



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 3

PROCEDIMIENTO : DE OFICIO

DENUNCIADA : BLUE MARLIN BEACH CLUB S.A.

MATERIA : MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS

ACTIVIDAD : ALOJAMIENTO Y ACTIVIDADES DE AGENCIAS DE VIAJES

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado en el extremo que halló responsable a Bue Marlin Beach Club S.A. por infracción del artículo 58°.1 literal f) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que, a través del empleo de mecanismos articulados, ejerció una influencia indebida en los consumidores, afectando de manera determinante su voluntad con el empleo de métodos comerciales agresivos, tales como: (i) exponer a los consumidores a un ambiente bullicioso que no les permitía escuchar de forma clara la información del “Programa Multivacaciones Decameron”; (ii) trasladar una gran cantidad de información sobre las condiciones y beneficios del Programa Vacacional en un tiempo mayor a 2 horas; y, (iii) brindar información imprecisa, incompleta o errónea respecto a las condiciones del Programa Vacacional.*

SANCIÓN: 450 UIT

Lima, 22 de enero de 2020

ANTECEDENTES

1. En el marco de las acciones de supervisión y fiscalización desarrolladas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión), esta encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, la GSF) la realización de acciones de supervisión a establecimientos comerciales que ofertaban servicios de intermediación turística¹, entre los que se encontraba Bue Marlin Beach Club S.A.² (en adelante, Blue Marlin) a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código).
2. Como consecuencia de la referida supervisión, la GSF emitió el Informe 796-2018/GSF, de fecha 21 de agosto de 2018, mediante el cual concluyó que existían indicios que permitían establecer que Blue Marlin habría incurrido en

¹ Mediante Memorandum 0312-2017/CC3 de fecha 4 de julio de 2017.

² RUC: 20205605500 con domicilio fiscal ubicado en Av. 28 de Julio 151 Urb. Miraflores, Miraflores, Lima.



prácticas comerciales agresivas o engañosas, por lo que recomendó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra dicho proveedor.

- Mediante Resolución 1 del 28 de septiembre de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador contra Blue Marlin, de acuerdo con los siguientes términos:

“PRIMERO: Iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de BLUE MARLIN BEACH CLUB S.A., a instancia de la Secretaría Técnica, con cargo a dar cuenta a la Comisión de Protección al Consumidor N° 3, por la presunta infracción a lo establecido en el literal f) del artículo 58.1 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, puesto que habría empleado métodos comerciales agresivos o engañosos sobre los consumidores a fin de que contraten el “Programa Multivacaciones Decameron” lo cual afectaría de forma significativa su libertad de contratar, tales como:

(i) Haber solicitado que los consumidores efectúen primero el pago por el “Programa Multivacaciones Decameron” antes de que puedan acceder a los términos del contrato o leer las condiciones de este.

(ii) Haber expuesto a los consumidores a un ambiente bullicioso que no le permitiría escuchar de forma clara la información del “Programa Multivacaciones Decameron” puesto que se oye música a alto volumen, las conversaciones de otras personas generarían aún más ruido y subirían el volumen de la música cada vez que contratan el programa vacacional para luego felicitarlo en público.

(iii) Haber trasladado una gran cantidad de información sobre las condiciones y beneficios del Programa Vacacional en un tiempo aproximado de 2 horas y media.

(iv) Haber brindado información imprecisa, incompleta o errónea respecto a las condiciones del Programa Vacacional

(v) Haber realizado comentarios dirigidos a cuestionar las capacidades de los consumidores cuando estos se encuentran indecisos o rechazan adquirir el programa.”

(Resaltado y subrayado nuestro)

- El 29 de enero de 2019, Blue Marlin presentó sus descargos a la imputación efectuada en su contra, solicitando que se declare la nulidad de lo actuado en el presente procedimiento pues, entre otros puntos, el mismo se sustentó en actuaciones probatorias que no habían observado la ley.
- Asimismo, a través de dicho escrito, la investigada adjuntó el volumen de ventas de los años 2016 y 2017 declarados ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, información que fue declarada confidencial mediante Razón de Secretaría Técnica del 1 de febrero de 2019.



6. Mediante Resolución 4, de fecha 5 de abril de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Blue Marlin que presente, entre otros puntos, información relacionada al valor de ventas totales obtenidas como consecuencia de los contratos firmados luego de las charlas informativas de los “Programas Multivacaciones Decameron”. Dicha información fue presentada el 23 y 26 de abril de 2019, declarándose la confidencialidad del contenido de los citados escritos a través de Razones de Secretaría Técnica del 24 y 29 de abril de 2019.
7. El 15 de abril de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión efectuó una diligencia de inspección en las instalaciones de Blue Marlin ubicadas en Avenida República de Panamá 3591, piso 18, San Isidro, en calidad de consumidor incógnito. En dicha diligencia, se contó con la participación de representantes de Blue Marlin, quienes dejaron constancia de algunos comentarios y observaciones a la mencionada actuación.
8. El 25 de abril de 2019, Blue Marlin presentó observaciones al acta de inspección referida en el párrafo precedente.
9. El 30 de abril de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 (en adelante, la Comisión) el Informe Final de Instrucción 080-2019/CC3-ST, mediante el cual recomendó sancionar a Blue Marlin con una multa total de 450 UIT al considerar que se encontraba acreditada la infracción imputada en su contra.
10. El 8 de mayo de 2019, Blue Marlin presentó un escrito a través del cual reiteró diversos cuestionamientos procedimentales contenidos en sus descargos, formuló observaciones al contenido del Informe Final de Instrucción 080-2019/CC3-ST, presentó documentación relativa a su posición respecto al hecho imputado en su contra y solicitó la programación de un informe oral. Cabe precisar que la referida documentación adjunta fue declarada confidencial mediante Razón de Secretaría Técnica del 13 de mayo de 2019.
11. Mediante Resolución 0094-2019/CC3 del 14 de mayo de 2019, la Comisión halló responsable a Blue Marlin por infracción del artículo 58°.1 literal f) del Código, al haberse acreditado que, a través del empleo de mecanismos articulados, ejerció una influencia indebida en los consumidores, afectando de manera determinante su voluntad con el empleo de métodos comerciales agresivos, tales como: (i) exponer a los consumidores a un ambiente bullicioso que no les permitía escuchar de forma clara la información del “Programa Multivacaciones Decameron”; (ii) trasladar una gran cantidad de información sobre las condiciones y beneficios del Programa Vacacional en un tiempo mayor a 2 horas; y, (iii) brindar información imprecisa, incompleta o errónea respecto a las condiciones del Programa Vacacional.



12. A través de dicha decisión, el órgano resolutorio impuso una multa de 450 UIT a Blue Marlin por la referida infracción, disponiendo -además- su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.
13. El 18 de junio de 2019, Blue Marlin interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 0094-2019/CC3, solicitando la programación de un informe oral y sustentando su impugnación en los siguientes fundamentos:

Sobre los presuntos vicios de nulidad

a) Nulidad del origen del presente procedimiento

- (i) Las pruebas que sustentaron el inicio del presente procedimiento debieron adecuarse a la normativa vigente; sin embargo, estas no probaban la existencia de indicios o la comisión de métodos agresivos o engañosos, ni constituían el desarrollo continuo y periódico de su procedimiento de venta;
- (ii) los documentos utilizados por la Secretaría Técnica no podían equipararse ni utilizarse como un ejemplo o símil de que todas las transacciones comerciales en las que intervenía su empresa se desarrollaban en los mismos términos que el señalado por la Comisión;
- (iii) los documentos que sirvieron de base para el inicio del procedimiento se basaban en situaciones particulares contenidas en documentos que presentaban hechos específicos y denotaban actividades únicas desarrolladas en el tiempo, por lo que el inicio del procedimiento carecía de motivación y fundamentos suficientes;
- (iv) no existía disposición legal que permita que el contenido de otros documentos correspondientes a otras situaciones tenga valor probatorio pleno y que podrían utilizarse para probar situaciones que pretendían atribuirse de manera continua y periódica a un proveedor;
- (v) la actividad probatoria debía ser efectuada con pruebas y no con indicios, razón por la cual la prueba indiciaria no resultaba aplicable al presente caso; asimismo, la naturaleza de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil eran distintas y no resultaban naturalmente compatibles entre sí;
- (vi) correspondía declarar la nulidad del procedimiento debido a la falta de actividad probatoria, pues los documentos denominados "reporte de supervisión" y "documento de registro de información" no constituían pruebas válidas, y no fueron tomados en cuenta por la Comisión al resolver; no obstante, estas eran las únicas pruebas "directas" de la comisión de las supuestas infracciones imputadas en su contra;
- (vii) si bien el Indecopi se encontraba facultado para realizar diligencias de inspección, ninguna disposición legal permitía que el resultado de dichas diligencias tenga valor de prueba plena y que las mismas podían utilizarse en todos los procedimientos en los que la materia a discutir sea de similar contenido;

b) Acta del 22 de marzo de 2018



- (viii) la Comisión hizo referencia a la actuación de sucedáneos de los medios probatorios; no obstante, si bien el indicio o sucedáneo podía ser utilizado por el Juez, ello no implicaba que podía ser utilizado en procedimientos administrativos sancionadores, cuando ello no había sido regulado así;
- (ix) el uso de sucedáneos de los medios probatorios solo se podía dar como complemento de los medios probatorios, y no podían utilizarse de manera única e independiente, debiendo ir aparejados de pruebas, o pruebas “directas”;
- (x) de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), el acta del 22 de marzo de 2018 no podía tomarse en cuenta, pues no se consignó correctamente el nombre de la persona jurídica fiscalizada, al atribuirle la titularidad de un hotel que no era de su propiedad o posesión, al haber señalado un RUC que no le correspondía al titular del hotel en el cual se efectuó la inspección, y al haber consignado una dirección que no le correspondía a su empresa;
- (xi) la Partida Registral 13965908 demostraba que el inmueble donde se efectuó la inspección (Hotel El Pueblo o Decameron El Pueblo) era de propiedad de Inmobiliaria El Pueblo S.A.C.;
- (xii) el acta del 22 de marzo de 2018 no consignó los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización, pues los supervisores incógnitos no indicaron cuál era el objeto de la fiscalización, es decir, qué hechos concernientes al Programa Vacacional verificaron; por ello, el acta no debió ser considerada para la determinación de responsabilidad de su empresa;
- (xiii) aún si se considerase válida la prueba, debía considerarse que el resultado de la fiscalización fue favorable a su empresa, pues la Comisión de la Fiscalización de la Competencia Desleal archivó la investigación preliminar seguida en su contra;
- (xiv) conforme a lo establecido en el TUO de la LPAG, las inspecciones de incógnito ya no serían posibles, pues la Administración estaba facultada a realizar grabaciones de audio con conocimiento previo del administrado; en ese sentido, si la grabación se realizó de manera incógnita y no puso ello en su conocimiento de manera previa, la grabación del audio era nula;
- (xv) en la inspección incógnita del 22 de marzo de 2018, se acreditó que su empresa no empleaba métodos comerciales agresivos o engañosos, pues la misma daba cuenta que entregaba un bono de descuento por el solo hecho de asistir a su charla sin condicionar su entrega, además acreditaba que su representada no ejercía presión sobre los consumidores a efectos de que contraten su servicio;
- (xvi) teniendo en cuenta que la referida inspección se realizó por encargo de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, lo resuelto y verificado en dicha oportunidad debió utilizarse única y exclusivamente



- en la investigación preliminar de oficio tramitada por dicho órgano, la misma que concluyó que no existían indicios suficientes que conlleven el inicio de un procedimiento en su contra;
- (xvii) se trató de una inspección realizada por orden de otra Comisión, cuyas funciones y competencias eran ajenas a la materia de protección al consumidor; y, aún en el supuesto de considerar dicha inspección, se debía tener en cuenta que la misma permitió dar cuenta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que no correspondía el inicio de un procedimiento sancionador en su contra;
- c) Acta de inspección del 15 de abril de 2019
- (xviii) el acta en mención contenía como anexo un audio, el cual formaba parte de esta; por lo tanto, debió entregársele copia del referido audio junto con el acta al finalizar la diligencia de inspección; habiéndose infringido lo dispuesto en el TUO de la LPAG;
- (xix) dado que la norma obligaba a que el acta se entregue completa, debieron agotarse todos los medios al alcance de los supervisores a fin de entregar una copia del audio, como por ejemplo realizar una segunda grabación del audio en un equipo de grabación adjunto, de manera que una grabación pueda quedar en poder del funcionario y otra pueda ser entregada a su empresa; o, que el funcionario grabe el archivo del audio ya grabado en una computadora donde se efectuó la inspección, de modo que su empresa pueda contar con una copia del archivo;
- (xx) la Comisión no podía omitir su obligación de cumplir con la ley, escudándose en la falta de medios técnicos necesarios si la ley exigía el cumplimiento de determinados parámetros para la validez de sus actos;
- d) Sobre la indebida utilización de la carpeta fiscal 664-2016 (Oficio 1419-2017-DTF-FPMC-CVZ-PMSV)
- (xxi) los artículos 324° y 325° del Código Procesal Penal establecían que la investigación tenía carácter reservado y solo podían enterarse de su contenido las partes, de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados; asimismo, señalaban que las copias que se obtengan solo servían para la defensa y no para ser remitidas a otras entidades públicas; y, finalmente, se establecía que las actuaciones de la investigación solo servían para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia;
- (xxii) la incorporación de los actuados en el Expediente 119-2018-GSF resultaba nula, ilegal y pasible de sanciones, no solo para la Fiscalía, sino para los funcionarios del Indecopi que incorporaron dicho documento al expediente, dado que dicho documento debía mantenerse bajo reserva absoluta;
- (xxiii) sin perjuicio de lo anterior, dicha investigación fiscal concluyó disponiendo “no ha lugar formalizar y continuar con la investigación preparatoria” contra su empresa;



