la entrada en vigencia de la norma y la supervisión, y su conducta durante el procedimiento.
12. En primer lugar, cabe mencionar que, según el numeral 11.1² del artículo 11 del TUO de la LPAG, los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos.

² TUO de la LPAG

Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley. (...)

13. En esa línea, de acuerdo con la facultad de contradicción reconocida a los administrados en el artículo 217³ del TUO de la LPAG, solo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión.
14. En consecuencia, la única vía para ejercer la facultad de contradicción, en caso el administrado considere que se ha vulnerado su derecho de defensa o el principio del debido procedimiento, es por medio de los recursos administrativos contra el acto administrativo definitivo que ponga fin al presente PAS.
15. No obstante, de la revisión de la Resolución N.º 1, se advierte que esta ha considerado lo actuado durante la actividad de fiscalización; de hecho, la documentación recabada⁴ y el informe de supervisión han sido incorporados al expediente y anexados a dicha Resolución.
16. En consecuencia, la emisión de la Resolución N.º 1 no ha generado indefensión en el administrado ni vulnera el principio del debido procedimiento, en la medida que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 254.1 del TUO de la LPAG, dicha resolución contiene los hechos específicos (los reportes de las llamadas realizadas), la calificación de esos hechos (un presunto método comercial agresivo), la expresión de las sanciones que se le podría imponer (desde una amonestación hasta una multa por 450 UIT), la autoridad competente para imponer la sanción (la Comisión), y la norma que atribuye dicha competencia (Decreto Legislativo 1033).
17. Respecto a la motivación de iniciar un PAS en vez de imponer una medida de advertencia, este Colegiado reitera lo señalado por la Secretaría Técnica en el IFI, en tanto optar por alguna de las formas de conclusión de la supervisión establecida en el artículo 245⁵ del TUO de la LPAG es facultad de la Administración, siendo la

³ **TUO de la LPAG**

Artículo 217.- Facultad de contradicción

217.1 Conforme a lo señalado en el artículo 118, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

217.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

217.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

217.4 Cabe la acumulación de pretensiones impugnatorias en forma subsidiaria, cuando en las instancias anteriores se haya analizado los hechos y/o fundamentos en que se sustenta la referida pretensión subsidiaria.

⁴ En particular, referida a los reportes recabados de la herramienta "Whatsapp no Insista" e incorporados al expediente mediante las acciones de supervisión remota de fechas 23 de enero, 01 y 12 de febrero y 01 de marzo de 2019.

⁵ **TUO de LPAG**

Artículo 245.- Conclusión de la actividad de fiscalización

245.1 Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en:

1. La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado.
2. La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado.
3. La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.
4. La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan.
5. La adopción de medidas correctivas.
6. Otras formas según lo establezcan las leyes especiales.

243.2. Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.

autoridad instructora del procedimiento quien decide si corresponde o no el inicio de un PAS, de ser el caso⁶.

18. Para el caso concreto, se consideró que emplear métodos comerciales agresivos es una conducta de alto impacto, puesto que dicha conducta tiene un gran alcance cuando se considera el número de potenciales afectados por ella, incluyendo en este grupo también a los consumidores que no habrían reportado incumplimientos, pero que se encuentran expuestos a la conducta.
19. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 245 del TUO de la LPAG, no siempre que se detecte un presunto incumplimiento a las obligaciones legales y contractuales por parte de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del Indecopi, deberá llevarse a cabo una fiscalización orientativa, pues ello dependerá del impacto que la conducta generaría en el mercado. Así, la GSF determinó que la presunta conducta infractora realizada por Banco Pichincha genera una conducta que impacta negativamente en el mercado, por lo que optó por realizar acciones de supervisión que concluyeron con la recomendación de inicio de un PAS.
20. Respecto a si existen indicios de que el Banco tuvo la finalidad de infringir la norma, se debe precisar que esta alegación será evaluada más adelante en la sección pertinente al fondo de la infracción imputada.
21. Sobre la alegación de que se debió considerar si la conducta resultaba reprimible con una multa, se debe precisar que la decisión de iniciar un PAS no implica necesariamente la imposición de una multa pecuniaria, puesto que la Autoridad deberá verificar los argumentos presentados por el administrado y realizar una valoración económica para determinar la sanción a imponer, la cual puede ser desde una amonestación a 450 UIT.
22. Asimismo, se tiene a bien mencionar que, si bien el plazo transcurrido entre la entrada en vigencia de la norma y el inicio de la supervisión puede ser un factor a considerar al momento de evaluar las acciones a tomar, este es solo una de las variables que determinarán cómo concluirá la actividad de fiscalización.
23. Cabe señalar que la conducta colaborativa con la Autoridad es un deber del administrado que se basa en el principio de buena fe procedimental, siendo que realizar actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe no configura un criterio para definir qué acción adoptar para concluir la actividad de fiscalización.
24. Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que, si bien Banco Pichincha señaló que en un caso anterior se emitió una medida de advertencia por una infracción muy

⁶

TUO de la LPAG

Artículo 255.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.
3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación. (...)

similar⁷; lo cierto es que la supuesta conducta infractora identificada en dicho expediente (referida al formato que deben tener los mensajes de correo electrónico en el marco de la Ley que Regula el Uso del Correo Electrónico Comercial No Solicitado – Ley 28493) difiere de la conducta imputada en el caso concreto. En consecuencia, corresponde desvirtuar el alegato formulado por Banco Pichincha en este extremo.

A.2. Sobre la presunta vulneración al principio de causalidad

25. Banco Pichincha alegó que no se le puede atribuir responsabilidad por un hecho de tercero; es decir, por incumplimientos contractuales en los que incurran sus proveedores externos. Agregó que imponerle una sanción por las comunicaciones realizadas por sus proveedores externos (call centers) implicaría vulnerar el principio de causalidad.
26. Al respecto, es preciso destacar que las empresas de call center cumplen el rol de intermediarios; es decir, son medios por los cuales se llega a un grupo particular de personas (los consumidores) para promover servicios de otros (los proveedores). De esto se verifica que los call centers no actúan por cuenta propia o a título personal, sino que lo hacen a nombre de las empresas que los contratan; motivo por el cual, de cara a los consumidores, las empresas que brindan servicio de call center no resultan ser los proveedores de los bienes y/o servicios que ofertan.
27. Considerando lo anterior, Banco Pichincha será quien deba garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, esto es, garantizar el uso de métodos comerciales que no se encuentren prohibidos por el Código.
28. En tal sentido, Banco Pichincha deberá asegurarse, en su condición de proveedor de bienes y servicios, que promueve la contratación de los mismos –a través de centros de llamada (call center), sistemas de llamado telefónico o envío de mensajes de texto a celulares o mensajes electrónicos masivos–, siempre y cuando se cuente con el consentimiento previo de sus consumidores; consentimiento que no solo podría obtenerse directamente, sino a través de los proveedores externos que, a su vez, contrata para prestar servicio de call center.
29. En consecuencia, Banco Pichincha no puede eximirse de la responsabilidad por no contar con el consentimiento previo de los consumidores para realizarle comunicaciones comerciales, pues, si bien las llamadas fueron hechas por sus proveedores externos de call center, estas empresas actuaron en su nombre y por su encargo.
30. Bajo la misma lógica se desvirtúa el argumento respecto a la calidad de los proveedores externos como empresas especializadas, puesto que, independientemente de su nivel de especialización, los call centers no actúan por sí mismos, sino que se presentan al consumidor por encargo directo del administrado – en este caso, Banco Pichincha.
31. En atención a lo desarrollado, corresponde desvirtuar la alegación de Banco Pichincha en este extremo.