- (xxiv) la Comisión hizo referencia a lo dispuesto en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; sin embargo, dicha norma resultaba aplicable a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, y no para la Fiscalía Mixta Corporativa;
- (xxv) la Comisión pretendió sustentar la aplicación de métodos comerciales agresivos en una investigación penal que resultó favorable para su empresa, es decir, donde se determinó que no existía la configuración de un ilícito penal;
- e) Sobre los procedimientos seguidos bajo los Expedientes 919-2016/CC2 y 103-2017/CC2
- (xxvi) dichos procedimientos se referían a situaciones específicas de espacio-tiempo, y no podían equipararse ni utilizarse como un ejemplo o símil de que todas las transacciones realizadas por su empresa con sus futuros clientes se desarrollen en los mismos términos como sucedió en aquellos casos;
- (xxvii) las resoluciones finales mencionadas por la Secretaría Técnica no formaron parte de los antecedentes a los cuales se refirió la GSF en el Informe 796-2018/GSF y respecto de los cuales se basó la Comisión para realizar la imputación de cargos;
- (xxviii) dichos expedientes, y las resoluciones correspondientes a dichos casos, no debieron ser considerados pues no formaron parte de los antecedentes para iniciar las investigaciones a su empresa, siendo prueba nueva no notificada a su representada;
- f) La Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI
- (xxix) la Secretaría Técnica de la Comisión utilizó medios probatorios que no habían sido incorporados al presente expediente, vulnerando su derecho de defensa y el Debido Procedimiento;
- (xxx) las pruebas generadas en función al procedimiento de venta aludido en la Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI correspondían a su proceso de venta del año 2013, pese a que su procedimiento de ventas había sufrido modificaciones sustanciales;
- (xxxi) la inclusión de la referida resolución era prueba nueva no notificada a su empresa;
- g) La vulneración de la Reserva Tributaria
- (xxxii) en el Informe Final de Instrucción 080-2019/CC3 y en la resolución impugnada, se consignaron expresamente las cifras e información de sus ventas totales del Programa Multivacaciones (aportada en su escrito del 26 de abril de 2019), y sobre las cuales indicaron la Reserva Tributaria de pleno derecho, dado que eran cifras de ventas, vulnerando así la reserva y confidencialidad que de pleno derecho tenía esa información y causándoles un grave perjuicio, hecho que generaba la nulidad de todo el procedimiento por la contravención a la Constitución y diversas normas sobre la materia;



- (xxxiii) al ser el informe referido un documento incorporado en un expediente que podía ser de público conocimiento, se vulneró la Reserva Tributaria y se les causó un grave daño, presentándose un problema de inseguridad, pues la misma fue puesta en conocimiento de terceros, pudiendo incidir en la seguridad de su empresa y de su personal;
- (xxxiv) los funcionarios de la Secretaría Técnica de la Comisión, el personal administrativo de la misma, los empleados que laboraban en el Indecopi en las áreas involucradas en la notificación, y el propio notificador, podrían haber tomado conocimiento de dichos datos de naturaleza tributaria, con lo cual se hacía patente la violación de la reserva y confidencialidad existente;
- (xxxv) dada la existencia de responsabilidad funcional en este hecho, solicitó el inicio de las acciones de control y disciplinarias respectivas a efectos de determinar la responsabilidad de los funcionarios correspondientes;
- (xxxvi) en la Razón de Secretaría del 29 de abril de 2019, no se detalló que se encontraba bajo reserva y confidencialidad la información correspondiente a sus ventas obtenidas como consecuencia de los contratos firmados luego de las charlas informativas de sus programas vacacionales, hecho que debía ser investigado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) y la Oficina de Control Interno del Indecopi;
- (xxxvii) la información presentada no tenía el carácter de información de datos económicos administrativos o de gestión, sino que constituían datos económicos de naturaleza tributaria;
- (xxxviii) la notificación directa del informe no constituía una forma de resguardar la información confidencial, pues a la misma podían acceder terceros ajenos al expediente y los funcionarios y el personal auxiliar de la Secretaría Técnica de la Comisión;
- (xxxix) se pudo haber remitido a la información sobre sus ventas sin necesidad de colocar las cifras expresamente;
- (xl) se pretendió utilizar lo señalado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuando dicha disposición resultaba aplicable a la fiscalización administrativa, mientras el presente caso se refería a cifras y datos económicos de carácter contable y tributario sujetos a la reserva tributaria y confidencialidad de pleno derecho;
- (xli) las cifras económicas de contenido contable y tributario constituían información amparada por la Reserva Tributaria, la cual solo podía ser levantada a pedido de un Juez, Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado; asimismo, dicha información solo podía ser utilizada por la Administración Tributaria para sus fines propios;
- (xlii) de acuerdo al artículo 85° del Código Tributario, la obligación de mantener la Reserva Tributaria se extendía a quienes accedan a la información calificada como reservada;



- (xliii) las cifras presentadas como ventas totales de los años 2016 a 2018 debían mantenerse reservadas y confidenciales en todo momento, aún después de que finalice el procedimiento, por lo que no resultaba aplicable lo dispuesto en la Ley 27806;
- (xliv) en la resolución impugnada la Comisión hizo referencia a la proporción de consumidores que contrataron sus servicios, vulnerando así la confidencialidad al exponer información administrativa y de gestión, la misma que constituía secreto empresarial y que había sido protegida mediante la Razón de Secretaría del 29 de abril de 2019;
- (xlv) en la resolución recurrida, específicamente en el cálculo de la ganancia ilícita, la Comisión hizo referencia explícita, además, a sus ingresos obtenidos en los años 2017 y 2018, exponiendo nuevamente sus datos tributarios y contables sin ningún resguardo y protección;
- (xlvi) en otros procedimientos tramitados contra otras empresas relacionadas al servicio de intermediación turística, se protegieron sus datos contables y tributarios, así como datos que podían señalar un secreto empresarial, lo cual no había ocurrido con su empresa y denotaba una actuación discriminatoria;
- (xlvii) resultaba falso que la información haya sido expeditivamente resguardada, pues el 6 de mayo de 2019, un miembro del estudio de abogados que asesoraba a su empresa asistió al Indecopi a dar lectura del presente expediente, el cual le fue entregado sin que se le solicite poderes de representación por parte de su representada o la acreditación de estos en el expediente;
- (xlviii) dicha persona solicitó copias simples de las fojas 871 a 892, las cuales le fueron entregadas y contenían el íntegro del Informe Final de Instrucción, donde se encontraba su secreto empresarial y los datos de carácter contable y tributario;
- h) Sobre el pedido de informe oral
- (xlix) de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, no resultaba suficiente la sola alusión a que se contaban con elementos de prueba para decidir sobre el fondo de la controversia; y,
 - (l) conforme a lo actuado en el procedimiento y la complejidad y cantidad de actuados, resultaba necesario presentar sus argumentos de forma oral ante la Comisión.

Sobre los medios probatorios obrantes en el expediente

a) Las denuncias de parte

- (i) La Comisión consideró las denuncias de parte para fundamentar su decisión de considerar la infracción imputada a su empresa como continuada; sin embargo, previamente había señalado que dichas denuncias solo cumplieron una labor informativa, resultando ello incongruente;
- (ii) la infracción al Código no se determinaba ni se acreditaba en función a la cantidad de denuncias, sino en virtud a un procedimiento sancionador



que culminara con la emisión de resoluciones finales, las cuales declararon infundadas las denuncias interpuestas en su contra o concluyeron el procedimiento en virtud de un acuerdo conciliatorio;

- b) Sobre la solicitud de nulidad de la resolución de imputación de cargos
- (iii) la Comisión no tuvo en consideración sus argumentos de descargos al Informe Final de Instrucción, pues transcribió lo señalado por su Secretaría Técnica, incurriendo en una causal de nulidad pues se omitió comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el procedimiento;
- c) Sobre la naturaleza de la infracción
- (iv) la Comisión consideró que la conducta imputada en su contra se encontraría en la clasificación de una presunta infracción continuada, transcribiendo mayormente los argumentos esbozados por su Secretaría Técnica en el Informe Final de Instrucción, sin tomar en cuenta sus argumentos esbozados en su escrito del 8 de mayo de 2019; y,
- (v) contrariamente a lo expuesto por la Comisión, la conducta imputada en su contra no era de carácter continuado, pues la inclusión de las denuncias de parte era incorrecta en tanto las mismas resultaron favorables a su empresa y no acreditaban la aplicación de métodos comerciales agresivos; además, la inclusión de los Expedientes 919-2016/CC2 y 103-2017/CC2 daba cuenta de hechos que no podían equipararse a sus procedimientos de venta actuales y no formaron parte de los antecedentes para el inicio del procedimiento; y, finalmente, la inspección del 15 de abril de 2019 resultaba nula, por lo que no existía acreditación de que su representada aplique métodos comerciales agresivos.

Sobre los métodos comerciales agresivos

- a) Sobre el ambiente bullicioso
- (i) La Comisión sustentó su presunta responsabilidad en el audio de la inspección del 15 de abril de 2019; sin embargo, dicha diligencia era nula, se encontraba incompleta y no culminó con el procedimiento de venta;
- (ii) el determinar si la música en la sala de ventas se encontraba a volumen alto o no, resultaba un elemento subjetivo de difícil o imposible determinación;
- (iii) bajo su apreciación, la música colocada en sus salas de venta no resultaba excesiva ni estruendosa como para considerar que se vulneró la capacidad de elección y/o decisión de los consumidores al adquirir el Programa Vacacional;
- (iv) la música de fondo apreciada en el audio de la supervisión del 15 de abril de 2019 no impedía en ningún momento que exista un diálogo entre la funcionaria del Indecopi y su personal, pues en varios



- momentos del audio, la supervisora intervino, efectuó consultas, y respondió las preguntas realizadas por su personal;
- (v) tanto la música como el ruido por las conversaciones de otros consumidores se trataban de elementos que se hallaban en la mayoría de los locales donde se concretaban relaciones de consumo;
 - (vi) en caso los potenciales consumidores consideren que la música podía mermar su capacidad de entendimiento, estos se encontraban en la posibilidad de manifestar dicha incomodidad;
 - (vii) no se pretendía trasladar carga alguna a los consumidores, sino, por el contrario, se trataba de una medida a fin de adecuarse a las apreciaciones que aquellos podían tener; por ello, su empresa siempre se encontraba a disposición de la solicitud de reducir el volumen de la música;
 - (viii) la Comisión reconoció que la supervisión del 15 de abril de 2019 constató únicamente una parte del proceso de venta, es decir, la etapa de las tratativas; sin embargo, no se constató de manera completa dicha etapa, pues el funcionario del Indecopi se identificó como tal cuando recién se le había alcanzado el contrato y la “verificación de términos del contrato” para su lectura y revisión;
 - (ix) su procedimiento de venta consistía en las siguientes etapas: de tratativas o precontractual (recepción del invitado, presentación del Programa Vacacional, explicación de los términos y condiciones del contrato, verificación de términos del contrato) y contractual (sucripción del contrato y pago del Programa Vacacional);
 - (x) el funcionario del Indecopi únicamente alcanzó la etapa referida a la explicación de términos y condiciones del contrato, dejando de participar en la verificación de sus términos, que constituía una etapa importante cuya finalidad era verificar y dejar constancia en un audio de que los principales puntos del Programa Vacacional hayan quedado completamente claros y no exista duda al respecto;
 - (xi) la diligencia de inspección resultaba cuestionable como demostración probatoria de la legalidad o no del procedimiento de venta como relación de consumo, en tanto no culminó con la misma, ni siquiera con la etapa de tratativas o precontractual;
 - (xii) la etapa de “verificación de términos del contrato” se llevaba a cabo en un ambiente sin música, alejado del ruido y particular, y tenía como objetivo corroborar y verificar que toda la información antes trasladada se encuentre acorde a lo establecido en el contrato;
 - (xiii) la Comisión consideró que existían pronunciamientos del Indecopi a través de los cuales se indicó que el hecho de que su empresa exponga a los consumidores a un ambiente bullicioso, representaba una acción que implicaba un método comercial agresivo; sin embargo, dichos pronunciamientos se encontraban relacionados a procedimientos de venta de los años 2016 y 2017, mientras que en el presente



- procedimiento se pretendía determinar si en el 2019 su representaba infringía la normativa;
- (xiv) durante dicho lapso, su empresa efectuó una serie de modificaciones sustanciales a su proceso de ventas, que evidenciaban que no se podía considerar que los mecanismos comerciales usados en el 2016 y 2017 eran los mismos aplicados al 2019;
 - (xv) en el Expediente 0919-2016/CC2, la Sala ordenó a su empresa que habilite una zona especial para que sus consumidores puedan leer y comprender adecuadamente los términos y condiciones del contrato (ambiente que habilitó, donde se llevaba a cabo la “verificación de los términos del contrato”); concluyéndose así que su empresa sí podía realizar el proceso de ventas en un ambiente con música y bulla, siempre que cumpla con habilitar una zona especial;
 - (xvi) si la Sala hubiese considerado necesario que todo el proceso de venta se debía realizar sin bulla alguna, debió ordenarle que las ventas debían realizarse en un ambiente sin música y bulla;
 - (xvii) no resultaba coherente que, si cumplió con la medida correctiva relacionada a una conducta infractora, posteriormente la Autoridad vuelva a sancionar la misma conducta desconociendo la medida correctiva ordenada inicialmente, e incluso tal medida no resultaría suficiente para corregir la conducta infractora, hecho que la dejaba en indefensión;
 - (xviii) la Comisión no motivó las razones por las cuales consideraba que la medida correctiva ordenada por la Sala en su oportunidad no sería suficiente para subsanar la conducta infractora;
 - (xix) resultaba incorrecto afirmar que la “verificación de términos del contrato” se realizaba luego de que el consumidor ya había formado un juicio de valor, pues, para dicho momento, el consumidor aún se encontraba en la etapa de tratativas o precontractual, analizando si finalmente adquiriese o no el servicio;
 - (xx) la Comisión no sustentó el motivo por el cual la existencia de bulla era una práctica sancionable y el resto de los casos solo serían hechos circunstanciales, como las tiendas en los centros comerciales; asimismo, no se analizó cuáles deberían ser los parámetros para determinar cuándo una música debería ser considerada a alto volumen o como un elemento distractor;
- b) Sobre la gran cantidad de información trasladada
- (xxi) en un primer momento, se informaba al consumidor que la charla duraría sesenta (60) minutos; sin embargo, si el consumidor manifestaba su intención de adquirir el Programa Vacacional, la referida charla podía prolongarse, por lo tanto, el tiempo de duración el proceso de ventas dependía de cada invitado;
 - (xxii) exigir que el tiempo informado (60 minutos) sea el máximo para explicar y concretar la venta del Programa Vacacional, resultaba ser contrario al Código, pues se exigiría de manera previa que, si el consumidor



deseaba contratar el servicio, tendría que hacerlo en un tiempo restringido;