⁷ El administrado hace referencia a la carta 102-2019/INDECOPI-CC3, emitida en el expediente N.º 014-2019/MA.

A.3. Sobre el requerimiento de información realizado mediante la Resolución N.º 1

32. En sus descargos, Banco Pichincha señaló que el Indecopi no cuenta con facultades para solicitarle que le envíe datos personales (como los números telefónicos y correos electrónicos) de sus usuarios, siendo que, por el contrario, tiene la obligación legal de guardar expresa confidencialidad de estos. Agregó que el pedido de la Secretaría Técnica no cumple los requisitos que la Ley de Protección de Datos Personales - Ley 29733 (LPDP) establece; motivo por el cual, no puede cumplir con el requerimiento realizado mediante Resolución N.º 1.
33. Al respecto, corresponde indicar al administrado que el requerimiento de información en cuestión fue realizado al amparo de lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo 807 (D. Leg. 807), el cual faculta al Indecopi a exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos⁸, incluyendo, evidentemente, a aquellos que puedan contener algún dato personal de los administrados, los cuales serán tratados de conformidad con lo establecido en las normas que regulan la materia.
34. Además, cabe señalar que en el artículo 14⁹ de la LPDP se establece que no se requiere del consentimiento del titular de datos personales para darle tratamiento a estos cuando son transferidos para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.
35. En ese sentido, si bien el artículo 17 de la LPDP señala que el titular del banco de datos personales –en este caso, Banco Pichincha– está obligado a guardar confidencialidad de los mismos (obligación que solo puede ser relevada por resolución judicial, o cuando medien razones fundadas en la defensa nacional, seguridad pública o sanidad pública¹⁰), cuando tales datos personales son

⁸ **D. Leg. 807**

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

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en vídeo.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas

⁹ **LPDP**

Artículo 14. Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales

No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

1. Cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.

¹⁰ **LPDP**

Artículo 17.- Confidencialidad de datos personales

El titular del banco de datos personales, el encargado y quienes intervengan en cualquier parte de su tratamiento están obligados a guardar confidencialidad respecto de los mismos y de sus antecedentes. Esta obligación subsiste aun después de finalizadas las relaciones con el titular del banco de datos personales.

El obligado puede ser relevado de la obligación de confidencialidad cuando medie consentimiento previo, informado,

transferidos a una entidad pública para el ejercicio de sus funciones, no se genera ningún incumplimiento a dicha obligación de confidencialidad.

36. En concordancia con lo anterior, es pertinente mencionar que, mediante Resolución 102-2015-INDECOPI/COD¹¹, el Consejo Directivo del Indecopi creó la creación de la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3 (Comisión), con competencia exclusiva para investigar, iniciar y resolver, procedimientos administrativos sancionadores por propia iniciativa de la autoridad en materia de protección al consumidor. En tal sentido, considerando que el requerimiento de información cuestionado se realizó, en el marco de un PAS iniciado por la Comisión contra Banco Pichincha, con la finalidad de contar con mayores elementos de convicción para determinar su responsabilidad administrativa y efectuar la graduación de la sanción que correspondería imponer, de ser el caso, se concluye que el mismo no constituía un requerimiento ilegal.
37. Finalmente, debe tenerse en cuenta que, según la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora tiene carácter confidencial, motivo por el cual dicha información es retirada del expediente, debiéndose tomar las medidas que correspondan para resguardar su reserva.
38. En ese sentido, no es posible acoger lo argumentado por Banco Pichincha en este extremo.

A.4. Sobre el principio de presunción de licitud y la carga de la prueba

39. Banco Pichincha alegó que se vulneró el principio de presunción de licitud, pues el aplicativo denominado “Whatsapp no Insista” no cuenta con una norma que regule su operatividad y funcionamiento.
40. En primer lugar, cabe precisar que el principio de presunción de licitud –recogido en el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG¹²– establece que la Administración está obligada a realizar las acciones necesarias para verificar la efectiva comisión de los cargos imputados y, ante la ausencia de pruebas, emitir un fallo absolutorio.
41. En ese sentido, la Administración deberá considerar que Banco Pichincha ha actuado apegado a sus deberes mientras que no cuente con evidencia en contrario. Tal evidencia podría ser, por ejemplo, la que la GSF recabó durante la realización de las actividades de fiscalización o, incluso, la que se recabó durante el desarrollo del presente PAS.

expreso e inequívoco del titular de los datos personales, resolución judicial consentida o ejecutoriada, o cuando medien razones fundadas relativas a la defensa nacional, seguridad pública o la sanidad pública, sin perjuicio del derecho a guardar el secreto profesional.

¹¹ **RESOLUCION DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INDECOPI 102-2015-INDECOPI/COD**
Artículo 1.- Crear una Comisión de Protección al Consumidor adicional, adscrita a la sede central del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, bajo la denominación Comisión de Protección al Consumidor N° 3, la misma que será competente de forma exclusiva para investigar, iniciar y resolver, procedimientos administrativos sancionadores por propia iniciativa en materia de protección al consumidor.

¹² **TUO de la LPAG**
Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

42. Así, solo si se constata, luego de haber concluido la etapa de recolección de pruebas (recabadas por la GSF y durante el presente procedimiento), que Banco Pichincha realizó comunicaciones con la finalidad de promover la contratación de sus productos, sin previamente haber recabado el consentimiento de sus consumidores, le correspondería al administrado presentar los medios probatorios que desvirtúen tal imputación. Tal circunstancia de ninguna manera constituye una vulneración al principio de presunción de licitud, pues debería llegarse a esa conclusión luego de haber superado, precisamente, la presunción alegada; es decir, luego de haber analizado los alegatos de Banco Pichincha y los medios de prueba presentados durante el procedimiento y recabados de oficio por la autoridad.
43. En el caso concreto, los indicios de infracción encontrados han sido recopilados del aplicativo "Whatsapp no Insista", el cual es una herramienta que se puso a disposición de los consumidores para que puedan reportar al Indecopi las comunicaciones que reciben de aquellos proveedores a quienes no les habrían brindado, de manera previa y expresa, el consentimiento para que puedan promover la contratación de bienes y/o servicios. Tal herramienta permite a la autoridad administrativa encargada de llevar a cabo la actividad de fiscalización recabar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización, conforme lo establece el artículo 240 del TUO de la LPAG; ello, a fin de determinar si se habría producido algún incumplimiento a las obligaciones legales y contractuales por parte de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del Indecopi.
44. Dicho ello, corresponde indicar que el aplicativo "Whatsapp no Insista" no se encuentra regulado, no siendo necesario que lo sea, pues su naturaleza es ser una herramienta mediante la cual la Administración pueda tomar conocimiento de las denuncias informativas de que los consumidores presentan de manera más ordenada y celeridad. De otra parte, el Registro "Gracias no insista" sí requería ser regulado en tanto en la redacción previa del artículo 58 creaba una obligación para el administrado en base a dicho registro, hecho que no ocurre con el aplicativo "Whatsapp no Insista", al solo constituir un medio de recopilación de denuncias informativas.
45. Asimismo, cabe señalar que los indicios obtenidos de la herramienta "Whatsapp no Insista" permitieron al Indecopi realizar mayores acciones de supervisión con la intención de verificar si Banco Pichincha solicitó el consentimiento de sus consumidores antes de promover la contratación de los bienes y/o servicios que oferta, tales como remitir requerimientos de información tanto al administrado como a los proveedores externos encargados de realizar el servicio de call center.
46. En atención a lo desarrollado, se verifica que se cumplió con el principio de presunción de licitud, en tanto se recabó indicios que presuntamente probarían que el administrado cometió una infracción al Código a través del aplicativo "Whatsapp no Insista". Así, corresponde desvirtuar lo alegado por Banco Pichincha en este extremo.

47. De otra parte, Banco Pichincha alegó que, conforme lo indicado en el artículo 173¹³ del TUO de la LPAG y el 196¹⁴ del Código Procesal Civil, la carga de la prueba le corresponde a quien alega un hecho, correspondiendo que, ante una posible infracción al Código, el consumidor acredite el incumplimiento, y el proveedor, que no le es imputable.
48. Al respecto, debe considerarse que en el presente caso lo que se busca determinar es si el administrado contaba con consentimiento del consumidor para ofrecer sus productos o servicios; y, en esa línea los requerimientos realizados en la etapa de supervisión estaban dirigidos a que el proveedor acredite que contaba con dicho consentimiento.
49. Lo anterior se sustenta en el hecho que Banco Pichincha, al tener la obligación de contar con ese consentimiento previo, se encuentra en mejor posición para remitir dicha información; pues su comunicación con fines promocionales solo se validará si contaba con el consentimiento para ello. En ese sentido, se requiere la probanza de que su actuación estuvo premunida de un consentimiento previo por parte del consumidor que legitime su actuar y por consiguiente pueda ser exonerado de responsabilidad.
50. En ese sentido, se debe tener en cuenta que, respecto a la carga de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores, el profesor Alejandro Nieto señala lo siguiente:
- “(...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad” (Sentencia Supremo Español)¹⁵. El subrayado es nuestro.*
51. Lo señalado guarda relación con lo establecido en el artículo 173 del TUO de la LPAG, a través del cual se indica que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustenten sus alegaciones.
52. En consecuencia, el requerimiento formulado referido a contar con el consentimiento previo de los consumidores se realizó de conformidad con el supuesto de que le corresponde a los administrados acreditar los hechos que lo eximan de responsabilidad, por lo que queda desvirtuado lo alegado en su defensa.

13

TUO de la LPAG**Artículo 173.- Carga de la Prueba**

173. la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.
173.2 corresponde a los administrados a aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

14

TUO del Código Procesal Civil**Carga de la prueba**

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

15

Nieto GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición totalmente reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. P. 424

A.5. Sobre la solicitud de Informe Oral

53. Mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2020, Banco Pichincha solicitó a la Comisión que le conceda el uso de la palabra a través de una audiencia oral, con la finalidad de informar oralmente sus argumentos de defensa.
54. Al respecto, en el artículo 16 del Decreto Legislativo N.º 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (D. Leg. 1033), se establece que la Comisión podrá convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. Asimismo, cuenta con la facultad para denegar dicho tipo de solicitudes mediante decisión fundamentada¹⁶.
55. En consecuencia, al margen de la existencia de una solicitud de parte para la citación a una audiencia de informe oral, constituye una facultad discrecional de la Administración otorgar o denegar la realización de dicha diligencia, debiéndose fundamentar, en cualquiera de los casos, la decisión adoptada.
56. En el presente caso esta Comisión advierte, de la revisión de los actuados, que Banco Pichincha ha tenido oportunidad de exponer sus alegatos de defensa y presentar los medios de prueba que consideraba pertinentes para desvirtuar la imputación formulada en su contra. En virtud a lo anterior, se concluye que este Colegiado cuenta con suficientes elementos para resolver y emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; sobre todo si se considera que, en el presente caso, el administrado ha formulado el reconocimiento expreso de la infracción objeto de imputación.
57. Por tanto, considerando que Banco Pichincha tuvo la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a exponer las razones que fundamentan su posición y que existen elementos suficientes para pronunciarse sobre el fondo del asunto, corresponde denegar el uso de la palabra solicitado.

B. Sobre la aplicación de métodos comerciales agresivos

58. En el numeral 58.1¹⁷ del artículo 58 del Código se establece que el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma

¹⁶ D. Leg. N.º 1033

Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio ó a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada. (...)

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.