- (xxiii) el traslado de la información relevante en toda relación de consumo se llevaba a cabo en un tiempo variable, pues dependía del servicio y/o producto ofrecido, cláusulas del servicio y cualquier duda o consulta que pueda surgir;
- (xxiv) aún si se considera que la información trasladada no era válida por la bulla que impediría la correcta comprensión, se debía tener en consideración la existencia de un letrado que se encontraba ubicado en las mesas de sus salas de venta, donde recomendaba a los consumidores que, para lograr comprender el Programa Vacacional, estos lean detalladamente el contrato;
- (xxv) ante la complicada labor de lograr un ambiente idóneo para la autoridad, y siendo que la misma no impuso parámetros para ello, su empresa adoptó como medida la incorporación del mencionado letrado, el cual obedecía también al cumplimiento de diversas medidas correctivas dictadas en el marco de otros procedimientos;
- (xxvi) el papel o manuscrito usado por sus representantes constituía un documento de ayuda o apoyo durante la explicación verbal que realizaba a sus invitados sobre los términos del programa y no tenían significancia por sí mismas, por ello solo se consignaban palabras sueltas y números, y no debía consignar todo lo que se indicaba de manera verbal;
- (xxvii) la Comisión consideró que su empresa efectuó distintas ofertas y presupuestos al funcionario del Indecopi; sin embargo, no precisó en qué consistirían dichas ofertas ni mencionó en qué parte de los manuscritos se dejó constancia de ello;
- (xxviii) del audio recabado en la diligencia de inspección, se verificaba que su empresa solo ofreció una oferta con un único presupuesto a la supervisora del Indecopi;
- (xxix) la Comisión consideró que el hecho de que su empresa pregunte al consumidor si tenía alguna duda no la eximía de responsabilidad pues este había sido atiborrado de información y no podía expresar sus dudas; sin embargo, no se tomó en cuenta que la supervisora del Indecopi participó activamente en la conversación al efectuar diversas consultas y comentarios, demostrando que sí era posible la comprensión de la información trasladada;
- (xxx) los consumidores sí se encontraban en la capacidad de formular comentarios o preguntas frente a la información que les era trasladada por parte de su personal;
- (xxxi) la Comisión consideró que su empresa buscaba generar un sentimiento de aburrimiento y confusión en el consumidor; sin embargo, ello no se condecía con un supuesto método comercial agresivo, pues ese tipo de mecanismos tenían por finalidad amedrentar o intimidar al



- consumidor, por lo que sentimientos como aburrimiento o confusión no resultaban acordes con la finalidad que dicho método buscaba;
- (xxxii) incluso si se generaron dichos sentimientos, no justificaban ni podían implicar que se mermaba la libertad de elección del consumidor;
- (xxxiii) ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 58°.1 hacía referencia al aburrimiento por parte del consumidor, quien, de sentirse de dicha forma, podía retirarse de su establecimiento sin contratar servicio alguno;
- (xxxiv) la Comisión tuvo en cuenta lo resuelto por la Sala en la Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI; sin embargo, en dicho procedimiento se analizó un proceso de venta del año 2013, mientras que en el presente expediente se pretendía determinar si en el 2019, su representada infringía la normativa de protección al consumidor;
- (xxxv) su empresa realizó una serie de modificaciones sustanciales a su proceso de venta;
- (xxxvi) la Comisión no imputó a su proceso de venta actual ninguno de los elementos descritos por la Sala en dicho procedimiento, salvo la cantidad de información y el ambiente bullicioso, evidenciando que dicho criterio no resultaba aplicable a su caso en concreto;
- (xxxvii) dado que no concurrían el resto de elementos, de considerarse que existía una gran cantidad de información trasladada, ello se trataba solo de una circunstancia aislada que no acreditaba un método comercial agresivo;
- c) Sobre la información imprecisa, incompleta o errónea
- (xxxviii) la Comisión consideró que su personal realizó un ofrecimiento a favor del consumidor en el minuto 00:44:31, sin embargo, no señaló en qué consistía el mismo de manera concreta;
- (xxxix) en sus descargos señaló que no había existido un ofrecimiento en concreto que deba ser incorporado en el contrato, tratándose únicamente del discurso introductorio del Programa Vacacional;
- (xl) la Comisión manifestó que en el minuto 00:56:37 se indicó que los costos de los hoteles se mantendrían constantes, pero del contrato no se verificaba ello; sin embargo, cuando el asesor de ventas mencionó que el precio del hotel no subiría, hacía referencia a que lo adquirido eran "Decas" que tenían un valor fijo;
- (xli) teniendo en cuenta que las "Decas" se canjeaban en noches de alojamiento en hoteles, se traducían en que tampoco el costo de dichas noches se incrementaría;
- (xlii) la Comisión manifestó que en el minuto 00:57:43 su empresa ofreció una tarifa preferencial, lo cual no estaría reflejado en el contrato; no obstante, el contrato establecía expresamente que las tarifas por concepto "Todo Incluido" tenían un precio preferencial;
- (xliii) en el minuto 00:58:39, la Comisión consideró que existía una contradicción entre lo informado y la cláusula que dejaba sin efecto los ofrecimientos realizados y no consignados en el contrato; sin embargo,



dicha cláusula no resultaba aplicable al presente caso, pues en la supervisión del 15 de abril de 2019, toda la información fue ofrecida el mismo día en el cual se hubiese celebrado el contrato;

- (xlv) lo señalado por su asesor de ventas se trataba de beneficios adicionales, encontrándose ello permitido en el numeral 21 del documento “verificación de los términos del contrato” que formaba parte integrante del contrato;
- (xlv) la Comisión sostuvo que los siete (7) contratos adjuntos a su escrito del 8 de mayo de 2019 (que demostraban que su empresa solía otorgar como beneficio el que se pueda hacer uso del Programa Vacacional pagando el 30% del mismo) debían ser contrastados con el resto de medios probatorios obrantes en el expediente, por lo cual no se podía determinar que su empresa tenía la práctica de permitir el uso del programa con el pago del 30% de su valor;
- (xlvi) de la mayoría de los contratos obrantes en el expediente, podía verificarse que se otorgó el beneficio a los consumidores de que podían utilizar el programa con el pago del 30%, hecho que también podía ser verificado del documento “Solicitud del Programa”;
- (xlvii) de los medios probatorios obrantes en el expediente, podía apreciarse que sí resultaba una práctica usual de su empresa permitir que los consumidores hagan uso del Programa Vacacional pagando únicamente el 30% de su valor;
- (xlviii) la Comisión consideró que su personal no informó sobre la restricción establecida en el contrato para el uso del programa, es decir, el pago del 50% de su valor; sin embargo, ello obedecía a que el asesor de ventas había ofrecido la posibilidad de usar el programa siempre que contratase y pagase como cuota inicial el 30% de su valor; es decir, se le iba a otorgar el documento “certificado de uso al 30%”, el cual no fue entregado debido a que no se culminó el proceso de venta;
- (xlix) al momento de adquirir el programa, el comprador debía pagar como mínimo el 30% del mismo, motivo por el cual con el primer pago realizado a la celebración del contrato y el “certificado de uso al 30%”, estos podían hacer uso del programa, en ese sentido, dado que no iba a ser aplicable la restricción del contrato, resultaba innecesario informar ello; y,
- (l) la Comisión afirmó que, de la revisión del contrato, no se podía advertir que existan condiciones específicas para que los consumidores puedan ceder el contrato pese a que en la inspección se señaló que existía la posibilidad de venderlo o cederlo; no obstante, se omitió considerar una cláusula del contrato que establecía expresamente que los consumidores tenían la facultad de ceder el contrato, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para ello.

Sobre la multa impuesta

- (i) La Comisión aplicó una multa sin motivar adecuadamente la misma ni mencionar cuál era la norma legal donde se encontraba establecida, vulnerando el Principio de Legalidad;
- (ii) la Comisión señaló que efectuaría una motivación económica para determinar la fórmula que sería aplicada en el caso en concreto; sin embargo, no se mencionó cuál era la supuesta motivación económica;
- a) Sobre los ingresos por la venta del Programa vacacional
- (iii) se tomaron en cuenta los valores de ventas totales obtenidas como consecuencia de los contratos firmados luego de las charlas informativas de los Programas Vacacionales para interpretar que dichos números serían los ingresos de su empresa por la venta del programa vacacional durante los años 2017 y 2018, cuando ello no era correcto;
- (iv) el requerimiento formulado por la Secretaría Técnica de la Comisión hizo alusión expresa al valor de ventas totales de sus programas vacacionales, y no al ingreso real obtenido por su empresa;
- (v) en su escrito del 23 de abril de 2019, se consideró que la información solicitada era la suma total de cada uno de los valores de los Programas Vacacionales vendidos del 2016 al 2018, indistintamente si esas sumas habían sido pagadas en su totalidad por los consumidores, y, en consecuencia, si el íntegro de dichos valores había ingresado a su favor;
- (vi) la venta total de un producto equivalía al monto total que las partes fijaron, y no implicaba el valor real pagado por el consumidor a la celebración del contrato;
- (vii) en la totalidad de las ventas realizadas por su empresa, los consumidores no cancelaban el íntegro del precio del Programa Vacacional; por el contrario, aquellos únicamente cancelaban una cuota inicial que equivalía a un porcentaje mínimo del valor total del Programa Vacacional;
- (viii) no podía considerarse que los valores indicados en su escrito del 26 de abril de 2019 eran el reflejo de los ingresos obtenidos por su empresa, pues un porcentaje de consumidores no llegaban a cancelar las cuotas faltantes, otro porcentaje solicitaba anticipadamente la resolución contractual, y otro porcentaje celebraba adendas al contrato, reduciendo el monto de la venta del programa;
- b) Sobre el margen de ganancia
- (ix) la Comisión determinó que el margen de ganancia sería aquel establecido para las empresas del sector económico Turismo y Hotelería, el cual ascendía al 7% al año 2016, basando ello en una captura de pantalla que no se apreciaba de manera legible y completa;
- (x) conforme acreditó en su escrito del 8 de mayo de 2019, a dicha oportunidad, el enlace referido por la Comisión no se encontraba disponible;



- (xi) sin perjuicio de lo anterior, si la Comisión deseaba conocer la ganancia real obtenida por su empresa, debió habérselo requerido, y no calcularla en base a números y porcentajes que no resultaban exactos;
- c) Sobre la proporción de consumidores que contrataron el Programa Vacacional
- (xii) no todas las ventas del Programa Vacacional podían ser consideradas como infracciones al Código, debiendo considerarse que menos del 1% de los consumidores que contrataron el Programa Vacacional interponían denuncias aduciendo métodos comerciales agresivos o engañosos;
- (xiii) para los años analizados por la Secretaría Técnica de la Comisión (2017 y 2018), la cantidad de denuncias interpuestas contra su empresa fue de 41 y 36, respectivamente;
- (xiv) aún considerando que su empresa empleaba métodos comerciales agresivos para la venta del Programa Vacacional, dicho método únicamente habría afectado a un porcentaje mínimo de sus consumidores;
- (xv) debía considerarse que los supuestos consumidores afectados se encontraban altamente motivados a denunciar ese tipo de hechos ante la Autoridad;
- d) Sobre los ingresos adicionales producto de conservar la ganancia ilícita
- (xvi) la Comisión pretendió determinar el valor por dicho concepto en una serie de factores que no fueron bien especificados ni sustentados adecuadamente, pues se mencionaron brevemente en el pie de página 41 de la resolución recurrida;
- (xvii) si la Comisión deseaba conocer los ingresos adicionales de su empresa por la conservación de la supuesta ganancia ilícita, debió habérselo requerido, y no calcularla en base a números y porcentajes que no resultaban exactos;
- e) Sobre la probabilidad de detección y el Principio de Razonabilidad
- (xviii) La Comisión asignó a la probabilidad de detección el valor de 25% sin sustentar el motivo por el cual optó por ese valor, afectando así su derecho al Debido Procedimiento; y,
- (xix) la Comisión hizo alusión al Principio de Razonabilidad, pero no aplicó al mismo en su motivación.

ANÁLISIS

Cuestiones previas:

- (i) Sobre el cuestionamiento a la denegatoria de informe oral y la solicitud de uso de la palabra formulada ante esta instancia

14. Blue Marlin cuestionó en su impugnación que se le impidió exponer oralmente sus argumentos de defensa frente a la imputación de cargos



efectuada en su contra, argumentando que, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, no resultaba suficiente la sola alusión a que se contaban con elementos de prueba para decidir sobre el fondo de la controversia.

15. Asimismo, agregó que, conforme a lo actuado en el procedimiento y la complejidad y cantidad de actuados, resultaba necesario presentar sus argumentos de forma oral ante la Comisión. Por último, la empresa investigada formuló, ante esta Sala, un pedido de programación de informe oral.
16. Al respecto, el artículo IV numeral 1°.2 del Título Preliminar del TUO de la LPAG desarrolla el Principio del Debido Procedimiento, el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y a solicitar el uso de la palabra³.
17. Como se observa, en el marco de dicha normativa la solicitud del uso de la palabra es una de las expresiones del Principio del Debido Procedimiento; no obstante, dicho pedido deberá analizarse en concordancia con la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante el Indecopi (como ocurre en el presente caso), el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033 dispone que, las Salas podrán convocar o denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante resolución debidamente motivada⁴.
18. Siendo ello así, y contrariamente a lo expuesto por Blue Marlin, por mandato específico de la referida norma es facultad discrecional de la autoridad citar a las partes de un procedimiento a informe oral, ya sea a pedido de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la autoridad administrativa a convocar a estas a informe oral en todos los

³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. 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.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.**

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 o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.



procedimientos de su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados.

19. Por tanto, la denegatoria de un informe oral no involucra una contravención al Principio del Debido Procedimiento, en la medida que las disposiciones legales específicas sobre la materia otorgan la facultad a la autoridad administrativa de concederlo o no. Además, la parte investigada del procedimiento puede desplegar su actividad probatoria y de alegación, a través de la presentación de medios probatorios, alegatos e informes escritos, los mismos que serán evaluados al momento de resolver el caso en concreto.
 20. Al respecto, mediante Resolución 16 del 2 de diciembre de 2016 (recaída en el Expediente 7017-2013), la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo 807, Ley que aprueba las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, una vez puesto en conocimiento de la Comisión del Indecopi lo actuado para la resolución final, las partes podían solicitar la realización de un informe oral ante la Comisión del Indecopi, siendo que la actuación o la denegación del mismo quedará a criterio de la autoridad administrativa, según la importancia y la trascendencia del caso.
 21. En ese sentido, el órgano jurisdiccional bajo mención ratificó que, bajo lo dispuesto en la mencionada norma legal, la convocatoria a una audiencia de informe oral, por parte de la Comisión (o del Tribunal) del Indecopi, constituye una potestad otorgada a este órgano administrativo, mas no una obligación, considerando además que no hay necesidad de actuar dicha audiencia cuando se estime que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas fueran suficientes para resolver la cuestión controvertida.
 22. Por lo tanto, este Colegiado considera que la decisión de la Comisión se encontró justificada, debido a que, bajo su consideración, contaba con los suficientes medios probatorios para emitir un pronunciamiento, por lo que corresponde desestimar el alegato de Blue Marlin al respecto.
 23. Asimismo, considerando que obran en autos los elementos de prueba suficientes a efectos de que esta Sala emita una decisión, así como que Blue Marlin -a lo largo del procedimiento- ha podido exponer y sustentar sus argumentos, corresponde -en uso de la potestad o prerrogativa conferida por ley- denegar el pedido de informe oral planteado por la administrada.
- (ii) Sobre la presunta nulidad del origen del procedimiento
24. En su impugnación, Blue Marlin sostuvo que las pruebas que sustentaron el inicio del presente procedimiento no probaban la existencia de indicios o la comisión de métodos agresivos o engañosos, ni constituían el desarrollo



continuo y periódico de su procedimiento de venta. En esa línea, manifestó que no existía disposición legal que permita que el contenido de otros documentos correspondientes a otras situaciones tenga valor probatorio pleno y que podrían utilizarse para probar situaciones que pretendían atribuirse de manera continua y periódica a un proveedor.