¹⁷ Código

Artículo 58.- Definición y alcances

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen: (...)

e) Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemercadeo, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales. (...)

significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

59. En esa línea, en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código se ha establecido como práctica prohibida el emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.
60. Para verificar el cumplimiento de lo previsto en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código, la GSF inició una investigación a Banco Pichincha con la finalidad de determinar, en función de los reportes ingresados en la herramienta "Whatsapp no Insista" y la documentación recabada, si el referido proveedor aplicó métodos comerciales agresivos.
61. En virtud de lo anterior, la GSF efectuó cuatro (4) acciones de supervisión remotas (con fechas 23 de enero, 01 y 12 de febrero y 01 de marzo de 2019), consistentes en revisar la herramienta "Whatsapp no Insista"; verificándose de estas el ingreso de treinta y cuatro (34) reportes. Además, se requirió a Banco Pichincha que remita la documentación que evidencie que contaba con el consentimiento previo de aquellos consumidores a quienes remitió comunicaciones que tenían por finalidad promover la contratación de productos y/o servicios que ofrece. Asimismo, se le requirió que señale a través de qué proveedores externos (de call-center o mailing) realizaba las citadas televentas.
62. De la revisión de la documentación remitida por Banco Pichincha para acreditar el consentimiento de los consumidores a quienes remitió comunicaciones comerciales, se advierten las grabaciones que corresponderían a las llamadas realizadas a diecinueve (19) de ellos, indicando que estas serían las únicas llamadas realizadas.
63. De manera paralela, se requirió a las empresas de call-center informadas por el administrado que indiquen cuáles son los números máscara utilizados para realizar las comunicaciones con los clientes/potenciales clientes de Banco Pichincha.
64. A partir de la información brindada tanto por Banco Pichincha como por las empresas de call center, se advierte lo siguiente:
 - (i) En quince (15) de las diecinueve (19) llamadas remitidas por el administrado, se habría solicitado consentimiento del consumidor de manera previa a la oferta comercial.
 - (ii) En una (1) de las diecinueve (19) llamadas remitidas por el administrado, se advierte que la grabación está interrumpida, solo escuchándose al consumidor decir "no, no me vuelvan a llamar" y culmina la llamada, por lo que no es posible determinar si de manera previa a dicha negativa el operador de la llamada brindó información comercial al consumidor.
 - (iii) En tres (3) de las diecinueve (19) llamadas remitidas por el administrado, se advierte que este brindó información de los productos y servicios ofrecidos de manera previa a solicitar el consentimiento de los consumidores.

- (iv) En once (11) de los quince (15) reportes de los cuales Banco Pichincha no remitió información, se verifica que el número reportado por los consumidores no coincide con los números máscara utilizados por los proveedores externos del administrado.
- (v) En cuatro (4) de los quince (15) reportes de los cuales Banco Pichincha no remitió información, se verifica que el número reportado por los consumidores coincide con los números máscara utilizados por las empresas de call-center.

65. El análisis realizado se refleja en el siguiente cuadro:

N.º	Nº Teléfono del Usuario	Número reportado	Número máscara utilizado	Banco Pichincha remitió llamada	Observación de la llamada remitida
1	952 *** 076	17108684	-	SI	Se pide consentimiento previo
2	984 *** 788	18706002	-	SI	Se pide consentimiento previo
3	987 *** 899	15718835	5718835	SI	Se pide consentimiento previo
4	990 *** 306	926327758	-	SI	Se pide consentimiento previo
5	999 *** 038	908324789	-	SI	Se pide consentimiento previo
6	941 *** 728	14106491 14106490 013152430 14106478 14106487 14106486 14106480	-	NO	-
7	949 *** 088	17502510	-	NO	-
8	946 *** 046	12894125	Rango 2894030 - 2894479	NO	
9	961 *** 313	015726338 900644624	-	NO	
10	984 *** 960	906404695	906404695	NO	
11	997 *** 610	15718835 017125800 017518835	5718835	SI	Se pide consentimiento previo
12	994 *** 491	17189387	Rango 7189360 - 7189389	NO	
13	951 *** 363	15718835	5718835	SI	Se pide consentimiento previo
14	992 *** 649	17108601	-	NO	
15	969 *** 685	918025820	-	SI	Se brindó información de promoción sin solicitar consentimiento previo
16	980 *** 343	965799054 989079405	965799054 989079405	NO	
17	987 *** 407	15718835	5718835	SI	Grabación interrumpida, solo se escucha al consumidor diciendo "no, no me vuelvan a llamar"
18	942 *** 136	910138760	-	NO	
19	957 *** 255	955163708	-	NO	
20	961 *** 712	939776887	-	SI	Se pide consentimiento previo
21	940 *** 192	908324789	-	NO	
22	958 *** 469	985479524	-	NO	
23	949 *** 542	903849428	-	SI	Se pide consentimiento previo
24	976 *** 738	13213310	-	NO	
25	944 *** 442	15718835	5718835	SI	Se pide consentimiento previo

26	999 *** 950	997533109 014155420	-	NO	
27	954 *** 287	902998247	-	SI	Se pide consentimiento previo
28	991 *** 780	966346894	-	SI	Se pide consentimiento previo
29	952 *** 183	916875581	-	SI	Se brindó información de promoción sin solicitar consentimiento previo
30	948 *** 166	985479524 021994300 908324789	-	NO	
31	971 *** 928	985479524	-	SI	Se pide consentimiento previo
32	998 *** 630	15718835	5718835	SI	Se pide consentimiento previo
33	993 *** 102	908324789	-	SI	Se brindó información de promoción sin solicitar consentimiento previo
34	992 *** 153	905285519 906440893 908324789 902868780 901222100 903532028 906432193 901295299 904425574 13130501 13130508	-	SI	Se pide consentimiento previo

66. De lo anterior, debe precisarse que, en los casos en los que se solicitó consentimiento del consumidor antes de brindarle alguna información referida a los productos del Banco Pichincha no se advierte indicios de infracción, y por lo tanto esos quince (15) reportes no fueron considerados para la infracción imputada.
67. De la misma manera, en tanto de la llamada recibida por el consumidor del número telefónico 987 *** 407 (caso 17 de la tabla anterior) no se pudo verificar que se le haya brindado información de índole comercial al consumidor antes de que este niegue su consentimiento, dicha llamada tampoco fue considerada para efectos de la infracción imputada.
68. Asimismo, de las llamadas que Banco Pichincha no reconoció haber realizado, se advierte que en once (11) de ellas el número reportado por los consumidores no coincide con los números máscara utilizados por los proveedores externos del administrado. En ese sentido, estos reportes tampoco fueron considerados para efectos de la infracción imputada.
69. Considerando lo anterior, se verificó siete (7) casos en los cuales Banco Pichincha no habría acreditado contar con consentimiento previo para realizar comunicaciones comerciales, conforme se muestra a continuación:

Nº	Nº de reporte	Nº Teléfono del Usuario	Número reportado	Número máscara utilizado	Banco Pichincha remitió llamada	Observación
1	8	946 *** 046	12894125	Rango 2894030 - 2894479	NO	Llamada no reconocida por Banco Pichincha, pero el número reportado coincide con las máscaras de sus call centers