25. Asimismo, alegó que los documentos utilizados por la Secretaría Técnica no podían equipararse ni utilizarse como un ejemplo o símil de que todas las transacciones comerciales en las que intervenía su empresa se desarrollaban en los mismos términos que el señalado por la Comisión.
26. Por otro lado, Blue Marlin sostuvo que la actividad probatoria debía ser efectuada con pruebas y no con indicios, razón por la cual la prueba indiciaria no resultaba aplicable al presente caso; asimismo, la naturaleza de las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil eran distintas y no resultaban naturalmente compatibles entre sí.
27. Finalmente, la investigada manifestó que correspondía declarar la nulidad del procedimiento debido a la falta de actuación probatoria, pues los documentos denominados “reporte de supervisión” y “documento de registro de información” no constituían pruebas válidas, y no fueron tomados en cuenta por la Comisión al resolver; no obstante, estas eran las únicas pruebas “directas” de la comisión de las supuestas infracciones imputadas en su contra.
28. En primer lugar, resulta importante traer a colación lo dispuesto en el artículo 177° del TUO de la LPAG, que establece lo siguiente:

“Artículo 177.- Medios de prueba.

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
 2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.
 3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito.
 4. Consultar documentos y actas.
 5. Practicar inspecciones oculares.”
- (Subrayado agregado)

29. En efecto, el referido artículo señala que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento, podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición



expresa, sin establecerse algún tipo de restricción en cuanto a la prueba indiciaria.

30. Ahora bien, en lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor, es pertinente señalar que los indicios resultan ser una herramienta particularmente importante, puesto que los proveedores suelen tener más y mejor posibilidad de generar medios probatorios, originándose algunas veces dificultad en la atribución de responsabilidades por los hechos imputados, debido a la falta de pruebas directas para acreditar las presuntas infracciones.
31. En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de infracciones a las normas de protección al consumidor puede producirse sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que este, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.
32. Cabe indicar que el indicio es un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una declaración, etc.). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado).
33. Complementariamente a lo anterior, conforme a lo dispuesto por el Principio de Verdad Material⁵, la autoridad administrativa competente debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley.
34. En esa línea, el TUO de la LPAG⁶ reconoce la aplicación supletoria de la regulación del Derecho Procesal en cuanto le resulte aplicable; siendo ello

⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. 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:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.** 1. El procedimiento administrativo se sustenta



así, el artículo 191° del Código Procesal Civil establece que la actividad probatoria regulada en nuestro ordenamiento jurídico permite la actuación de medios de prueba (pruebas instrumentales, periciales y de inspección que tengan pertinencia con la cuestión que se discute), así como de sus sucedáneos, estableciendo además que ambos son idóneos para acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones⁷.

35. Habiendo visto ello, corresponde desestimar los cuestionamientos formulados por Blue Marlin en relación con la presunta indebida utilización de indicios que sustentaron el inicio del presente procedimiento, pues el mismo se inició válidamente y con pruebas que permitían dar cuenta de una posible conducta infractora por parte del proveedor; precisándose, además, que en dicha etapa del procedimiento no se determinó responsabilidad alguna de Blue Marlin, sino únicamente la existencia de medios probatorios -indicios- que podrían dar cuenta de una contravención a las normas de protección al consumidor.
36. De otro lado, Blue Marlin alegó que los documentos utilizados por la Secretaría Técnica no podían equipararse ni utilizarse como un ejemplo o símil de que todas las transacciones comerciales en las que intervenía su empresa se desarrollaban en los mismos términos que el señalado por la Comisión.
37. Al respecto, corresponde señalar que la utilización de dichos indicios ha sido efectuada válidamente conforme ha sido previamente desarrollado; y, aunado ello, es importante acotar que la valoración de dichos medios probatorios será realizada por esta Sala en el análisis de fondo correspondiente, pues el inicio del presente procedimiento no contiene ni representa una valoración de

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 ofrecery 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.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
(Subrayado agregado)

7

CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Idoneidad de los medios de prueba.- Artículo 191.-

Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aun que no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188.

Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos.

Finalidad.- Artículo 188.-

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.



medios de prueba a fin de determinar una infracción a las disposiciones del Código.

38. Asimismo, si bien Blue Marlin ha alegado que sus procedimientos de venta han variado en el transcurso del tiempo, ello no implica que Blue Marlin no cuente con parámetros generales y políticas internas aplicables a todas sus ventas, siendo que las acciones de supervisión efectuadas por la GSF y la Secretaría Técnica de la Comisión tenían como finalidad acreditar la forma en que el administrado realizaba el proceso de venta de sus servicios, observándose que la investigada ya había sido objeto de sanción por realizar acciones similares a las que son materia del presente pronunciamiento, lo que será evaluado a efectos de determinar si lo verificado en las acciones de supervisión corresponde a hechos aislados y/o circunstancias particulares o a una política de venta implementada por Blue Marlin.
39. Por las consideraciones expuestas, y en la medida que las disposiciones del TUO de la LPAG no establecen restricción alguna para la utilización de medios probatorios indiciarios dentro de la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, corresponde desestimar los cuestionamientos esbozados por Blue Marlin sobre este punto.
 - (iii) Sobre el acta del 22 de marzo de 2018
40. En su apelación, la investigada sostuvo que, de acuerdo a lo dispuesto en el TUO de la LPAG, el acta del 22 de marzo de 2018 no podía tomarse en cuenta, pues no se consignó correctamente el nombre de la persona jurídica fiscalizada, al atribuirle la titularidad de un hotel que no era de su propiedad o posesión, al haber señalado un RUC que no le correspondía al titular del hotel en el cual se efectuó la inspección, y al haber consignado una dirección que no le correspondía a su empresa.
41. Así pues, Blue Marlin alegó que la Partida Registral 13965908 demostraba que el inmueble donde se efectuó la inspección (Hotel El Pueblo o Decameron El Pueblo) era de propiedad de Inmobiliaria El Pueblo S.A.C.; y, además, en dicha acta no se consignaron los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
42. Por otra parte, el proveedor señaló que, aún si se considerase válida la prueba, debía considerarse que el resultado de la fiscalización fue favorable a su empresa, pues la Comisión de la Fiscalización de la Competencia Desleal archivó la investigación preliminar seguida en su contra.
43. Además, Blue Marlin sostuvo que, en la inspección incógnita del 22 de marzo de 2018, se acreditó que su empresa no empleaba métodos comerciales agresivos o engañosos; y, teniendo en cuenta que la referida inspección se



realizó por encargo de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, lo resuelto y verificado en dicha oportunidad debió utilizarse única y exclusivamente en la investigación preliminar de oficio tramitada por dicho órgano.

44. En primer lugar, es necesario señalar que, si bien el acta del 22 de marzo de 2018 fue elaborada en atención a la delegación de facultades efectuada por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, dicha acta fue tomada en cuenta para el inicio del presente procedimiento en atención a lo dispuesto en el artículo 177° del TUO de la LPAG⁸, el cual establece que las actas constituyen medios de prueba que pueden ser utilizados en los procedimientos administrativos; y, al verificarse hechos que aportaban información a la presente investigación (la referida acta daba cuenta que Blue Marlin requeriría al consumidor que efectúe el pago antes de acceder a los términos del contrato), la Secretaría Técnica de la Comisión podía incorporar dicha información al expediente; en concordancia con lo dispuesto en el artículo 86° del TUO de la LPAG⁹.
45. Así pues, conforme fue señalado por la Comisión, el acta del 22 de marzo de 2018 dejó constancia del procedimiento de venta efectuado -en dicha ocasión- por parte de Blue Marlin, la cual es utilizada en el presente procedimiento en atención a su contenido y no para probar alguna vulneración a las normas de represión de la competencia desleal; por lo tanto, el hecho de que se haya archivado la investigación realizada por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal no le resta validez a dicha acta ni impide que la misma sea utilizada en el presente procedimiento.
46. Ahora bien, en relación a los cuestionamientos esbozados por Blue Marlin respecto a la validez del acta en cuestión por los datos allí consignados, se verifica lo siguiente¹⁰: si bien se consignó en el acta que el establecimiento en el cual se realizó la acción de supervisión era de Blue Marlin, ello no implica

⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 177.- Medios de prueba.**

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
(...)

⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos.**

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:
(...)

7. Velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales, procurando la simplificación en sustrámites, sin más formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o para propiciar certeza en las actuaciones.

¹⁰ Ver acta obrante en las fojas 585 a 588 del expediente.



que no se haya identificado correctamente al administrado supervisado, toda vez que en el acta se consignó que el mismo era la empresa Blue Marlin Beach Club S.A. identificada con número de RUC 20205605500 (número de RUC correspondiente a Blue Marlin), consignándose correctamente la dirección en la que se efectuó dicha diligencia¹¹.

47. Aunado a lo anterior, si bien la propiedad del inmueble donde se efectuó la inspección podría pertenecer a una persona jurídica distinta a Blue Marlin, ello no implica que la investigada no sea quien conduzca el referido establecimiento, por lo que corresponde desestimar el cuestionamiento de Blue Marlin sobre este punto.
48. En ese sentido, contrariamente a lo alegado por la investigada, el acta de supervisión en cuestión cumple con los requisitos establecidos en el artículo 244° del TUO de la LPAG¹², y en ella se dejó constancia de la información brindada por el supervisor respecto al objeto y sustento legal de la acción de supervisión.
49. Aunado a lo anterior, y contrariamente a lo señalado por la investigada en relación con la presunta invalidez de las inspecciones efectuadas de incógnito, es necesario señalar que la actuación de la GSF en este tipo de diligencias encuentra respaldo legal en lo dispuesto en el Decreto Legislativo 807 (artículo 2°¹³), y los artículos 239°¹⁴, 240°¹⁵ y 255°¹⁶ del TUO de la LPAG.

¹¹ Av. Carretera Central Km. 11, urbanización Santa Clara, distrito de Ate.

¹² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 244.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización.**

244.1 El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.
4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.
8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.

244.2 Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 807. LEY SOBRE LAS FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI.**

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.



50. Es preciso señalar que la realización de una inspección bajo la modalidad de consumidor encubierto o incógnito responde a la necesidad de verificar el comportamiento real del proveedor en el mercado, simulando ya sea una relación de consumo o una etapa previa a la misma. Siendo esta modalidad

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.

14 **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización.**

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades.

Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí.

239.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.

15 **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 240.- Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización.**

240.1 Los actos y diligencias de fiscalización se inician siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada o por denuncia.

240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

1. Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad.

El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, así como las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.

2. Interrogar a las personas materia de fiscalización 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.

La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 69 y 70.

3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.

4. Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización.

5. Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.

6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

7. Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.

8. Las demás que establezcan las leyes especiales.

16 **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 255.- Procedimiento sancionador.**

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

(...)

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.



la más adecuada para recrear la experiencia del usuario de este tipo de servicios y poder verificar como se da cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente a los proveedores.

51. En ese sentido, al igual que lo expuesto por la Comisión, si el supervisor - desde un inicio- se identifica o informa el motivo de su visita, e indica que la diligencia va a ser grabada; es posible que el administrado adopte un comportamiento distinto al que usualmente despliega en sus actividades diarias.
 52. Por lo tanto, al haberse verificado que el acta del 22 de marzo de 2018 cumple con las formalidades exigidas por ley, y en tanto constituye un medio válido para la determinación de la conducta infractora imputada contra Blue Marlin, corresponde desestimar sus cuestionamientos sobre la misma.
- (iv) Sobre el acta del 15 de abril de 2019
53. En su apelación, Blue Marlin sostuvo que el acta del 15 de abril de 2019 contenía como anexo un audio, el cual formaba parte de esta; por lo tanto, debió entregársele copia del referido audio junto con el acta al finalizar la diligencia de inspección. Así pues, la investigada sostuvo que debieron agotarse todos los medios al alcance de los supervisores a fin de entregar una copia del audio, como por ejemplo realizar una segunda grabación del audio en un equipo de grabación adjunto o que el funcionario grabe el archivo del audio ya grabado en una computadora donde se efectuó la inspección .
 54. Finalmente, agregó que la Comisión no podía omitir su obligación de cumplir con la ley, escudándose en la falta de medios técnicos necesarios si la ley exigía el cumplimiento de determinados parámetros para la validez de sus actos.
 55. Sobre el particular, corresponde precisar que, contrariamente a lo alegado por Blue Marlin, no se infringió ningún derecho del administrado, pues al finalizar la diligencia de inspección se le entregó una copia del acta y, además, el CD que contenía la grabación de la diligencia (junto con el acta y sus recaudos) fue debidamente remitido a la investigada a través de la Resolución 5 del 16 de abril de 2019¹⁷.
 56. En ese sentido, la entrega del CD que contenía la grabación no fue efectuada de manera inmediata en tanto la grabación se realizó con un solo instrumento de grabación, debido a la forma en que se ejecutó dicha acción de

¹⁷

Ver cargo de notificación de la Resolución 5 obrante en la foja 815 del expediente.



supervisión (consumidor incógnito), hecho que no afectó la validez de la referida diligencia.

57. Por lo tanto, el acta de inspección del 15 de abril de 2019 cumple con los requisitos de validez establecidos normativamente, por lo que corresponde desestimar los cuestionamientos de Blue Marlin al respecto.
- (v) Sobre la utilización de la carpeta fiscal 664-2016 (Oficio 1419-2017-DTF-FPMC-CVZ-PMSV)
58. En su apelación, Blue Marlin manifestó que la incorporación de los actuados correspondientes a la carpeta fiscal antes referida resultaba nula, ilegal y pasible de sanciones, no solo para la Fiscalía, sino para los funcionarios del Indecopi que incorporaron dicho documento al expediente, dado que el mismo debía mantenerse bajo reserva absoluta.
59. Así pues, la investigada manifestó que los artículos 324° y 325° del Código Procesal Penal establecían que la investigación tenía carácter reservado y solo podían enterarse de su contenido las partes, de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados; asimismo, señalaban que las copias que se obtengan solo servían para la defensa y no para ser remitidas a otras entidades públicas; y, finalmente, se establecía que las actuaciones de la investigación solo servían para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia.
60. Por otro lado, Blue Marlin señaló que dicha investigación fiscal concluyó disponiendo “*no ha lugar formalizar y continuar con la investigación preparatoria*” contra su empresa; y, finalmente, que no resultaba de aplicación lo dispuesto en la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
61. Sobre el particular, se aprecia que el 6 de junio de 2017, la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de Contralmirante Villar del distrito Fiscal de Tumbes¹⁸, remitió al Indecopi copia certificada de la carpeta fiscal 664-2016 seguida contra Blue Marlin por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa en agravio de ciertos consumidores.
62. Al respecto, la referida autoridad, en la Disposición 1 del 18 de enero de 2017, al analizar la denuncia presentada por los consumidores contra Blue Marlin, resolvió lo siguiente:

¹⁸ Ver foja 257 del expediente.



“(...)

Lo que es de advertirse una conducta engañosa, para suscribir dicho contrato, y hacerse el cobro de la cuota inicial, hechos que en consecuencia se encuadrarían en la figura legal de Publicidad Engañosa, que es de competencia exclusiva del Indecopi.

Cabe precisar que existe un Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el cual regula este tipo de situaciones, aunado al hecho, precisa los derechos del usuario / consumidor, y de las repercusiones del servicio prestado.

*En este sentido, es competencia de los órganos funcionales del Indecopi identificar la publicidad engañosa, que no se ajusta a la realidad, y los cobros por dicho derecho (...) por lo que existiendo vía idónea para dilucidar la presente controversia, no siendo la vía penal la indicada, a lo que se debe aunar la subsidiariedad del derecho penal, como ya antes lo expusimos, el derecho penal como última ratio, **corresponde declarar improcedente la presente denuncia y derivarla a la entidad administrativa.** (...)*

SE DISPONE:

NO HA LUGAR A FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA contra EMPRESA BLUE MARLIN BEACH CLUB S.A. (...)

REMÍTASE copia certificada de todo lo actuado a la Oficina local de Indecopi a fin de que procesa conforme a sus atribuciones (...).”

(Subrayado y resaltado agregado)

63. De la revisión de lo resuelto por la autoridad fiscal, se aprecia que la misma decidió remitir los actuados al Indecopi en tanto los hechos denunciados por los -en dicho proceso, denunciantes- resultaban de competencia de la autoridad administrativa.
64. En ese sentido, al haberse archivado la referida denuncia, y encontrándose firme la misma, es que la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de Contralmirante Villar del distrito Fiscal de Tumbes decidió remitir los actuados al Indecopi, al ser la autoridad competente para conocer los hechos allí expuestos. Por lo tanto, en tanto dicho proceso había concluido en sede fiscal, se colige que no se habría vulnerado la reserva de la investigación preparatoria aludida por Blue Marlin.
65. Complementariamente a lo anterior, y contrariamente a lo señalado por Blue Marlin, sí resulta de aplicación lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que en su artículo 17^o¹⁹ considera como confidencial aquella información vinculada a

¹⁹

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.



investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, como en el presente caso, donde se considera confidencial toda aquella información tramitada en el presente procedimiento, en tanto la misma constituya una investigación en trámite por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión.

66. Finalmente, conforme fue señalado por la Comisión, la inclusión en el expediente de dicha información fue tomada en cuenta como un elemento informativo de la posible comisión de conductas infractoras, sin determinarse con su inclusión la responsabilidad administrativa de Blue Marlin respecto a la aplicación de métodos comerciales agresivos.
- (vi) Sobre los procedimientos seguidos bajo los Expedientes 919-2016/CC2 y 103-2017/CC2, y la referencia a la Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI
67. En su apelación, Blue Marlin manifestó que las resoluciones finales mencionadas por la Secretaría Técnica no formaron parte de los antecedentes a los cuales se refirió la GSF en el Informe 796-2018/GSF y respecto de los cuales se basó la Comisión para realizar la imputación de cargos; así pues, la investigada sostuvo que dichos expedientes, y las resoluciones correspondientes a dichos casos, no debieron ser considerados pues no formaron parte de los antecedentes para iniciar las investigaciones a su empresa, siendo prueba nueva no notificada a su representada.
68. Sobre el particular, corresponde señalar que la Comisión se refirió a las resoluciones emitidas por la Sala en los procedimientos seguidos bajo los Expedientes 919-2016/CC2 y 103-2017/CPC-INDECOPI-PIU, a fin de establecer que -anteriormente- ya el Indecopi había sancionado a Blue Marlin por conductas relacionadas a la imputada en el procedimiento (métodos comerciales agresivos).
69. Cabe señalar que, en tanto dichas resoluciones han sido de conocimiento de Blue Marlin -pues dicho proveedor fue el denunciado en dichos procedimientos y no ha desconocido haber recibido las notificaciones en dichos casos-, y considerando que las mismas son de público conocimiento, se concluye que la referencia a ellas no constituye algún vicio que deba ser estimado por esta instancia, por lo tanto, corresponde desestimar dicho cuestionamiento.

Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial.

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...)

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.



70. De otro lado, la investigada manifestó que las pruebas generadas en función al procedimiento de venta aludido en la Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI correspondían a su proceso de venta del año 2013, pese a que su procedimiento de ventas había sufrido modificaciones sustanciales.
71. Al respecto, sin perjuicio de que efectivamente el procedimiento de ventas de la investigada haya podido ser modificado en el tiempo, la referencia a dicha decisión se efectuó únicamente para contrastar que, en tal oportunidad, se había acreditado que Blue Marlin infringió la normativa de protección al consumidor por la comisión de prácticas comerciales agresivas, más no efectuó un análisis ni valoración de los medios probatorios analizados al emitir dicha decisión, por lo que corresponde desestimar dicho alegato.
- (vii) La presunta vulneración de la Reserva Tributaria
72. En su recurso de apelación, Blue Marlin manifestó que, en el Informe Final de Instrucción 080-2019/CC3 y en la resolución impugnada, se consignaron expresamente las cifras e información de sus ventas totales del Programa Multivacaciones, de la proporción de consumidores que contrataron sus servicios, y de sus ingresos totales; sobre las cuales indicaron la Reserva Tributaria de pleno derecho, dado que eran cifras de ventas e información administrativa y de gestión, vulnerando así la reserva y confidencialidad que de pleno derecho tenía esa información y causándoles un grave perjuicio, hecho que generaba la nulidad de todo el procedimiento por la contravención a la Constitución y diversas normas sobre la materia.
73. Así pues, la investigada sostuvo que, al ser los referidos documentos de público conocimiento y sobre los cuales no existía reserva, se vulneró la Reserva Tributaria y se les causó un grave daño, presentándose un problema de inseguridad, pues la misma fue puesta en conocimiento de terceros, pudiendo incidir en la seguridad de su empresa y de su personal.
74. Asimismo, el proveedor investigado manifestó que se pretendió utilizar lo señalado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuando dicha disposición resultaba aplicable a la fiscalización administrativa, mientras el presente caso se refería a cifras y datos económicos de carácter contable y tributario sujetos a la reserva tributaria y confidencialidad de pleno derecho.
75. Por otro lado, Blue Marlin agregó que, en otros procedimientos tramitados contra otras empresas relacionadas al servicio de intermediación turística, se protegieron sus datos contables y tributarios, así como datos que podían contener un secreto empresarial, lo cual no había ocurrido con su empresa y denotaba una actuación discriminatoria.

76. Finalmente, señaló que resultaba falso que la información haya sido expeditivamente resguardada, pues el 6 de mayo de 2019, un miembro del estudio de abogados que asesoraba a su empresa asistió al Indecopi a dar lectura del presente expediente, el cual le fue entregado sin que se le solicite poderes de representación por parte de su representada o la acreditación de los mismos en el expediente, entregándose finalmente copias del Informe Final de Instrucción, donde se encontraba su secreto empresarial y los datos de carácter contable y tributario.
77. Sobre el particular, corresponde nuevamente traer a colación lo dispuesto en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que señala lo siguiente:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial.

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...)

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.”

(Subrayado y resaltado agregado)

78. De la revisión de la citada norma, se aprecia que, contrariamente a lo señalado por la investigada, existe una disposición con rango legal que considera **confidencial** aquella información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, como la presente investigación de oficio seguida contra Blue Marlin. Lo anterior encuentra complemento en lo dispuesto en el artículo 241° literal 5) del TUO de la LPAG²⁰, que establece que la autoridad administrativa tiene el deber de guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.
79. Siendo ello así, pese a que dicha información es considerada confidencial por sí misma, la Secretaría Técnica de la Comisión, a través de Razones de Secretaría Técnica del 1 de febrero de 2019, 24 y 29 de abril de 2019, y 13 de mayo de 2019, declaró confidencial la información remitida por Blue Marlin referida a, entre otros puntos, el volumen de ventas de los años 2016 y 2017, la información relacionada al valor de ventas totales obtenidas como

²⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 241.- Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización.**

(...)

5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.



consecuencia de los contratos firmados luego de las charlas informativas de los "Programas Multivacaciones Decameron", y la información acerca de los consumidores que contrataron sus servicios.

80. En ese sentido, si bien se consignó en el Informe Final de Instrucción 080-2019/CC3-ST y en la resolución recurrida los datos referidos previamente (volumen de ventas, ingresos e información sobre los clientes de Blue Marlin), lo cierto es que ello no enerva que la presente investigación tenga el carácter de confidencial. Ahora bien, considerando que dicha información únicamente ha sido trasladada a Blue Marlin, no existe agravio alguno a la investigada por haber consignado dicha información en los referidos documentos, pues la misma no ha sido puesta en conocimiento de algún tercero ajeno a esta.
81. Efectivamente, la propia investigada ha señalado que las copias del Informe Final de Instrucción fueron remitidas a un miembro del estudio de abogados que asesoraba a su empresa, quien, además, contrariamente a lo alegado por Blue Marlin, sí contaba con poderes de representación por parte de Blue Marlin, conforme puede verificarse de la carta poder con firma legalizada obrante en la foja 1080 del expediente, donde se advierte que la misma ejercía facultades generales y especiales de representación por parte del proveedor.
82. Cabe precisar que la entrega de copias del Informe Final de Instrucción fue efectuada el 13 de mayo de 2019, mientras que los poderes de representación de la persona que requirió dichas copias (poderes brindados por Blue Marlin) fueron otorgados con anterioridad, esto es, el 5 de diciembre de 2018.
83. De lo anterior, esta Sala advierte que la actuación del proveedor, al señalar que se le entregó copias del Informe Final de Instrucción a una persona sin que cuente con poderes de representación, pese a que la misma sí contaba con facultades generales y especiales de representación por parte de Blue Marlin, no se encuentra acorde con el Principio de Buena Fe Procedimental²¹

21

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. 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:

(...)

1.8. Principio de buena fe procedimental. La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.



y contraviene lo dispuesto en el artículo 67° del TUO de la LPAG²²; por ello, corresponde llamar la atención a Blue Marlin y exhortarla a que su conducta se ajuste a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

84. Sin perjuicio de lo anterior, y pese a la condición de confidencial de la información antes referida y que esta fue declarada confidencial por la autoridad, se precisa que este Colegiado procederá a anonimizar aquella información sensible contenida tanto en el Informe Final de Instrucción 080-2019/CC3-ST como en la resolución recurrida.
85. Por otro lado, si bien Blue Marlin alegó que en otros procedimientos tramitados contra otras empresas relacionadas al servicio de intermediación turística, se protegieron sus datos contables y tributarios, lo cierto es que no existió algún tipo de trato diferenciado en relación con el tratamiento brindado a los procedimientos tramitados contra empresas del rubro de intermediación turística, pues, de la revisión de las resoluciones publicadas en la página web del Indecopi²³, se aprecia que todas estas, incluyendo la relacionada al presente expediente, no consignan la información que resulta confidencial.
86. De otra parte, Blue Marlin manifestó que, en la Razón de Secretaría del 29 de abril de 2019, no se detalló que se encontraba bajo reserva y confidencialidad la información correspondiente a sus ventas obtenidas como consecuencia de los contratos firmados luego de las charlas informativas de sus programas vacacionales. Al respecto, si bien no se consignó expresamente en dicha Razón de Secretaría que dicha información iba a ser declarada confidencial, la misma constituyó parte de un escrito cuyos anexos fueron declarados confidenciales en su integridad.
87. Finalmente, en atención a los argumentos expuestos por Blue Marlin respecto a la presunta vulneración a la Reserva Tributaria, esta solicitó el inicio de las acciones de control y disciplinarias respectivas a efectos de determinar la responsabilidad de los funcionarios correspondientes, requiriendo la remisión de lo actuado al Órgano de Control Interno del Indecopi. Por lo tanto, atendiendo el pedido del administrado, corresponde disponer que la

²²

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 67°. Deberes generales de los administrados en el procedimiento.

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo de afectar el principio de conducta procedimental.
(...)

²³

- Resolución 083-2019/CC3, correspondiente a un procedimiento de oficio seguido contra Travel Card S.A.C.
- Resolución 084-2019/CC3, correspondiente a un procedimiento de oficio seguido contra Grupo Terra Grata S.A.C.
- Resolución 089-2019/CC3, correspondiente a un procedimiento de oficio seguido contra Neomundo Internacional S.A.C.
- Resolución 090-2019/CC3, correspondiente a un procedimiento de oficio seguido contra Viajes Viva Perú S.A.C.



Secretaría Técnica de esta Sala remita copia de los actuados al Órgano de Control Interno del Indecopi.

(viii) Sobre las denuncias de parte

88. Blue Marlin sostuvo que la Comisión consideró las denuncias de parte para fundamentar su decisión de considerar la infracción imputada a su empresa como continuada; sin embargo, previamente había señalado que dichas denuncias solo cumplieron una labor informativa, resultando ello incongruente.
89. En ese sentido, alegó que la infracción al Código no se determinaba ni se acreditaba en función a la cantidad de denuncias, sino en virtud a un procedimiento sancionador que culminaba con la emisión de resoluciones finales, las cuales declararon infundadas las denuncias interpuestas en su contra o concluyeron el procedimiento en virtud de un acuerdo conciliatorio.
90. Sobre el particular, conforme fue señalado por la Comisión en su pronunciamiento, las denuncias de parte presentadas contra Blue Marlin fueron incluidas al expediente de supervisión pues a través de estas la Administración tomó conocimiento de la presunta comisión de una infracción a las disposiciones del Código (aplicación de métodos comerciales agresivos o engañosos), lo que a su vez sirvió para que la GSF inicie las acciones de supervisión correspondientes.
91. Adicionalmente, se precisa que las referidas denuncias de parte no fueron utilizadas para la determinación de la responsabilidad administrativa de Blue Marlin, pues las mismas únicamente cumplieron una labor informativa respecto a la presunta comisión de una infracción; y las mismas configuran la recolección de los antecedentes del proveedor, lo cual está permitido como una cuestión probatoria conforme al marco legal anteriormente desarrollado.