2	10	984 *** 960	906404695	906404695	NO	Llamada no reconocida por Banco Pichincha, pero el número reportado coincide con las máscaras de sus call centers
3	12	994 *** 491	17189387	Rango 7189360 - 7189389	NO	Llamada no reconocida por Banco Pichincha, pero el número reportado coincide con las máscaras de sus call centers
4	15	969 *** 685	918025820	-	SI	En la llamada remitida no se le pidió consentimiento previo
5	16	980 *** 343	965799054 989079405	965799054 989079405	NO	Llamada no reconocida por Banco Pichincha, pero el número reportado coincide con las máscaras de sus call centers
6	29	952 *** 183	916875581	-	SI	En la llamada remitida no se le pidió consentimiento previo
7	33	993 *** 102	908324789	-	SI	En la llamada remitida no se le pidió consentimiento previo

70. En ese sentido, se verifica que Banco Pichincha habría remitido comunicaciones a los consumidores con la finalidad de promover sus productos y servicios sin previamente contar con su consentimiento, por lo que se le imputó una presunta vulneración a lo dispuesto en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código.
71. Ahora bien, de manera previa a analizar los descargos del administrado, cabe indicar que algunos de estos están dirigidos a los casos que no han sido considerados para la presente infracción, como son los argumentos referidos a:
- que algunos de los reportes de “Whatsapp no Insista” serían ilegibles o no le habrían sido remitidos, en tanto dichos reportes no estarían siendo considerados;
 - que un caso debe ser excluido del análisis por no tratarse de una llamada comercial, toda vez que dicho reporte no estaría siendo considerado;
 - que los números reportados no coincidirían con las máscaras utilizadas por sus proveedores externos; en tanto dichos reportes no estarían siendo considerados;
 - que las fechas de las llamadas en el reporte de “Whatsapp no Insista” no coinciden con las fechas de las llamadas remitidas por Banco Pichincha; toda vez que dicha información no está siendo considerada para analizar el cumplimiento;
 - que no es determinar el tenor de las llamadas de los audios remitidos por los consumidores en el reporte de “Whatsapp no Insista”, en tanto estos reportes no están siendo considerados.
72. Respecto a los mencionados argumentos, en tanto responden a observaciones que no han sido consideradas para la infracción imputada, no corresponde pronunciarse sobre ellos.
73. En su defensa, Banco Pichincha señaló que en el informe de supervisión hay varios errores, tales como referirse a otro proveedor y recomendar el inicio de un procedimiento por remitir correos electrónicos, pese a que ningún consumidor reportó ello. Asimismo, indica que las “fechas reportadas en el Whatsapp” en algunos casos no coinciden con las fechas que se encuentran en los reportes de las acciones de supervisión remotas.

74. Sobre el particular, cabe señalar que los errores materiales en la recopilación de datos que puedan encontrarse en el informe de supervisión no afectan el análisis realizado, en tanto el administrado tuvo acceso a la fuente de la cual se obtuvo el dato exacto – esto es, los reportes de “Whatsapp no Insista” – simultáneamente, es decir, cuando se le notificó con la Resolución N.º 1. Se reitera también que la información referida a las fechas no es relevante al análisis realizado.
75. Adicionalmente, Banco Pichincha alegó que al momento en que la GSF requirió a los proveedores externos indicar las máscaras usadas para promocionar los servicios de Banco Pichincha, no solicitó las máscaras que se usaban exclusivamente para Banco Pichincha. Por ello, las máscaras informadas pudieron ser utilizadas para promocionar servicios de otras empresas que también fueron reportadas en el aplicativo Whatsapp no Insista. Estas llamadas no cuentan con medio probatorio que indique fehacientemente la fecha de la llamada, e incluso si esta siquiera se inició.
76. Al respecto, es preciso señalar que, en los reportes realizados a través de la herramienta “Whatsapp no Insista”, los consumidores han identificado a Banco Pichincha como la empresa en cuyo nombre están recibiendo llamadas, por lo que aun si las máscaras en cuestión se estuviesen utilizando también para promover servicios de otros proveedores distintos al administrado, en los casos reportados el proveedor ha sido identificado como Banco Pichincha.
77. Por otra parte, el administrado ha señalado que, pese a no tener obligación legal de resguardar las grabaciones de las comunicaciones realizadas a los consumidores, remitió diecinueve (19) audios con los que cuenta, de los cuales solo en tres (3) se verifica que el proveedor externo del Banco habría brindado información comercial antes de solicitar el consentimiento del consumidor, incumpliendo con el “*speech*” establecido mediante contrato.
78. Asimismo, alegó en su defensa que la Autoridad está considerando como medios probatorios las meras declaraciones de los consumidores y las coincidencias entre las máscaras alcanzadas por los call center y los números reportados, lo cual no es indicio suficiente para desvirtuar la presunción de licitud y de inocencia, pues no prueba que las llamadas se hayan llevado a cabo, más aún cuando se ha indicado que no se cuenta grabaciones de cuatro (4) de las siete (7) llamadas reportadas. Así, añadió que, en aras del principio de verdad material, la Autoridad debe verificar plenamente los hechos que motivan sus decisiones y, ante una ausencia de pruebas idóneas, emitir un fallo absolutorio.
79. Adicionalmente, remitió las siguientes observaciones a cuatro (4) de las llamadas que no contarían con consentimiento:

Nº	Número telefónico del consumidor	Observación
1	946 *** 046	Indica primero haber recibido llamadas de varios números sin poder identificar cada uno, y luego haber recibido una llamada en la cual se le solicitó consentimiento y lo negó.
2	984 *** 960	Señala que recibe llamadas de varios números de parte de Banco Pichincha adjuntando capturas de pantalla en las que no se advierte las fechas ni la duración de las llamadas que evidencien que estas al menos se efectuaron, incluso se muestra el símbolo de llamada saliente (realizada por el consumidor).

3	994 *** 491	Remitió capturas de pantalla donde se muestra llamadas entrantes de los números (01)7063504 y (01) 7309307 (sin fecha ni duración de llamada), pero el número señalado por la autoridad en su análisis es el 17189387.
4	980 *** 343	Afirma que no le indicaron el producto o servicio que se le ofrecía hasta que autorizara continuar con la llamada. En la captura de pantalla remitida tampoco se muestra fecha o duración de la llamada.

80. Sobre el particular, corresponde en primer lugar reiterar al administrado que, si bien no existe una obligación expresa de guardar las grabaciones de las llamadas comerciales realizadas, en el artículo 58 del Código se establece que el proveedor que promoció sus servicios de dicha manera deberá recabar el consentimiento del consumidor. En ese sentido, el administrado deberá resguardar el consentimiento que se le otorgue para cada comunicación de índole comercial que realice.
81. En segundo lugar, es preciso reiterar lo señalado en la cuestión previa sobre a la carga de la prueba y el principio de licitud, referido a que se inició el presente PAS con base a los indicios encontrados en la etapa de supervisión que acreditan que Banco Pichincha realizó comunicaciones de índole comercial sin consentimiento, como son los reportes recogidos en el aplicativo "Whatsapp no Insista". Como se verifica de lo desarrollado en la presente Resolución, el administrado ha tenido oportunidad de solicitar que excluya algunos casos, argumentos que la Comisión ha evaluado y otorgado para algunos casos, como se advierte de los numerales 66 a 68 de la presente Resolución.
82. Respecto a las observaciones realizadas por el administrado, se advierte lo siguiente:
- (i) 946 *** 046: Si bien el consumidor señaló primero el nombre de varios administrados, mediante reporte del 18/01/19 identificó plenamente que se le llamó desde la máscara 12894125 para ofrecerle un crédito de Banco Pichincha, siendo que no permitió continuar con la llamada después de que le mencionaran el crédito a ofrecerle. Ello evidencia que recibió información de que el producto que se le ofrecería era un crédito de manera previa a denegar su consentimiento. En ese sentido, no se verifica que se haya solicitado el consentimiento de manera previa al ofrecimiento de información comercial.
 - (ii) 984 *** 960: En el reporte del 21/01/19 el consumidor señaló que estaría recibiendo llamadas de los números 906 404 695 y 920 455 048. De estas, la llamada del número 906 404 695 coincide con una máscara utilizada por uno de sus proveedores externos. Respecto a dicha llamada, si bien el administrado indica se trataría de una llamada realizada por el consumidor, ello no es cierto, en tanto del reporte no se aprecia ningún símbolo de llamada saliente, por lo que no corresponde acoger el argumento de Banco Pichincha.
 - (iii) 994 *** 491: de una verificación de los números telefónicos reportados y las indicadas por los proveedores externos, se verifica que los números 7063504 y 7309307 no son máscaras de las empresas de call center de Banco Pichincha. En ese sentido, no corresponde considerar este reporte para fines de la determinación de responsabilidad.
 - (iv) 980 *** 343: de la verificación del contenido del reporte en la herramienta "Whatsapp no Insista" se verifica que el consumidor no recibió información comercial, sino que se le solicitó autorización para continuar con el ofrecimiento, por lo cual no se advierte indicio de infracción en este caso. En

se sentido, no corresponde considerar este reporte para fines de la determinación de responsabilidad.

83. De otro lado, Banco Pichincha alegó que toma medidas para evitar presuntos incumplimientos normativos con frecuencia como parte de sus políticas. Así, señaló que, de manera previa a la notificación de la imputación de cargos remitió comunicaciones a sus proveedores externos, indicándoles que deben respetar el protocolo de atención y solicitar siempre el consentimiento del consumidor antes de brindarle información sobre los productos a ofrecer. Asimismo, informó que, en el contexto de las constantes capacitaciones que brinda a su personal, se dictó el “Curso Normativo Módulo 1”, el cual tuvo como finalidad reforzar las directrices para la efectiva protección de los datos personales de público en general. Todo ello, a criterio del administrado, demuestra su intención de cumplir la normativa y de no obtener beneficio ilícito por la comisión de una infracción al Código.
84. Adicionalmente, Banco Pichincha añadió que, en virtud del principio de predictibilidad o confianza legítima, se debe tener en cuenta que en la Resolución N.º 248-2019/CC3 la Comisión señaló que la conducta imputada es subsanable, y consideró que correspondería exonerar de responsabilidad al proveedor que lo hace antes de la imputación de cargos.
85. En primer lugar, corresponde evaluar las medidas adoptadas por el administrado, a fin de verificar si estas –en el caso concreto– en efecto subsanan la conducta conforme lo ha alegado.
86. Al respecto, se advierte que, si bien las cartas remitidas a los proveedores externos y las capacitaciones a su personal podrían colaborar a que se produzcan menos casos en el futuro, tal situación no corrige la infracción detectada, la cual se materializó cuando Banco Pichincha promocionó la contratación de sus productos y/o servicios sin contar con el consentimiento de sus consumidores.
87. En el caso alegado por el administrado¹⁸, se verifica que la medida adoptada por el imputado (Masterplag E.I.R.L.) fue la eliminación del sistema de envío de mensajes de textos sin consentimiento a los consumidores, mediante la anulación de las líneas telefónicas y suspensión de la PC, utilizadas para dichos fines.
88. En ese sentido, se advierte que en el caso de la Resolución N.º 248-2019/CC3, al momento de la notificación de la imputación de cargos, la empresa ya no ofrecía sus servicios por envío de mensajes SMS, por lo cual no correspondía continuar con el procedimiento, pues cesó completamente la actividad.
89. De otro lado, en el presente procedimiento, si bien las medidas adoptadas por Banco Pichincha fueron implementadas de manera previa a la imputación de cargos, no se presenta el mismo supuesto que en el caso alegado.
90. En otras palabras, se advierte que Masterplag E.I.R.L. dejó de utilizar el sistema de mensajes a través del cual se remitían las comunicaciones objeto de imputación, con lo cual cesó la realización de dicha actividad antes del inicio del procedimiento, encajando en el supuesto de exención de responsabilidad establecido en la norma.
91. Las medidas adoptadas por Banco Pichincha, sin embargo, no cumplen el mismo efecto, pues solo implica no volver a contactar a ninguno de los treinta y cuatro (34)

¹⁸ Referido a la Resolución N.º 248-2019/CC3 en el marco del expediente 070-2019/CC3

consumidores que formularon reportes a través de la herramienta “WhatsApp no Insista”.