(ix) Sobre la solicitud de nulidad de la resolución de imputación de cargos y la naturaleza de la infracción

92. En su apelación, Blue Marlin manifestó que la Comisión no tuvo en consideración sus argumentos de descargos al Informe Final de Instrucción, pues transcribió lo señalado por su Secretaría Técnica, incurriendo en una causal de nulidad pues se omitió comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas.
93. Asimismo, agregó que la Comisión consideró que la conducta imputada en su contra se encontraría en la clasificación de una presunta infracción continuada, transcribiendo mayormente los argumentos esbozados por su



Secretaría Técnica en el Informe Final de Instrucción, sin tomar en cuenta los argumentos esbozados en su escrito del 8 de mayo de 2019.

94. Finalmente, agregó que, contrariamente a lo expuesto por la Comisión, la conducta imputada en su contra no era de carácter continuado (pues la inclusión de las denuncias de parte era incorrecta en tanto las mismas resultaron favorables a su empresa y no acreditaban la aplicación de métodos comerciales agresivos; la inclusión de los Expedientes 919-2016/CC2 y 103-2017/CC2 daba cuenta de hechos que no podían equipararse a sus procedimientos de venta actuales y no formaron parte de los antecedentes para el inicio del procedimiento; y la inspección del 15 de abril de 2019 resultaba nula, por lo que no existía acreditación de que su representada aplique métodos comerciales agresivos).
95. En primer lugar, es necesario precisar que, contrariamente a lo señalado por la investigada, de la revisión de la Resolución 0094-2019/CC3, se aprecia que la Comisión tomó en cuenta todos los argumentos esbozados por Blue Marlin a lo largo del procedimiento, así como valoró todos los medios probatorios y actuados en el expediente; en ese sentido, no se aprecia una falta de motivación en la resolución recurrida, ni la investigada ha señalado cuál habría sido el alegato que no habría sido valorado por la Comisión, por lo que corresponde desestimar dicho cuestionamiento.
96. De otro lado, si bien la investigada manifestó que la conducta imputada en su contra no era de carácter continuado²⁴, debe considerarse que previamente se han desestimado los cuestionamientos del proveedor en relación a la inclusión de las denuncias de parte y anteriores expedientes administrativos que guardaban relación con infracciones vinculadas a la aplicación de métodos comerciales agresivos; así como la presunta invalidez del acta de fecha 15 de marzo de 2019.

Sobre los métodos comerciales agresivos o engañosos

a) Marco teórico general de estas prácticas comerciales

97. La difusión en el mercado de productos y servicios ha evolucionado por el desarrollo de técnicas sofisticadas de distribución y venta a los consumidores que, si bien tradicionalmente se realizan en establecimientos comerciales, en la actualidad las ventas también se dan por otros medios (correo electrónico, teléfono, de puerta en puerta, entre otros) aumentando de forma considerable la contratación masiva por parte de los consumidores. La promoción de

²⁴ Infracciones continuadas: se realizan diferentes conductas, cada una de las cuales constituyen por separado una infracción, pero se consideran como una única infracción, siempre que forman parte de un proceso unitario. Además, debe existir homogeneidad de la norma infringida y del sujeto activo.



ventas se constituye así, como un instrumento diseñado para estimular la compra de un producto o servicio.

98. Estos incentivos incluyen una extensa variedad de mecanismos de promoción, diseñados para generar una respuesta temprana o más poderosa del mercado. Así, mientras que la publicidad ofrece razones para comprar un producto o un servicio, la promoción de ventas ofrece razones para comprarlos *ahora*²⁵. Por ello, en la actualidad un elevado volumen de operaciones de compra de productos de gran consumo se realiza bajo acciones de promoción dado que éstas consiguen, en general, su objetivo de incrementar las ventas de los productos promocionados.
99. Ahora bien, las denominadas “*ventas agresivas*” constituyen un derivado de los mencionados mecanismos de promoción. En este caso, la empresa se dirige directamente al consumidor, proponiéndole una compraventa en condiciones aparentemente ventajosas para él pero que, en muchos casos, luego de celebrado el acuerdo, se revelan en sorprendentemente ventajosas para el vendedor.
100. Una forma de emplear estas técnicas de venta consiste en inducir al cliente para que concurra a una dirección determinada a través del ofrecimiento de premios, en donde le espera un despliegue de recursos especialmente diseñados para hacer que el cliente olvide la recompensa prometida y convencerlo para que contrate un producto determinado. Apoyada por el manejo psicológico del potencial comprador, la empresa presenta las bondades del producto, la comparación con distintas alternativas, las ventajas de su adquisición, no dejando opciones para que el cliente se niegue a las tentadoras ofertas. Es tanta y tan prolongada la presión que ejercen los vendedores sobre el comprador, que éste termina aceptando contratar por cansancio²⁶.
101. En ese contexto, como lo señala Guido Alpa, el consumidor se encuentra en una situación particularmente débil, no teniendo normalmente la posibilidad de probar el producto, de conocer anticipadamente sus cualidades, de verificar la existencia de las cualidades prometidas o de realizar útiles comparaciones con productos ofrecidos por otras empresas; y no poder recurrir al intervalo de tiempo que a menudo media entre el momento de la elección y el momento de la adquisición²⁷.

²⁵ KOTLER, Philip y Armstrong, Gary. Fundamentos de Mercadotecnia. Cuarta Edición. Traducido del inglés de la obra *Marketing: An Introduction, Fourth Edition*. México, 2002. pp. 477.

²⁶ Cita de la Resolución 0539-2006/TDC-INDECOPI, haciendo referencia a información extraída de las revistas publicadas en Chile “MasVida” y “Quepasa” cuya versión online puede encontrarse en www.masvida.cl y www.quepasa.cl.

²⁷ ALPA, Guido. Derecho del Consumidor. Título original: *Il diritto dei Consumatori*. Traducción: Juan Espinoza



b) Sobre la regulación de los métodos comerciales agresivos o engañosos en el ordenamiento jurídico peruano

102. El literal 1 del artículo 58° del Código establece el derecho que le asiste al consumidor de elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, que se ofrecen en el mercado, el cual tiene como sustento que, en tanto los consumidores conocen los productos o servicios que les resultan más convenientes en función de sus intereses y necesidades, son ellos quienes adoptarán las decisiones de consumo más eficientes en virtud de su autonomía privada.
103. Como correlato de este derecho, surge la obligación de los proveedores de no realizar prácticas que afecten la libertad de elección del consumidor. En este contexto, el artículo 58° del Código establece que los métodos comerciales agresivos o engañosos son aquellas prácticas que merman de manera significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo²⁸.
104. Dentro de estos métodos, hay supuestos que implican generar un escenario falso o alterado omitiendo información relevante, con la finalidad de que el consumidor adquiera o contrate determinados productos o servicios. Así, el mencionado artículo 58° del Código establece que califica como método comercial agresivo o engañoso toda práctica comercial que implique dolo,

Espinoza. Gaceta Jurídica. Enero 2004. pp. 271-272.

28

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 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:

- Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.
- El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.
- El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.
- Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.
- 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 que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas.
- En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

58.2 La presente disposición comprende todo tipo de contratación de productos o servicios, sea efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia, y comercio electrónico o modalidades similares.



violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

- (i) Sobre el ambiente bullicioso generado por música a alto volumen, conversaciones y variación del volumen de la música

105. Sobre el particular, de la revisión de la grabación en audio correspondiente a la acción de supervisión del 15 de abril de 2019, se puede escuchar, desde el inicio de la diligencia (minutos 05:04) hasta su conclusión (02:39:55), música a alto volumen, la cual impedía -en algunas oportunidades- que se pueda oír claramente el desarrollo del proceso de venta.

106. Asimismo, se escucha un ruido proveniente de conversaciones que mantenían paralelamente otros consumidores con los promotores de Blue Marlin, lo cual, junto con el ruido de la música, representan -objetivamente- una barrera para que se lleve a cabo un adecuado proceso de comunicación entre el consumidor y el promotor de ventas, en la medida que impide la correcta comprensión de la información trasladada, así como representa un agente distractor para el correcto análisis de dicha información por parte del consumidor.

107. En su apelación, la denunciada manifestó -en síntesis- lo siguiente:

- (i) El determinar si la música en la sala de ventas se encontraba a volumen alto o no, resultaba un elemento subjetivo de difícil o imposible determinación; y, bajo su apreciación, la música colocada en sus salas de venta no resultaba excesiva ni estruendosa como para considerar que se vulneró la capacidad de elección y/o decisión de los consumidores al adquirir el Programa Vacacional, pues en varios momentos del audio, la supervisora intervino, efectuó consultas, y respondió las preguntas realizadas por su personal;
- (ii) tanto la música como el ruido por las conversaciones de otros consumidores se trataban de elementos que se hallaban en la mayoría de los locales donde se concretaban relaciones de consumo, y no se sustentó el motivo por el cual la existencia de bulla era una práctica sancionable y el resto de los casos solo serían hechos circunstanciales;
- (iii) la Comisión reconoció que la supervisión del 15 de abril de 2019 constató únicamente una parte del proceso de venta, es decir, la etapa de las tratativas; sin embargo, no se constató de manera completa dicha etapa, pues el funcionario del Indecopi se identificó como tal cuando recién se le había alcanzado el contrato y la “verificación de términos del contrato” para su lectura y revisión;
- (iv) la etapa de “verificación de términos del contrato” constituía una etapa importante cuya finalidad era verificar y dejar constancia en un audio de que los principales puntos del Programa Vacacional hayan quedado



- completamente claros y no exista duda al respecto, y se llevaba a cabo en un ambiente sin música, alejado del ruido y particular;
- (v) la Comisión consideró que existían pronunciamientos del Indecopi a través de los cuales se indicó que el hecho de que su empresa exponga a los consumidores a un ambiente bullicioso, representaba una acción que implicaba un método comercial agresivo; sin embargo, dichos pronunciamientos se encontraban relacionados a procedimientos de venta de los años 2016 y 2017, mientras que en el presente procedimiento se pretendía determinar si en el 2019 su representaba infringía la normativa, habiéndose efectuado una serie de modificaciones sustanciales a su proceso de ventas; y,
- (vi) en el Expediente 0919-2016/CC2, la Sala ordenó a su empresa que habilite una zona especial para que sus consumidores puedan leer y comprender adecuadamente los términos y condiciones del contrato (ambiente que habilitó, donde se llevaba a cabo la “verificación de los términos del contrato”); concluyéndose así que su empresa sí podía realizar el proceso de ventas en un ambiente con música y bulla, siempre que cumpla con habilitar una zona especial; y si la Sala hubiese considerado necesario que todo el proceso de venta se debía realizar sin bulla alguna, debió ordenarle que las ventas debían realizarse en un ambiente sin música y bulla.
108. En primer lugar, es menester considerar que, en anteriores pronunciamientos²⁹, esta Sala sostuvo que la existencia de música con alto volumen, así como la presencia de ruido mayor al promedio, se constituye como un componente distractor en el nivel de atención y comprensión que puedan tener los consumidores sobre las condiciones ofrecidas.
109. Asimismo, contrariamente a lo señalado por la investigada, si bien la funcionaria del Indecopi asentía ante las preguntas del vendedor respecto al entendimiento de las condiciones, ello no acredita la comprensión óptima de las características y términos del servicio, dada la eventual complejidad de la información brindada durante el proceso de ofrecimiento (hecho que será analizado posteriormente).
110. Cabe precisar que un consumidor tiene la legítima expectativa de poder leer y entender los términos de un contrato en un ambiente adecuado, más aún cuando se trata de un servicio que contiene una mediana variedad de condiciones económicas, las cuales precisan de un entendimiento pleno para su consentimiento. En ese sentido, al margen que existan consumidores que asienten ante las preguntas de un promotor o vendedor, ello no determina que la comprensión de las condiciones haya sido óptima, pues los factores

²⁹ Ver Resoluciones 0227-2018/SPC-INDECOPI, 1560-2018/SPC-INDECOPI y 2433-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero, 25 de junio y 17 de setiembre de 2018, respectivamente.



exógenos pueden influir en ello, como el alto volumen de la música, lo cual ha quedado debidamente acreditado.

111. Por otro lado, respecto al argumento referido a que los consumidores podían solicitar que se disminuya el volumen de la música, es necesario precisar que, contrariamente a lo expuesto por la investigada, resulta responsabilidad del administrado garantizar que el traslado de sus ofrecimientos se realice en un ambiente propicio para que el consumidor pueda captar la información que se le proporciona, más aún si se considera que ya existen pronunciamientos por parte de Indecopi, en los cuales se le indicó a Blue Marlin que exponer a los consumidores a un ambiente bullicioso representaba una acción que implicaba la comisión de un método comercial agresivo.
112. Ahora bien, en relación con la presunta diligencia “incompleta” pues no se habría cumplido con el proceso total de venta, corresponde precisar que, conforme fue señalado por la Comisión, no resultaba necesario la culminación del mismo para poder verificar la comisión de actos que configuren la aplicación de un método comercial agresivo (específicamente, el presente tipo infractor imputado contra Blue Marlin, consistente en la exposición a los consumidores de un ambiente bullicioso, pues ello ha quedado debidamente acreditado); ello, pues justamente la citada conducta (método comercial agresivo) se da en la etapa de las tratativas, donde el consumidor define su elección.
113. En efecto, no era necesario que la supervisión se prolongara hasta el final de la venta incluyendo el pago por el servicio contratado; toda vez que el objetivo de la supervisión era verificar y/o advertir, durante la etapa previa a este, si Blue Marlin empleaba métodos comerciales agresivos para lograr que los consumidores contraten sus servicios.
114. Así las cosas, el trasladar a los consumidores a un nuevo ambiente “sin bulla” para dar lectura a la verificación de los términos del contrato (hecho ordenado por la Sala y que habría sido cumplido por Blue Marlin), no exime a Blue Marlin de responsabilidad por haber expuesto a los consumidores a un ambiente bullicioso conforme pudo verificarse de la diligencia del 15 de abril de 2019; y, sin perjuicio de ello, es en la etapa de las tratativas donde el consumidor ya ha formado un juicio de valor influenciado por los mecanismos que emplea el administrado para lograr que contrate sus servicios.
115. Debe tenerse en cuenta que hechos como los analizados en el presente procedimiento han sido verificados también por la autoridad administrativa en varios procedimientos seguidos contra Blue Marlin por hechos acontecidos en



diciembre 2015³⁰, febrero 2016³¹ y enero 2017³², lo cual permite colegir que la denunciada ha desarrollado un patrón de conducta al momento de efectuar las negociaciones con sus clientes, contrariamente a lo expuesto por la investigada en su impugnación.