92. Sin perjuicio de ello, las medidas alegadas por Banco Pichincha evidencian que inició las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la conducta ilegal. En ese sentido, en la sección pertinente a la graduación se evaluará otorgar un atenuante de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 112 del Código.
93. Con relación al alegato referido a que tuvo intención de cumplir la normativa aplicable y no buscó obtener beneficio alguno por la comisión de la infracción imputada, cabe precisar que, en el derecho administrativo sancionador, para la determinación de la culpabilidad no es necesaria la configuración del dolo en la comisión de la infracción, sino que bastará con la falta de diligencia de los proveedores en la realización del hecho que configura la infracción imputada.
94. Dicho ello, corresponde reiterar que el deber de cuidado con que debe contar el proveedor que emplea medios de como call centers para ofrecer sus productos y servicios es verificar que se cuente con el consentimiento previo de los consumidores para realizar dicha oferta. En ese sentido, en tanto sus proveedores externos realizaron ofrecimientos comerciales a consumidores sin obtener su consentimiento, se verifica que el Banco Pichincha no cumplió con el deber de cuidado que se le debe exigir. Así, no corresponde acoger el argumento del administrado en este extremo.
95. Considerando todo lo expuesto, este Colegiado advierte que Banco Pichincha remitió comunicaciones comerciales sin contar con el consentimiento previo de los siguientes consumidores:

Nº	Nº de reporte	Nº Teléfono del Usuario	Número reportado	Número máscara utilizado	Banco Pichincha remitió llamada	Observación
1	8	946 *** 046	12894125	Rango 2894030 - 2894479	NO	Llamada no reconocida por Banco Pichincha, pero el número reportado coincide con las máscaras de sus call centers
2	10	984 *** 960	906404695	906404695	NO	Llamada no reconocida por Banco Pichincha, pero el número reportado coincide con las máscaras de sus call centers
3	15	969 *** 685	918025820	-	SI	En la llamada remitida no se le pidió consentimiento previo
4	29	952 *** 183	916875581	-	SI	En la llamada remitida no se le pidió consentimiento previo
5	33	993 *** 102	908324789	-	SI	En la llamada remitida no se le pidió consentimiento previo

96. Por lo expuesto, corresponde sancionar a Banco Pichincha por infracción a lo establecido en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código, en la medida que empleó métodos comerciales agresivos, en tanto realizó comunicaciones con la finalidad de promover la contratación de sus productos y/o servicios, sin previamente haber recabado el consentimiento de sus consumidores

C. Graduación de la sanción

97. Corresponde determinar la sanción a imponer, aplicando de los criterios previstos en el Código y los contemplados en el TUO de la LPAG.
98. El principio de razonabilidad¹⁹ establece que las decisiones de la autoridad deben adoptarse dentro de los límites de sus facultades y manteniendo la proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar.
99. Los criterios previstos en los artículos 110 y 112 del Código disponen que el órgano resolutorio debe atender a la gravedad de la infracción, el beneficio ilícito esperado, la probabilidad de detección, el daño, los efectos que puedan ocasionarse, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación y los atenuantes o agravantes en cada caso²⁰.

¹⁹

TUO de la LPAG

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

- a. El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b. La probabilidad de detección de la infracción;
- c. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d. El perjuicio económico causado;
- e. La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f. Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

²⁰

Código

Artículo 110.- Sanciones administrativas

El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente.

La cuantía de las multas por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, se rige por lo establecido en dicha norma, salvo disposición distinta del presente Código.

En caso que el proveedor incumpla un acuerdo conciliatorio o cualquier otro acuerdo que de forma indubitable deje constancia de la manifestación de voluntad expresa de las partes de dar por culminada la controversia, o un laudo arbitral, el órgano resolutorio puede sancionar con una multa entre una (1) Unidad Impositiva Tributaria y doscientos (200) Unidades Impositivas Tributarias. Para la graduación se observan los criterios establecidos en el presente Código y supletoriamente, los criterios que establece la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General o la norma que lo sustituya o complementa.

Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que ordene el órgano resolutorio y de la responsabilidad civil o penal que correspondan.

Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

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

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.

100. Estos criterios sirven como parámetro de juicio para una mayor objetividad de la gravedad de la infracción y la imposición de la sanción, en garantía de los derechos del infractor.
101. En la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 006-2014-PCM, publicada el 23 de enero de 2014 y vigente a partir del 23 de abril de 2014, se establece que los factores necesarios para la determinación de la multa a imponer por los órganos resolutores del Indecopi son: el beneficio ilícito (o, en forma alternativa, el daño) dividido entre la probabilidad de detección y el resultado multiplicado por los factores atenuantes y agravantes.
102. Teniendo en cuenta los criterios señalados, este Colegiado ha graduado la infracción imputada de la siguiente manera.
103. Los criterios utilizados para la graduación de la presente infracción consideran el tipo de empresa del administrado según su facturación anual²¹ y el nivel de gravedad

6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutor.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
3. En los procedimientos de oficio, promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y a sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.
5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

²¹ Los tipos de empresa y su facturación son los siguientes:

Tipo de empresa
Microempresa Hasta 150 UIT
Pequeña empresa Mayor a 150 UIT hasta 1700 UIT
Mediana empresa Mayor a 1700 UIT hasta 2300 UIT
Gran empresa

según el tipo de infracción establecido en el artículo 110 del Código²². Es así como, tomando en cuenta dichos criterios, la graduación de sanción para el presente hecho infractor se muestra en la siguiente tabla:

Tabla de Graduación de Multa

Multa en UIT		Tipo de Empresa (según tamaño)			
		Micro (facturación hasta 150 UIT)	Pequeña (facturación de 151 a 1700 UIT)	Mediana (facturación de 1700 a 2300 UIT)	Grande (facturación de más de 2300 UIT)
Tipo de infracción	Muy Grave	56.25	112.5	225	450
	Grave	18.75	37.5	75	150
	Leve	Amonestación	12.5	25	50

104. Para la configuración de las multas establecidas en la tabla, se tomó en consideración para el tipo de infracción, la sanción máxima que establece el Código, y, para el tipo de empresa (según tamaño), el criterio de proporcionalidad tomando en cuenta que el impacto de la conducta infractora varía según el tamaño de empresa.
105. En ese sentido, teniendo en cuenta que el administrado se encuentra clasificado como una Gran Empresa²³, y que el nivel de gravedad de la infracción, para este caso, es Leve²⁴, la multa ascendería a 50 UIT.
106. En este punto, Banco Pichincha alegó en su defensa que al momento de graduar se debe considerar los criterios indicados en el artículo 112 del Código al momento de graduar; esto es, que el beneficio ilícito es cero, que el Banco ha colaborado activamente, que no existe una conducta que dañe severamente el mercado al tratarse de pocos casos, y la falta de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
107. Sobre el particular, es preciso indicar al administrado que los órganos resolutivos tienen la obligación de graduar la sanción respectiva cuando ha determinado su existencia. En esa línea, en el ya citado artículo 112 del Código se establecen

Mayor a 2300 UIT

Fuente: cuadro elaborado en base al Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

²² Cabe señalar que la clasificación del tipo de infracción (Muy grave, Grave y Leve) se estima en función a la proporción de comunicaciones sin consentimiento respecto del total de comunicaciones establecidas por el administrado. Considerando como una infracción Leve, una proporción ubicada en el rango de mayor a 0% hasta 50% de comunicaciones sin consentimiento; Grave, una proporción ubicada en el rango de mayor a 50% hasta 90%; y, Muy Grave, una proporción ubicada en el rango de mayor a 90% hasta 100%. Es necesario precisar que en este procedimiento, dado el tipo de supervisión efectuada, se tomará en consideración la información respecto de las comunicaciones que fueron materia de supervisión; lo que no implica que en posteriores procedimientos la metodología de obtención de información se modifique inclusive a un supuesto de muestra / universo, entre otros.