116. Así las cosas, conforme fue señalado por el órgano resolutorio de primera instancia, un consumidor tiene la legítima expectativa de poder leer y entender los términos de un contrato en un ambiente adecuado, más aún cuando se trata de un servicio que contiene una mediana variedad de condiciones económicas, las cuales precisan de un entendimiento pleno para su consentimiento.

117. Corresponde precisar que este Colegiado no ha valorado medios probatorios incorporados en procedimientos tramitados previamente contra Blue Marlin, sino que se han considerado aquellas decisiones finales contenidas en pronunciamientos emitidos en anteriores procedimientos contra el proveedor; ello, para establecer un dato objetivo y de conocimiento del administrado, como es el que, en pronunciamientos anteriores, ya ha sido sancionado por la autoridad administrativa al haber expuesto a los consumidores a un ambiente bullicioso como una conducta comercial agresiva.

(ii) Sobre el traslado de una gran cantidad de información

118. De la revisión de la grabación de audio correspondiente a la acción de supervisión de fecha 15 de abril de 2019, se puede advertir que la charla en la cual participó la funcionaria del Indecopi duró más de dos (2) horas en las cuales se trasladó una gran cantidad de información a la referida funcionaria, presentada como consumidora incógnita.

119. En su apelación, la denunciada sostuvo -en síntesis- que:

(i) En un primer momento, se informaba al consumidor que la charla duraría sesenta (60) minutos; sin embargo, si el consumidor manifestaba su intención de adquirir el Programa Vacacional, la referida

³⁰ Expediente 186-2017/CC2, se expidió la Resolución 1560-2018/SPC-INDECOPI del 25 de junio de 2018, en el que se sancionó a Blue Marlin porque, en diciembre de 2015, se constató que no permitió a las denunciadas oír con claridad los términos del Programa de Viaje, debido al alto volumen en su establecimiento.

³¹ Expediente 514-2016/CC2 se emitió la Resolución 2433-2018/SPC-INDECOPI del 17 de setiembre de 2018, por el cual se sancionó a Blue Marlin al haberse verificado que, en febrero de 2016, no permitieron a los denunciados escuchar con claridad los términos del "Programa de Multivacaciones Decamerón", debido al alto volumen en su establecimiento.

³² Expediente 103-2017/CPC-INDECOPI-PIU, se expidió la Resolución 1686-2018/SPC-INDECOPI del 9 de julio de 2018, en el que se sancionó a la denunciada porque, en enero de 2017, se constató que efectuó una práctica agresiva de ventas, lo cual fue determinante en la voluntad de contratar de los denunciados.



- charla podía prolongarse, por lo tanto, el tiempo de duración el proceso de ventas dependía de cada invitado;
- (ii) exigir que el tiempo informado (60 minutos) sea el máximo para explicar y concretar la venta del Programa Vacacional, resultaba ser contrario al Código, pues se exigiría de manera previa que, si el consumidor deseaba contratar el servicio, tendría que hacerlo en un tiempo restringido;
 - (iii) se debía tener en consideración la existencia de un letrado que se encontraba ubicado en las mesas de sus salas de venta, donde recomendaba a los consumidores que, para lograr comprender el Programa Vacacional, estos lean detalladamente el contrato;
 - (iv) el papel o manuscrito usado por sus representantes constituía un documento de ayuda o apoyo durante la explicación verbal que realizaba a sus invitados sobre los términos del programa y no tenían significancia por sí mismas, por ello solo se consignaban palabras sueltas y números, y no debía consignar todo lo que se indicaba de manera verbal;
 - (v) la Comisión consideró que su empresa efectuó distintas ofertas y presupuestos al funcionario del Indecopi; sin embargo, no precisó en qué consistirían dichas ofertas ni mencionó en qué parte de los manuscritos se dejó constancia de ello; evidenciándose que su personal solo ofreció una oferta con un único presupuesto a la supervisora del Indecopi;
 - (vi) no se tomó en cuenta que la supervisora del Indecopi participó activamente en la conversación al efectuar diversas consultas y comentarios, demostrando que sí era posible la comprensión de la información trasladada;
 - (vii) la Comisión consideró que su empresa buscaba generar un sentimiento de aburrimiento y confusión en el consumidor; sin embargo, ello no se condecía con un supuesto método comercial agresivo, pues ese tipo de mecanismos tenían por finalidad amedrentar o intimidar al consumidor, por lo que sentimientos como aburrimiento o confusión no resultaban acordes con la finalidad que dicho método buscaba; y si este se sentía de dicha forma podía retirarse de su establecimiento sin contratar servicio alguno;
 - (viii) la Comisión tuvo en cuenta lo resuelto por la Sala en la Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI; sin embargo, en dicho procedimiento se analizó un proceso de venta del año 2013, mientras que en el presente expediente se pretendía determinar si en el 2019, su representada infringía la normativa de protección al consumidor; y,
 - (ix) la Comisión no imputó a su proceso de venta actual ninguno de los elementos descritos por la Sala en dicho procedimiento, salvo la cantidad de información y el ambiente bullicioso, evidenciando que dicho criterio no resultaba aplicable a su caso en concreto.



- 120. Ahora bien, de la revisión de dicha grabación de audio correspondiente a la acción de supervisión de fecha 15 de abril de 2019, se puede advertir que la charla en la cual participó la funcionaria del Indecopi duró más de dos (2) horas pese a que -desde un inicio- (minuto 08:47) se le indicó que duraría únicamente sesenta (60) minutos.
- 121. Efectivamente, se aprecia que el personal de Blue Marlin trasladó una gran cantidad de información sobre las condiciones, beneficios y costos del programa Multivacaciones a la consumidora incógnita; hecho que, sumado al ambiente bullicioso, dificulta que un consumidor pueda procesar y/o comprender al 100% todas las características indicadas.
- 122. Adicionalmente, debe considerarse las indicaciones escritas en papel que realiza el personal de Blue Marlin, de forma desordenada, para trasladar información, genera que el consumidor no tenga la posibilidad de reflexionar acerca de los beneficios de los términos y condiciones del contrato, conforme se puede apreciar a continuación³³:

Handwritten notes on a piece of paper:

100%
 10 SP 3500
 3500
 10-12 2200
 10-18 3000
 600 = 20
 57 según 9/3 O.A.P.
 L M Y USD = 36 D.
 9 x 10
 2+

Handwritten notes on another piece of paper:

7+
 10 x P
 7A
 105 x 6 = 630
 210 = 630
 MENS = 0-6 GRATIS
 6-12 35 x 7+
 R = 7A = 6 meses / DIS P
 7M = 4 meses
 7B = 2 meses

³³ Ver fojas 808 a 811 del expediente.



capacidad de entendimiento, pues durante dicho tiempo al consumidor se le presenta una gran cantidad de información sobre el Programa Vacacional (más allá del ofrecimiento de una sola oferta o varias), la cual es plasmada en manuscritos elaborados de forma desordenada por los promotores de Blue Marlin que no permiten su correcto entendimiento.

125. De otro lado, respecto al letrero alegado por Blue Marlin (a través del cual se informaría a los consumidores que deben leer detalladamente los términos del contrato), se precisa que no existe acreditación respecto de la implementación de dicho letrero; y, además, en la diligencia de inspección no se verificó que exista el mismo en las salas de venta. Sin perjuicio de ello, la colocación de dicho cartel no exime a Blue Marlin de la responsabilidad que le ha sido imputada, al haberse constatado que brindaba al consumidor excesiva información que perjudica la posibilidad de entendimiento y procesamiento de esta.
126. Por otro lado, si bien Blue Marlin cuestionó que la Comisión haya hecho referencia al sentimiento de aburrimiento y confusión en el consumidor sin que ello constituya un método comercial agresivo, lo cierto es que ello fue señalado por el órgano resolutorio a fin de describir que, debido a las dos (2) horas que duró la charla, junto con la excesiva información, se generó un sentimiento de aburrimiento en el consumidor y confusión respecto a las condiciones que le son informadas, sin que ello constituya la conducta imputada en su contra, pues la misma se encuentra referida al empleo de métodos comerciales agresivos o engañosos pues, entre otros puntos, habría trasladado excesiva información, hecho que se encuentra debidamente acreditado.
127. En ese sentido, se encuentra probado que el consumidor era expuesto, durante un tiempo mayor a dos (2) horas, a un traslado de información excesiva respecto a las condiciones del programa vacacional ofrecido por Blue Marlin que no permitía una cabal comprensión de los términos del Programa Vacacional.
128. Finalmente, si bien la investigada señaló que se tuvo en cuenta lo resuelto por la Sala en la Resolución 4356-2014/SPC-INDECOPI, pese a que en la misma se analizó un proceso de venta del año 2013, corresponde reiterar que este Colegiado no ha valorado medios probatorios incorporados en procedimientos tramitados previamente contra Blue Marlin, sino que se han considerado aquellas decisiones finales contenidas en pronunciamientos emitidos en anteriores procedimientos contra el proveedor; ello, para establecer un dato objetivo y de conocimiento del administrado, como es el que, en pronunciamientos anteriores, ya el proveedor ha sido sancionado por la autoridad administrativa por prácticas comerciales agresivas.



(iii) Sobre la información imprecisa, incompleta o errónea

129. De la revisión de la grabación en audio de la supervisión de fecha 15 de abril de 2019, junto con las condiciones establecidas en el contrato entregado por Blue Marlin³⁴, se advirtió lo siguiente:

- a) Minuto 00:44:31: *“yo te hago una pregunta a ti, si a ti te dicen que cada vez que viajas, siendo socia del club, tú vas a pagar la mitad en cada viaje sin tener que hacer colas, sin tener que ser la súper amiga de una chica de una agencia de viajes, si te decimos que te entregamos hoy el manotajo [sic] de 36 llaves, de 36 casas, en 9 países, tú las recibirías o no las recibirías”.*

En su apelación, Blue Marlin sostuvo que no había existido un ofrecimiento en concreto que deba ser incorporado en el contrato, tratándose únicamente del discurso introductorio del Programa Vacacional.

Sobre este punto, conforme fue señalado por la Comisión, más allá de que lo informado por Blue Marlin haya constituido un discurso introductorio, se aprecia un ofrecimiento a favor del consumidor sobre, por ejemplo, el pago de la mitad en cada viaje sin hacer colas, sin que se haya plasmado dicho ofrecimiento en el contrato que sería entregado al consumidor.

- b) Minuto 00:56:37: *“recuerda que los hoteles lujosos año a año tienen que infraestructurarse, tienen que evolucionar, crecer (...) eso le afecta al que no se afilia porque el paquete sube de costo, si hoy te afilias, si hoy decides ingresar (...) no te va a subir de costo en hotel (...)”.*

En su apelación, Blue Marlin señaló que cuando el asesor de ventas mencionó que el precio del hotel no subiría, hacía referencia a que lo adquirido eran “Decas” que tenían un valor fijo; pues teniendo en cuenta que las “Decas” se canjeaban en noches de alojamiento en hoteles, se traducía en que tampoco el costo de dichas noches se incrementaría.

Sobre este punto, dicha precisión (respecto a que el costo de las “Decas” sería el que no variaría), no fue informado al momento de ofrecer el producto por parte del asesor de ventas.

- c) Minuto 00:57:43: *“antes de viajar paga un monto, un monto preferencial que tienes como afiliada para el sistema Todo Incluido, si usted se afilia,*

³⁴ Ver fojas 785 a 797 del expediente.



no solo este año 2019, Ximena, todos los años lo va a pagar a una tarifa de afiliado (...)”.

En su apelación, Blue Marlin señaló que el contrato establecía expresamente que las tarifas por concepto “Todo Incluido” tenían un precio preferencial.

Sobre este punto, si bien en el contrato se estableció cuál era el “Plan Todo Incluido”, no se verifica que en el contrato se le brinde al consumidor una tarifa preferencial para su uso, pues se hizo referencia únicamente a una tarifa preferencial de niños entre 6 y 12 años.

- d) Minuto 00:58:39: *“tu afiliación te permite a ti tener una pulsera vip (...) hay zonas para ti en las cuales puedes ingresar solamente tú como afiliada (...) Mira, por ejemplo, tú te vas al Hotel El Pueblo y usted llega (...) en la cevichería y a ti te entregan una lista con una carta, al que los afiliados (...) le permiten comer más cosas (...) es un plus, no es nada del otro mundo, pero te hace sentir exclusivo (...)*”.

Sobre este punto, el contrato señala en su cláusula vigesimocuarta lo siguiente: *“Integridad del contrato y naturaleza del contrato. El presente contrato constituye la totalidad del acuerdo y entendimiento alcanzado por las partes y deja sin efecto y anula todas las negociaciones, manifestaciones, compromisos acuerdos verbales y escritos celebrados antes de la fecha de firma del presente contrato (...)*”.

En su apelación, Blue Marlin señaló que la cláusula que dejaba sin efecto los ofrecimientos realizados y no consignados en el contrato no resultaba aplicable al presente caso, pues en la supervisión del 15 de abril de 2019, toda la información fue ofrecida el mismo día en el cual se hubiese celebrado el contrato. Asimismo, agregó que lo señalado por su asesor de ventas se trataba de beneficios adicionales, encontrándose ello permitido en el numeral 21 del documento “verificación de los términos del contrato” que formaba parte integrante del contrato.

Al respecto, al igual que lo resuelto por la Comisión, se verifica que existe una contradicción entre lo estipulado en el contrato y el documento denominado “Verificación de los Términos del Contrato”, pues en el contrato se estipuló una cláusula que dejaba sin efecto los ofrecimientos que se hayan realizado y no estén consignados en dicho documento; y, en el otro documento, se estableció la posibilidad de realizar actos de liberalidad, configurándose de esta manera un supuesto de información contradictoria.



Asimismo, de la reproducción del audio se puede advertir que el personal de Blue Marlin realizó ofrecimientos que no se encontraron comprendidos dentro de los términos y condiciones del contrato. Así las cosas, no resulta apropiado que los asesores de venta efectúen ofrecimientos que su propio contrato deja sin efecto (más allá de que el mismo fue o no aplicado en la diligencia de inspección), lo cual podría ser considerado como información errónea.