²³ Los ingresos del administrado correspondientes al año 2018 ascienden a (CONFIDENCIAL). Fuente: Expediente 80-2019/CC3.

²⁴ Ello en la medida que, de la información que obra en el expediente, se registra un total de 34 comunicaciones de las cuales 5 de ellas se realizaron sin el consentimiento previo del consumidor. Por lo tanto, la proporción de comunicaciones realizadas sin consentimiento ascendería a 14.7%, es decir, un tipo de infracción Leve.

- determinados criterios de graduación, así como circunstancias atenuantes especiales, que pueden ser considerados por el órgano resolutorio al momento de calcular la multa a aplicar. El uso concurrente de todos estos factores, sin embargo, no resulta obligatorio para el órgano resolutorio, sino que se deberá elegir cuáles son los criterios más idóneos ante cada caso concreto.
108. Asimismo, añadió que la tabla utilizada para graduar es discriminatoria en tanto considera el tamaño de la empresa investigada y coloca un límite mínimo de sanción a estas empresas, cuando en el Código no se señala límite alguno, siendo además desproporcional e irracional.
 109. Al respecto, la graduación de sanción impuesta considera dos (2) elementos; por un lado, el alcance que tiene la conducta del administrado; y, por otro lado, el porcentaje de incumplimiento de los consumidores que registraron información en la herramienta “Whatsapp No Insista”.
 110. Respecto al primer punto, cabe precisar que, considerando que el impacto que la conducta infractora genera en el mercado depende del tamaño de la empresa (pues el universo de consumidores al que puede llegar es mayor), no es posible equiparar a todas las empresas por igual; en su lugar, corresponde analizar su posición en el mercado.
 111. En relación al porcentaje de incumplimiento de los consumidores que registraron información en la herramienta “Whatsapp No Insista” se consideró que la infracción es leve, ello en la medida que en el presente PAS únicamente se advirtió la infracción en un (1) solo caso. En este punto, el Código ha establecido en su artículo 110 que para la imposición de sanciones de infracciones consideradas como leves debe considerarse un rango mínimo de una amonestación y máximo de una sanción ascendente a 50 UIT.
 112. Así, la “Tabla de Graduación de Multa”, tiene por finalidad dotar de contenido y razonabilidad los rangos de multa establecidos en el artículo 110, siendo que la multa recomendada por la Secretaría Técnica y adoptada por este Colegiado se encuentra dentro del rango regulado en el Código, habiendo considerado las circunstancias en las que se cometió la infracción, esto es, el tamaño de la empresa (grande) y su capacidad de afectar a un número mayor de consumidores, lo que en el presente caso se traduce en la cantidad de consumidores afectados, esto es, un (1) consumidor (infracción leve).
 113. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna al principio de razonabilidad ni se ha cometido un exceso de punición; por el contrario, haber tenido en cuenta, entre otras cosas, el tamaño de la empresa para determinar la sanción que correspondería imponer, constituye una materialización de lo previsto en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
 114. Bajo la misma lógica, tampoco nos encontramos ante un supuesto de discriminación por el mero hecho de considerar el tamaño de la empresa, puesto que ello permite evaluar el impacto en el mercado de la conducta.
 115. Considerando lo antes señalado, corresponde sancionar a Banco Pichincha con una multa ascendente a 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

116. Sobre el particular, cabe precisar que Banco Pichincha acreditó haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la conducta ilegal, por lo tanto, corresponde atenuar la multa según el artículo 112 de Código. En consecuencia, corresponde atenuar la multa en un 10%.
117. Considerando lo antes señalado, corresponde sancionar a Banco Pichincha con una multa de 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)²⁵.
118. Sin perjuicio de ello, se considera pertinente indicar que, en caso se advierta reincidencia²⁶ en la conducta infractora, se tomará en cuenta ello como agravante en la graduación de la sanción que corresponda imponer, incidiendo en la aplicación de la tabla antes expuesta.

D. Sobre el Registro de Infracciones y Sanciones

119. Este Colegiado dispone la inscripción de la infracción y sanción a que se refiere la presente Resolución en relación a Banco Pichincha en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, una vez que la resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119²⁷ del Código.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Sancionar a Banco Pichincha con una multa de 45 UIT²⁸, por infracción a lo establecido en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que empleó métodos comerciales agresivos, en tanto realizó comunicaciones con la finalidad de promover la contratación de sus productos y/o servicios, sin previamente haber recabado el consentimiento de sus consumidores. Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

²⁵ Multa en UIT sin considerar factor atenuante * (1- Factor Atenuante) = 50 * (1-10%) = 45 UIT

²⁶ TUO de la LPAG

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; (...)

²⁷ Código

Artículo 119.- Registro de infracciones y sanciones

El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.

²⁸ Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - sito en Calle La Prosa 104, San Borja.

SEGUNDO: Denegar la solicitud de uso de la palabra presentada por Banco Pichincha, dado que el administrado tuvo la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a exponer las razones que fundamentan su posición y existieron elementos suficientes para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

TERCERO: Informar a Banco Pichincha que la presente resolución tiene eficacia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 218²⁹ del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cabe la presentación del recurso de apelación. Se señala que dicho recurso deberá ser presentado ante la Comisión en un plazo máximo de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, caso contrario, la resolución quedará consentida.

CUARTO: Disponer la inscripción de las infracciones y sanciones a que se refiere la presente Resolución en relación a Banco Pichincha en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, una vez que la resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

QUINTO: Requerir a Banco Pichincha el cumplimiento espontáneo de las multas impuestas en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁰, precisándose que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

Con la intervención de los señores Comisionados: Alberto Cairampoma Arroyo, Guiselle Romero Lora y Lennin Quiso Córdova.

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO
Presidente

29

TUO de la LPAG

Artículo 218

218.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración.
- b) Recurso de apelación.

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días. (...)

30

TUO de la LPAG

Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontaneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.