- e) Minuto 01:01:39: *“y el último beneficio para terminar y pasar a ver el video donde van a conocer sus hoteles, en los cuales vas a empezar a vacacionar, es el beneficio de poder ser libres, una cosa muy diferente es que usted diga yo viajo cuando yo quiera, cuando yo quiera, a que usted diga yo viajo cuando la agencia de viajes lance la promoción, cuando la agencia de viajes lance la oferta (...).”*

Sobre este punto, el contrato señala en su cláusula tercera lo siguiente: *“Utilización del programa vacacional. Parágrafo 2. Para la utilización de EL PROGRAMA es necesario que EL(LOS) COMPRADORES a) Pague(n) a la SOCIEDAD la totalidad del precio de EL PROGRAMA, o por lo menos el 50% del mismo. (...).”*

En su apelación, Blue Marlin sostuvo que, de la mayoría de los contratos obrantes en el expediente, podía verificarse que otorgó el beneficio a los consumidores de que podían utilizar el programa con el pago del 30%, hecho que también podía ser verificado del documento “Solicitud del Programa”.

Asimismo, agregó que, en la inspección, el asesor de ventas había ofrecido la posibilidad de usar el programa siempre que contratase y pagase como cuota inicial el 30% de su valor; es decir, se le iba a otorgar el documento “certificado de uso al 30%”, el cual no fue entregado debido a que no se culminó el proceso de venta.

Sobre el particular, contrariamente a lo expuesto por la investigada, lo cierto es que, más allá del eventual ofrecimiento verbal a la funcionaria en la inspección, el contrato entregado en la diligencia de inspección no recogía dicha condición; pues, por el contrario, se recabó un contrato en el cual se estipulaba que la utilización del programa recién sería posible cuando se haya pagado el 50% de su valor.

Así las cosas, contrariamente a lo expuesto por Blue Marlin, de acuerdo con la inspección llevada a cabo el 15 de abril de 2019, no resulta posible concluir que sea una práctica usual del proveedor permitir el uso del programa con el pago del 30% de su valor.



- f) Minuto 01:52:41: “esto qué me permite, poder venderlo, cederlo, heredarse (...)”.

Sobre este punto, el contrato señala en su cláusula décimo primera lo siguiente: “INCUMPLIMIENTO: Se prohíbe a EL(LOS) COMPRADORES comercializar EL PROGRAMA a fin de obtener beneficios lucrativos (...)”.

En su apelación, Blue Marlin señaló que se omitió considerar una cláusula del contrato que establecía expresamente que los consumidores tenían la facultad de ceder el contrato, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para ello.

Al respecto, es importante precisar que, si bien el contrato permite en su cláusula décimo segunda la cesión del contrato, la misma se encuentra condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales no fueron informados al llevarse a cabo la diligencia de inspección; así como tampoco se contempló en el contrato la posibilidad de la venta del Programa Vacacional o la posibilidad de que el mismo pueda heredarse.

Por tanto, al comparar lo señalado por el personal de Blue Marlin con lo estipulado en el contrato, se evidencia una contradicción en dicha información.

130. En virtud de los considerandos expuestos, se evidencia que Blue Marlin -a lo largo de proceso de venta del Programa Vacacional- brinda información imprecisa, incompleta y en algunos casos errónea a fin de lograr que los consumidores se afilien a su programa.

Conclusión final:

131. A manera de conclusión, y de una revisión integral de lo actuado en el presente procedimiento, esta Sala concluye que se encuentra acreditado que Blue Marlin -dentro de su proceso de venta- despliega una serie de acciones destinadas a afectar la capacidad de decisión de los consumidores, las mismas que consisten en:

- (i) Se expone al consumidor a un ambiente bullicioso, lo cual merma su capacidad de entendimiento respecto a la información que le es trasladada;
- (ii) se le proporciona una cantidad de información excesiva, la charla de venta dura aproximadamente dos (2) horas, tiempo en el cual el consumidor es expuesto a abundante información respecto a las condiciones del Programa Vacacional, y se utilizaban manuscritos que



- contienen datos desordenados y aislados que no resultan comprensibles; y,
- (iii) se determinó que la información brindada al consumidor no resultaba una información precisa, exacta y coherente.
132. En consecuencia, la verificación de las conductas descritas previamente permite acreditar que efectivamente Blue Marlin, para la venta de su Programa Vacacional, despliega una serie de conductas que en conjunto representan un método comercial agresivo destinado a mermar la capacidad de decisión del consumidor, lo cual no le permite adoptar una adecuada decisión de consumo; infringiendo lo establecido en el literal f) del artículo 58°.1 del Código.
133. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que esta Sala respeta todo tipo de iniciativa privada de inversión en el mercado, en la medida que las inversiones significan, en esencia, acceso de los consumidores a productos y servicios nuevos dentro de una dinámica de crecimiento económico. Así, el Indecopi promueve la libre competencia y como tal, y no cuestiona en este procedimiento los programas vacacionales como productos novedosos en el mercado, sino lo que se analiza son los mecanismos utilizados por Blue Marlin en la oferta de tales productos hacia los consumidores y si tales mecanismos afectaron, de manera significativa, la libertad de elección de estos.
134. En tal sentido, cabe recordar que, si bien la Constitución establece que la iniciativa privada es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado³⁵ (por lo que el Estado respeta la libertad de empresa, comercio y la inversión privada), se debe tener en cuenta que dichas libertades deben ejercerse en un marco de respeto a los límites establecidos por la ley, entre ellos, los derechos e intereses de los consumidores, siendo que la propia Constitución también reconoce que el Estado defiende los intereses de estos agentes del mercado³⁶.
135. De estos considerandos relevantes y transversales a toda actividad empresarial, en el presente caso no se está cuestionando los mecanismos de publicidad o promoción de los servicios de Blue Marlin, sino la verificación que dicha actuación del proveedor compatibilice con la libertad de elección de

³⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 58°.** - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

³⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.** - El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.



los consumidores, los cuales son tutelados a través de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 58° del Código.

Sobre la sanción impuesta

136. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión debe atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar³⁷.
137. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. En ese sentido, la finalidad de las mismas es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
138. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG contempla los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. En virtud del primero, la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el infractor, ello con la finalidad de desincentivar la realización de las conductas infractoras. Por su parte, el Principio de Proporcionalidad, busca que los medios empleados por el juzgador sean los más idóneos a efectos de desincentivar la conducta en tutela de determinado interés público, pero que a su vez signifique la menor afectación posible de los derechos de los imputados.
139. En el presente caso, la Comisión sancionó a Blue Marlin con una multa de 450 UIT por la infracción del artículo 58°.1 literal f) del Código. A efectos de graduar la sanción, la Comisión tuvo en cuenta los criterios referidos al beneficio ilícito y la probabilidad de detección.
140. En su apelación, el proveedor sostuvo que:
- (i) La Comisión aplicó una multa sin motivar adecuadamente la misma ni mencionar cuál era la norma legal donde se encontraba establecida, vulnerando el Principio de Legalidad;

³⁷

CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el Indecopi 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.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar. (...)



- (ii) no podía considerarse que los valores indicados en su escrito del 26 de abril de 2019 eran el reflejo de los ingresos obtenidos por su empresa, pues un porcentaje de consumidores no llegaban a cancelar las cuotas faltantes, otro porcentaje solicitaba anticipadamente la resolución contractual, y otro porcentaje celebraba adendas al contrato, reduciendo el monto de la venta del programa;
- (iii) la Comisión determinó que el margen de ganancia sería aquel establecido para las empresas del sector económico Turismo y Hotelería, el cual ascendía al 7% al año 2016, basando ello en una captura de pantalla que no se apreciaba de manera legible y completa, además de encontrarse remitida a un enlace que no se encontraba disponible;
- (iv) si la Comisión deseaba conocer la ganancia real obtenida por su empresa y los ingresos adicionales de su empresa por la conservación de la supuesta ganancia ilícita, debió habérselo requerido, y no calcularla en base a números y porcentajes que no resultaban exactos;
- (v) no todas las ventas del Programa Vacacional podían ser consideradas como infracciones al Código, debiendo considerarse que menos del 1% de los consumidores que contrataron el Programa Vacacional interponían denuncias aduciendo métodos comerciales agresivos o engañosos;
- (vi) debía considerarse que los supuestos consumidores afectados se encontraban altamente motivados a denunciar ese tipo de hechos ante la autoridad;
- (vii) la Comisión pretendió determinar el valor por dicho concepto en una serie de factores que no fueron bien especificados ni sustentados adecuadamente, pues se mencionaron brevemente en el pie de página 41 de la resolución recurrida; y,
- (viii) la Comisión asignó a la probabilidad de detección el valor de 25% sin sustentar el motivo por el cual optó por ese valor, afectando así su derecho al Debido Procedimiento, y se hizo alusión al Principio de Razonabilidad, pero no aplicó al mismo en su motivación.

141. En primer lugar, corresponde señalar que, contrariamente a lo expuesto por la investigada, la resolución emitida por la Comisión en el extremo referido a la graduación de la sanción se encontró debidamente sustentada y motivada, conforme puede apreciarse de los párrafos 195 a 201 de la resolución recurrida y de los pies de página correspondientes a dicho desarrollo. Asimismo, la multa ha sido graduada de acuerdo al volumen de ventas e ingresos obtenidos por Blue Marlin en los años 2017 y 2018, y de acuerdo a los datos aportados por esta al procedimiento.

142. En segundo lugar, es preciso señalar que los criterios de graduación utilizados por la Comisión se encontraron debidamente motivados y sustentados de manera concreta y en base a los hechos e implicancias del



presente caso; asimismo, conforme a lo sostenido en anteriores resoluciones³⁸, en la graduación de la sanción realizada por la Comisión, sobre la base de lo actuado y de la infracción detectada, puede emplearse cálculos, aproximaciones o valoraciones.

143. Lo anterior de ningún modo implica una vulneración del Principio de Presunción de Licitud³⁹, pues este rige en un primer momento del procedimiento por infracción de las normas de protección al consumidor, esto es, cuando se determina si el administrado incurrió o no en una conducta sancionable, siendo que en la graduación de la sanción nos encontramos en un segundo momento, posterior a la detección de la infracción.
144. Esta potestad de la autoridad administrativa se condice con el debido procedimiento administrativo y el derecho de defensa del infractor pues en vez de sancionarlo en virtud de criterios meramente subjetivos, se está sustentando su sanción con criterios objetivos, esto es, elementos que pueden ser cuestionados directamente, como lo eran el beneficio ilícito derivado de la conducta infractora y la probabilidad de detección, sin que la investigada haya aportado al procedimiento algún tipo de elemento probatorio que permita dar cuenta de que la graduación efectuada por la Comisión se encontró errada.
145. Así, en el presente caso, Blue Marlin ha señalado que no podía considerarse que los valores indicados en su escrito del 26 de abril de 2019 eran el reflejo de los ingresos obtenidos por su empresa, y que el margen de ganancia y los ingresos adicionales de su empresa por la conservación de la supuesta ganancia ilícita no eran los aplicados por la Comisión; sin embargo, pudo aportar elementos de juicio u otros criterios que desvirtúen o desplacen el razonamiento aplicado por la Comisión sobre los citados criterios y precisar de qué manera el cálculo efectuado por la Comisión se encontró errado en relación con los ingresos y datos objetivos del negocio de su empresa previamente referidos; sin embargo, no lo hizo, pese a que la carga probatoria recaía en esta, dados sus conocimientos especializados y la información con la que ostentaba por su condición de proveedor del servicio.
146. Cabe recordar que, más allá de lo señalado por el proveedor -respecto a que no todas las ventas del Programa Vacacional podían ser consideradas como

³⁸ Resolución 2660-2015/SPC-INDECOPI del 26 de agosto de 2015, Resolución 3397-2015/SPC-INDECOPI del 27 de octubre de 2015, Resolución 2145-2016/SPC-INDECOPI del 13 de junio de 2016, Resolución 1861-2017/SPC-INDECOPI del 31 de mayo de 2017, entre otras.

³⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. 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.



infracciones al Código- en el caso que nos ocupa, los hechos materia de controversia generaron una afectación a los derechos colectivos o difusos de los consumidores, por lo que corresponde desestimar dicho cuestionamiento.

147. Finalmente, respecto a la probabilidad de detección de la infracción constatada, contrariamente a lo señalado por Blue Marlin, este se encontró debidamente motivada, al considerar que la misma era baja en la medida que las conductas infractoras incurridas por la administrada eran de difícil probanza por los consumidores y no podían ser detectadas con facilidad por la Administración, teniendo que recurrir a la modalidad de consumidor incógnito para su verificación.
148. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que sancionó a Blue Marlin con una multa de 450 UIT por la infracción del artículo 58°.1 literal f) del Código.
149. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del TULO de la LPAG⁴⁰, se requiere a Blue Marlin el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta, sin perjuicio de lo cual se le informa que la presente resolución será puesta en conocimiento de la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva del Indecopi a efectos de que ejerza las funciones que la Ley le otorga.

Sobre la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones

150. Considerando que Blue Marlin no ha fundamentado su recurso de apelación respecto al referido extremo, más allá de la alegada ausencia de infracción desvirtuada en la presente resolución, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre el mismo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TULO de la LPAG⁴¹, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada en dicho extremo.

⁴⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. 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 espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

⁴¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6°. - Motivación del acto administrativo.**

(...)

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

**RESUELVE:**

PRIMERO: Disponer que la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor remita copia de los actuados en el presente expediente al Órgano de Control Interno del Indecopi, en atención al pedido formulado por Bue Marlin Beach Club S.A.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 0094-2019/CC3 del 14 de mayo de 2019, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3, en el extremo que halló responsable a Bue Marlin Beach Club S.A. por infracción del artículo 58°.1 literal f) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que, a través del empleo de mecanismos articulados, ejerció una influencia indebida en los consumidores, afectando de manera determinante su voluntad con el empleo de métodos comerciales agresivos, tales como: (i) exponer a los consumidores a un ambiente bullicioso que no les permitía escuchar de forma clara la información del “Programa Multivacaciones Decameron”; (ii) trasladar una gran cantidad de información sobre las condiciones y beneficios del Programa Vacacional en un tiempo mayor a 2 horas; y, (iii) brindar información imprecisa, incompleta o errónea respecto a las condiciones del Programa Vacacional.

TERCERO: Confirmar la Resolución 0094-2019/CC3 en el extremo que sancionó a Bue Marlin Beach Club S.A. con una multa de 450 UIT por la infracción del artículo 58°.1 literal f) del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

CUARTO: Requerir a Bue Marlin Beach Club S.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta, 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 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

QUINTO: Confirmar la Resolución 0094-2019/CC3 en el extremo que dispuso la inscripción de Bue Marlin Beach Club S.A. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente