

RESOLUCIÓN FINAL N.º 011-2022/CC3

EXPEDIENTE : 553-2018/CC3
AUTORIDAD : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N.º 3 (COMISIÓN)
ADMINISTRADA : LATAM AIRLINES PERÚ S.A.¹
MATERIA : GRADUACIÓN DE SANCIÓN
CLÁUSULAS ABUSIVAS
ACTIVIDAD : TRANSPORTE DE PASAJEROS POR VIA AÉREA
SANCIÓN : 11.7 UIT (Literal e) del artículo 50 del Código)

SUMILLA: *Se sanciona a Latam Airlines Perú S.A. con una multa ascendente a 11.7 UIT por infracción al artículo 108 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en relación con lo establecido en el literal e) del artículo 50 del referido cuerpo legal, al haber insertado una cláusula abusiva que limita o restringe el derecho de los consumidores a postergar la realización del servicio, al señalar que: (i) si el boleto no ha sido utilizado, la postergación será máximo por el plazo de un año contado desde la fecha de emisión; y, (ii) si ha sido parcialmente utilizado, la postergación será por el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha del primer vuelo.*

Lima, 17 de febrero 2022

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución Final N.º 221-2019/CC3 del 13 de setiembre de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor N.º 3 (Comisión) sancionó a Latam Airlines Perú S.A. (Latam) con 79.6 UIT por infracción del artículo 108 de la Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código), en relación con el artículo 50 literal e) de dicha norma, ya que incluyó en su portal web una cláusula general de contratación que excluía o limitaba el derecho de los consumidores a postergar la realización del servicio, pues: (i) si el boleto no había sido utilizado, la postergación era por el plazo máximo de un año a partir de la fecha de emisión; y, (ii) si el boleto había sido utilizado parcialmente, la postergación era por el plazo máximo de un año a partir de la fecha del primer vuelo.

"SE RESUELVE:

PRIMERO: Sancionar a Latam Perú S.A. con una multa de 79.6 UIT por infracción al artículo 108 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en relación con lo establecido en el literal e) del artículo 50 del referido cuerpo legal en la medida que consignó en su portal web (condiciones para endosos y postergaciones de vuelos), cláusulas abusivas que limitan o restringen los derechos de los consumidores a postergar sus vuelos, toda vez que, si el boleto aéreo: (i) no ha sido utilizado, la postergación será máximo por el plazo de un año contado de la fecha de emisión (vigencia del ticket); y, (ii) ha sido parcialmente utilizado, la postergación será por el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha del primer vuelo. (...)"

2. El 15 de octubre de 2019, Latam apeló la Resolución Final N.º 221-2019/CC3.
3. Mediante Resolución N.º 1157-2020/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2020, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (Sala) confirmó la Resolución

¹ Latam Airlines Perú S.A. está registrada en la base de datos de la SUNAT con RUC número 20341841357, y con domicilio fiscal ubicado en Calle Arica N.º 628 (Piso 5) – Miraflores, Lima. Asimismo, se encuentra registrada en la Partida Registral 03014570 de la SUNARP.

apelada en el extremo que halló responsable a Latam por infracción a las normas del Código; sin embargo, declaró la nulidad de la graduación de la sanción realizada por la Comisión, ordenando que emita un nuevo pronunciamiento respecto a ello. Así, según la Sala, no se desarrollaron los fundamentos que determinaron el beneficio ilícito obtenido por Latam o el daño que generó la infracción; así como tampoco se precisó si la probabilidad de detección era alta o baja; finalmente, la Sala señaló que la Comisión había tomado como multa base la sanción impuesta en otros casos cuya conducta era distinta, esto es, no permitir el endoso de boletos aéreos.

4. En atención a ello, la Comisión emitió la Resolución Final N.º 190-2020/CC3 del 30 de diciembre de 2020, mediante la cual sancionó a Latam con 77.2 UIT por infracción del artículo 108 del Código, en relación con el artículo 50 literal e) de dicha norma. Para graduar la sanción a imponer se consideró como criterios de graduación al daño y probabilidad de detección, conforme lo establecía el marco normativo aplicable.
5. El 5 de febrero de 2021, Latam apeló la Resolución Final N.º 190-2020/CC3.
6. El 6 de mayo de 2021, Latam presentó, ante la Sala, un escrito a través de cual solicitó la nulidad de la Resolución N.º 1157-2020/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2020. Entre otras cosas, alegó que dicho Colegiado había emitido su primer pronunciamiento sin considerar el Oficio 534-2020-MTC/12.07, el cual había sido remitido el 13 de julio de 2020 por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), en respuesta a la consulta formulada por la Secretaría Técnica de la Sala mediante correo electrónico del 01 de julio de 2020. Agregó Latam que, a través del citado oficio, la DGCA explicaba que la aprobación anual de itinerarios de vuelos se aprobaba en 2 temporadas (la primera, iniciaba el último domingo de marzo y duraba aproximadamente 7 meses; y la segunda, iniciaba el último domingo de octubre y duraba 5 meses) por lo que no era posible que Latam ofreciera reprogramaciones más allá del plazo de 1 año, pues ello implicaría ofrecer a los consumidores un vuelo sobre el cual no tenían certeza.
7. El 2 de agosto de 2021, la Sala emitió la Resolución N.º 1722-2021/SPC-INDECOPI, a través de la cual:
 - (i) Declaró improcedente la solicitud de nulidad presentada por Latam, en la medida que dicha figura jurídica resultaba ser una atribución propia de la autoridad administrativa que emitió el supuesto acto nulo; y,
 - (ii) declaró la nulidad de oficio de la Resolución N.º 1157-2020/SPC-INDECOPI, por vulneración del principio del debido procedimiento, pues dicho acto administrativo se emitió sin haberse pronunciado sobre el contenido del Oficio 534-2020-MTC/12.07 del 13 de julio de 2020, remitido por la DGAC; por lo que dejó sin efecto todos los actuados del procedimiento que se hayan efectuado con posterioridad a la emisión de la Resolución 1157-2020/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2021; y,
 - (iii) emitió un nuevo pronunciamiento, para lo cual valoró el recurso de apelación interpuesto por Latam contra la Resolución Final N.º 221-2019/CC3 (primer pronunciamiento de la Comisión), tomando en cuenta para ello todos los actuados correspondientes, entre ellos el Oficio 534-2020-MTC/12.07.

8. De acuerdo con el nuevo pronunciamiento, la Sala confirmó la Resolución Final N.º 221-2019/CC3 en el extremo que halló responsable a Latam por infracción a las normas del Código, pues consignó, en su portal de internet, cláusulas abusivas de ineficacia absoluta que limitaban o restringían el derecho de los consumidores a postergar el servicio contenido en sus boletos de viaje. Sin embargo, declaró la nulidad de la Resolución Final N.º 221-2019/CC3, en el extremo de la graduación de sanción realizada por la Comisión, ordenando que emita un nuevo pronunciamiento respecto a ello.
9. Así, según la Sala, no se desarrollaron los fundamentos que determinaron el beneficio ilícito obtenido por Latam o el daño que generó la infracción; así como tampoco se precisó si la probabilidad de detección era alta o baja; finalmente, la Sala señaló que la Comisión había tomado como multa base la sanción impuesta en otros casos cuya conducta era distinta, esto es, no permitir el endoso de boletos aéreos:
138. (...) en la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 006-2014-PCM, se establece que los factores necesarios para la determinación de la multa a imponer por los órganos resolutivos del Indecopi son: el beneficio ilícito (o, en forma alternativa, el daño) dividido entre la probabilidad de detección y el resultado multiplicado por los factores atenuantes y agravantes; esta Sala observa que la Comisión no ha desarrollado (motivado) los fundamentos que determinen el beneficio ilícito obtenido por Latam por la presente conducta infractora (imposición de cláusulas abusivas) o el daño resultante de dicha infracción ni tampoco se aprecia ninguna indicación si la probabilidad de detección era baja o alta.
139. Asimismo, esta Sala destaca que, la Comisión ha tomado como multa base una conducta infractora de distinta naturaleza, pues si bien en las mencionadas Resoluciones 2353-2013/SPC-INDECOPI y 3485-2017/SPC-INDECOPI se sancionaron a las aerolíneas por infracción del artículo 66°.7 del Código, la conducta infractora estaba relacionada a la restricción del derecho de endoso de boletos aéreos; siendo que, en este caso, se ha analizado y sancionado por infracción del artículo 50° literal e) del citado cuerpo normativo, concerniente a la imposición de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta que restringen el derecho de los consumidores de postergar la realización del servicio de transporte aéreo.
140. De lo expuesto se evidencia que, al graduar la sanción, la Comisión incurrió en los siguientes vicios de nulidad por: a) motivación insuficiente, al no desarrollar los criterios de graduación señalados en el artículo 112° del Código y la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 006-2014-PCM; y, b) transgresión del Principio de Congruencia, al tomar como base de sanción un hecho infractor distinto al que ha sido imputado y analizado en el presente caso.
10. Mediante Resolución N.º 6 del 29 de octubre de 2021, se puso en conocimiento de Latam el Informe Final de Instrucción N.º 080-2021/CC3-ST (IFI), otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
11. El 12 de noviembre de 2021, Latam presentó sus descargos al IFI señalando lo siguiente:
- (i) Aplicar el Decreto Supremo N.º 006-2014-PCM para graduar la sanción a imponer era inadecuado, pues dicha norma estaba reservada para infracciones relativas al libro de reclamaciones. Concluir lo contrario implicaría vulnerar el principio de legalidad y el deber de motivación del acto administrativo. En ese sentido, debieron emplearse los criterios de

graduación recogidos en el Código y el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- (ii) La Secretaría Técnica se limitó a señalar, sin contar con sustento alguno, que el 13% de pasajeros diarios de su representada habrían sido afectados por la aplicación de la cláusula objeto del presente procedimiento; para ello, se consideró el porcentaje de usuarios que presentan reclamos en la categoría “restricciones del pasaje”. Agregó que tal conclusión vulneraría el principio de verdad material.
- (iii) La Secretaría Técnica consideró, de manera indebida y contrariamente a lo indicado en el Código, que el pago de USD 16.00 (cancelado para reprogramar un vuelo) resultaría ilegítimo.
- (iv) La Secretaría Técnica asumió de manera errónea que el 13% de sus pasajeros se habría visto afectado por la cláusula abusiva, solo porque dicho porcentaje de usuarios realizaba la reprogramación de su vuelo. Ello resultaba ilegítimo, irracional y desproporcionado, pues se estaba asumiendo que todos los reclamos interpuestos estarían referidos a aspectos relativos a las supuestas cláusulas abusivas, a pesar de que no se identificaron tales reclamos o denuncias.
- (v) La aplicación de una tasa de 8.5% por concepto de costo de oportunidad resultaba irreal, pues en el mercado peruano no existía alguna entidad financiera legal que garantice un rendimiento de 8.5% para inversiones sin riesgo. De hecho, las tasas de interés para productos financieros pasivos en moneda extranjera oscilaban entre 0.1% a 3% anual para cantidades mínimas de US\$ 2000. Concluir lo contrario implicaría vulnerar el principio de razonabilidad.
- (vi) La probabilidad de detección de la infracción debería ser “alta”, debido a que los “términos y condiciones” de su servicio de transporte se encontraban en su propia página web, pudiendo ser revisadas de manera rápida por todos sus consumidores en cualquier momento del año. Concluir lo contrario implicaría incentivaría, indirectamente, a la autoridad administrativa a iniciar procedimientos de oficio con la intención de imponer multas mayores, debido a que la probabilidad de detección se calificaría como “media”.
- (vii) No podría considerarse que la necesidad de tener conocimientos especializados para determinar la existencia de una infracción a la normativa de protección al consumidor era un factor para determinar si la probabilidad de detección era alta, baja o media, sobre todo porque se suponía que los profesionales que laboraban en el Indecopi eran especialistas y contaban con dichos conocimientos.
- (viii) Resultaba contradictorio que la Secretaría Técnica, por un lado, reconozca que existía un número alto de reclamos orientados a cuestionar las supuestas cláusulas abusivas y, por otro lado, pretenda sostener que la probabilidad de detección de la conducta imputada era “media”.
- (ix) La sanción por imponer se debería graduar considerando los siguientes criterios:
 - a) intencionalidad: no tuvo intención de cometer la infracción imputada, sobre todo si se consideraba que las cláusulas objeto de denuncia eran naturales al funcionamiento del servicio de transporte aéreo y a la aprobación anual de itinerarios de la DGAC;
 - b) beneficio ilícito: no obtuvo beneficio ilícito alguno, pues los consumidores que desearon reprogramar sus vuelos lo hicieron sin inconvenientes. Además, la autoridad administrativa no ha logrado

- acreditar la existencia de reclamos o denuncias relativas a la imposibilidad de reprogramar los vuelos;
- c) daño generado a los consumidores: no generó daño alguno a los consumidores, siendo que el importe de USD 16.00, cancelado por la reprogramación de vuelos era pagado por todos los consumidores que desearon cambiar la fecha del servicio independientemente de la existencia de las presuntas cláusulas abusivas, incluso por periodos menores a un año (2 días, 2 o 4 meses, etc.);
 - d) probabilidad de detección: la probabilidad de detectar la infracción era elevada debido a que las presuntas cláusulas abusivas se encontraban alojadas en su página web;
 - e) efectos de la conducta infractora en el mercado: no se generó ningún efecto adverso; por el contrario, las cláusulas incorporadas evitaron que a los consumidores se les ofrezcan vuelos no aprobados por la DGAC;
 - f) naturaleza del perjuicio causado: no se afectó la vida, salud o integridad de los consumidores.
- (x) En estricta observancia del principio de razonabilidad, se debía considerar que la situación financiera de su representada se vio afectada por la propagación de la COVID-19, incluso ha visto paralizadas sus operaciones a consecuencia de ello o tuvo restricciones en la prestación del servicio.
 - (xi) Durante el primer trimestre del año 2021 su representada tuvo pérdidas de USD 692 millones de dólares; además, si bien la infracción se habría materializado en los años 2018 y 2019, el pago de la sanción se haría en el periodo en el que la situación económica se encontraba menoscaba, incluso solicitó en su oportunidad el inicio de un proceso concursal preventivo ante el Indecopi.
 - (xii) No se tuvo en cuenta que, mediante escrito del 04 de setiembre de 2021, indicó que el 28 de agosto de 2020 (antes de que se emitiera la Resolución N.º 1722-2021/SPC-INDECOPI) retiró las cláusulas objeto del procedimiento de su página web, configurando la circunstancia atenuante recogida en los numerales 2 y 5 del artículo 112 del Código. Es más, la propia Sala señaló que no correspondía ordenar medida correctiva alguna.
12. Por Resolución N.º 7 del 7 de diciembre de 2021, se citó a Latam a la audiencia de informe oral programada para el 16 de diciembre de 2021.
13. El 16 de diciembre de 2021 se llevó a cabo la audiencia de informe oral, a través de la cual Latam reiteró los alegatos expuestos en su escrito de descargos al IFI, añadiendo lo siguiente:
- (i) El cobro realizado por la emisión de un boleto no era ilegal, pues era un gasto generado por la prórroga del vuelo; además, era permitido por el artículo 66.7 del Código, motivo por el cual no podría ser considerado como un importe que su representada habría obtenido a modo de beneficio ilícito.
 - (ii) El porcentaje de pasajeros supuestamente afectados se habría obtenido a través de una presunción, tomando como referencia la información contenida en un informe estadístico emitido por la Junta de Aeronáutica Civil de Chile, que no era acotado a la realidad peruana, y hacía referencia a supuestos distintos al que es objeto del presente procedimiento; concluir

lo contrario, implicaría vulnerar los principios de carga de la prueba y verdad material.

- (iii) En el caso concreto no habría existido un costo de oportunidad perdido, pues el cobro sería legal; además, en el IFI se aplicó una tasa de 8.5%, la cual, según el Banco Central de Reserva del Perú, se aplicaba para “determinar el costo de oportunidad en el que incurre el país cuando utiliza recursos para financiar sus proyectos”. Si se deseaba aplicar una tasa de interés, debería ser la tasa de interés de rendimiento que ofrecen las entidades del sistema financiero.
 - (iv) La probabilidad de detección de la conducta no era media, sino alta, debido a que la cláusula objeto de denuncia se encontraba en su página web, que era de fácil y público acceso.
 - (v) Debía tenerse en cuenta que modificó los términos y condiciones del contrato del servicio de transporte aéreo que ofrecía, retirando, con fecha 28 de agosto de 2021, la cláusula objeto del presente procedimiento.
14. El 23 de diciembre de 2021, Latam presentó un escrito complementario alegando lo siguiente:
- (i) Al graduar la sanción a imponer, debía verificarse si el administrado actuó intencionalidad o no, si consiguió un beneficio ilícito, o generó perjuicio económico.
 - (ii) Las cláusulas objeto de cuestionamiento fueron incorporadas con la finalidad de: (i) respetar la aprobación anual de los itinerarios de vuelos por parte de la DGAC, y (ii) evitar colocar a los consumidores en una situación de incertidumbre, donde sus expectativas puedan ser fácilmente defraudadas al ofrecerles la posibilidad de realizar la reprogramación de sus vuelos para itinerarios que aún no han sido aprobados por el ente regulador. En tal sentido, remitió el Oficio Circular N.º 010-2021-MTC/12.07 y un flujograma sobre el procedimiento de aprobación de itinerarios de vuelos de la DGAC.
 - (iii) La Secretaría Técnica no logró acreditar la existencia de consumidores que señalaron haberse visto afectados por las cláusulas objeto del presente procedimiento.

II. ANÁLISIS

A. De la graduación de la sanción

15. El artículo 248 del TUO de la LPAG establece, como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa, el principio de razonabilidad², según el

²

TUO de la LPAG

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

cual las sanciones a imponer deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando ciertos criterios de graduación. En otras palabras, cuando la autoridad administrativa imponga sanciones debe considerar la proporción entre los medios utilizados y los fines públicos que debe tutelar, estableciéndose una relación lógica entre el hecho que motiva la sanción, el objetivo que se busca conseguir y el medio empleado para tal efecto.

16. Por su parte, los artículos 110 y 112 del Código disponen que la Comisión puede sancionar las infracciones administrativas con amonestación y multas de hasta 450 UIT, las cuales son calificadas en leves, graves y muy graves³, teniendo en consideración el beneficio ilícito esperado u obtenido, la probabilidad de detección de la infracción, el daño resultante, los efectos generados, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio, así como otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar⁴.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

3 **Código**

Artículo 110.- Sanciones administrativas

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

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

4 **Código**

Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

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

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

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

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

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
3. En los procedimientos de oficio, promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y a sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

17. En vía de reglamentación, la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.º 006-2014-PCM, publicada el 23 de enero de 2014 y vigente a partir del 23 de abril de 2014, establece que los factores necesarios para determinar la multa a imponer son el beneficio ilícito o, en forma alternativa, el daño, dividido entre la probabilidad de detección, y el resultado multiplicado por los factores atenuantes y agravantes.
18. En primer lugar, es pertinente señalar que, si bien el Decreto Supremo N.º 006-2014-PCM incorpora modificaciones a algunas disposiciones del Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N.º 011-2011-PCM; en su Única Disposición Complementaria Final señala lo siguiente: *“los factores que deberán tenerse en cuenta para la determinación de la multa a imponer por parte de los órganos resolutivos del Indecopi respecto de las demás infracciones sancionables dentro del ámbito de su competencia, son el beneficio ilícito [o daño] dividido entre la probabilidad de detección y el resultado multiplicado por los factores atenuantes y agravantes”*.
19. En ese sentido, el hecho que la Secretaría Técnica haya recomendado graduar la sanción a imponer considerando los factores o criterios recogidos en el Decreto Supremo N.º 006-2014-PCM no supone de ninguna manera vulnerar los principios de legalidad o debido procedimiento, ni el deber de motivación del acto administrativo, más aún si se considera que, tanto el Código (en el artículo 112) como el TUO de la LPAG (en el artículo 248) recogen como criterios de graduación de sanciones, entre otros, al beneficio ilícito, al daño y a la probabilidad de detección.
20. De hecho, en los siguientes párrafos este Colegiado motivará, teniendo en cuenta lo señalado por el TUO de la LPAG, el Código y el Decreto Supremo N.º 006-2014-PCM, así como los actuados en el expediente, si los criterios citados resultan pertinentes para determinar la sanción a imponer en el caso concreto.
21. Sobre la base de lo expuesto y lo señalado por la Sala, corresponderá determinar la sanción que correspondería imponer a Latam por haber introducido cláusulas de contratación restrictivas al derecho de los consumidores a reprogramar la realización de sus vuelos. Además, cabe precisar que solo se evaluarán los argumentos del administrado, presentados durante el procedimiento destinados a cuestionar los criterios de graduación, y no aquellos dirigidos a cuestionar su responsabilidad administrativa, pues ello ya ha sido confirmado en segunda instancia por la Resolución N.º 1722-2021/SPC-INDECOPI, quedando firme el acto en ese extremo.

-
- a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.
5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

22. En tal sentido, con relación a los alegatos de Latam -expuestos en sus diferentes escritos de descargos y en la audiencia de informe oral- destinados a cuestionar su *falta de intención* (intención dolosa) o mala fe en la comisión de la infracción, así como la *ilegalidad de las cláusulas objeto del procedimiento* (debido a que habrían sido incorporadas considerando las disposiciones de la DGAC y la regulación del transporte aéreo, buscando como finalidad última beneficiar a los consumidores); cabe precisar que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre dichos alegatos, en tanto buscan desvirtuar la responsabilidad administrativa atribuida al administrado, extremo que, como ya se precisó, tiene calidad de cosa decidida, al haber quedado firme la Resolución Final N.º 221-2019/CC3 del 13 de setiembre de 2019, en ese extremo.
23. Ahora bien, con respecto a los criterios de graduación a los que Latam hizo expresa referencia en su escrito del 12 de noviembre de 2021 (descargos al IFI) y en la audiencia de informe oral, cabe precisar lo siguiente:
- (i) Intencionalidad en la comisión de la conducta: aunque en el caso concreto no corresponda valorar la intencionalidad como eximente de responsabilidad administrativa, pues tal extremo de la Resolución Final N.º 221-2019/CC3 quedó firme, sí corresponde valorar ello como criterio de graduación.

En ese sentido, cabe precisar que, los proveedores que operan en el mercado no solo tienen la obligación de informarse previsiblemente sobre las condiciones y restricciones que implica emprender su propio giro de negocio, sino conocer los alcances de los dispositivos legales que rodean su actividad, entre ellos, las normas que impiden incluir cláusulas generales de contratación que limiten algún derecho reconocido a los consumidores.

Así, cabe reiterar que el numeral 7 del artículo 66 del Código establece expresamente cuáles son los derechos y deberes que deben respetar las empresas de transporte en general (terrestre, aéreo y marítimo); por lo que, disponer condiciones o restricciones adicionales a las ya previstas para, por ejemplo, postergar la realización del servicio, resultaría ilegal y no podría ser amparado bajo los alcances del Código (como establecer que dicha postergación solo podría efectuarse un año después de la fecha de emisión o del primer vuelo). En consecuencia, atendiendo a la claridad de la citada disposición normativa y a la expresa cláusula incorporada por Latam, no resulta amparable el alegato referido a que, al graduar la sanción a imponer, debería considerarse que no actuó con intención.

Además, siguiendo la línea de lo indicado por la Sala, de la revisión de los documentos emitidos por la DGAC no se puede advertir que dicha autoridad aeronáutica haya impuesto a las aerolíneas nacionales la obligación de postergar los vuelos a un plazo no mayor a un año (ver Considerando 104 y 109 de la Resolución N.º 1722-2021/SPC-INDECOPI), por lo que tampoco se podría concluir que su intención no habría sido incumplir la normativa de protección al consumidor.

Por lo antes expuesto, corresponde desestimar el alegato del administrado referido a que no habría tenido intención de cometer la infracción imputada o que no habría actuado de mala fe.

- (ii) Beneficio ilícito esperado u obtenido: En el caso concreto, como se verá más adelante, la autoridad administrativa ha decidido no emplear dicho criterio de graduación, pues ello implicaría calcular las ganancias obtenidas por Latam por no haberle prestado el servicio a aquellos consumidores que no pudieron reprogramar la realización del viaje debido a la aplicación de la cláusula abusiva. Partiendo de tal premisa, sería sumamente difícil y complejo hallar el beneficio ilícito obtenido por el administrado, sobre todo si no se cuenta con información del número de personas afectadas (muchas de ellas posiblemente hayan dado por perdido el pasaje atendiendo a las cláusulas difundidas por Latam) y el costo de valor de cada pasaje comprado. Siendo así, como lo dispone la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.º 011-2011-PCM, para graduar la sanción a imponer se utilizará, entre otros, el criterio del “beneficio ilícito”.

Por lo antes expuesto, corresponde desestimar el alegato del administrado referido a que no habría obtenido beneficio ilícito alguno, pues la infracción imputada se configuró con la sola inclusión de una cláusula abusiva que excluyó o limitó un derecho legal reconocido a los consumidores, independientemente del número de reclamos o denuncias sobre el particular. Además, tal criterio de graduación no será utilizado en el caso concreto al determinar la sanción a imponer.

- (iii) Efectos de la conducta infractora en el mercado: el solo hecho de haber limitado un derecho legal reconocido a favor de los consumidores genera efectos negativos en el mercado, al lesionar las expectativas legítimas de aquellos clientes de Latam que esperaban que no se impongan restricciones al derecho que tienen de postergar la realización del servicio, independientemente de si esas restricciones se hicieron efectivas o no en el marco de una relación de consumo concreta e identificable. Ahora bien, con respecto al alegato referido a que las cláusulas incorporadas evitaron que a los consumidores se les ofrezcan vuelos no aprobados por la DGAC, cabe precisar que, como se desarrolló ampliamente en la Resolución N.º 1722-2021/SPC-INDECOPI, tal alegato no tiene asidero fáctico pues la autorización o no que pudiera brindar dicha autoridad no debería afectar el derecho legal reconocido a favor de los consumidores.

Por lo antes expuesto, corresponde desestimar el alegato del administrado referido a que su conducta no habría efecto adverso en el mercado.

- (iv) Naturaleza del perjuicio causado: de conformidad con lo previsto en el artículo 112 del Código, la puesta en riesgo o daño a la salud, vida o seguridad de los consumidores que una infracción pueda generar, no es propiamente un criterio de graduación de la sanción a imponer, sino mas bien una circunstancia agravante de aquella. Asimismo, se debe tener en cuenta que el artículo 110 Código establece que los órganos resolutivos del Indecopi pueden sancionar a los proveedores de bienes o servicios que infringen las normas de protección con una amonestación o con una

multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT, límite máximo reservado para infracciones muy graves que, por ejemplo, afecten la vida, salud o integridad de los consumidores.

Por lo antes expuesto, corresponde desestimar el alegato del administrado referido a que su conducta no habría afectado la vida, salud o integridad de los consumidores.

24. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, de conformidad con el artículo 112 del Código y la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.º 006-2014-PCM, esta Comisión considera que, para el presente caso, resultaría adecuado graduar la sanción a imponer sobre la base del daño, debido a que es el parámetro más objetivo para medir la afectación concreta que generó la infracción en los consumidores.
25. Considerando lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde graduar la sanción a imponer de la siguiente manera:

- **Daño**

26. El daño se identifica con la afectación que Latam generó en los consumidores por haber incluido en su portal web una cláusula que limita o restringe el derecho a postergar la realización del servicio (vuelo), al señalarse que tal postergación solo podría efectuarse por el plazo de un (1) año, contado desde la fecha de emisión o la fecha del primer vuelo, dependiendo de si el primer tramo fue utilizado o no.
27. Si bien esta Comisión considera que el daño está representado por la afectación generada a los consumidores que desearon reprogramar la realización de su viaje en un plazo mayor a un año, contado desde su fecha de emisión o fecha del primer vuelo (tramo), pero que no pudieron por la imposición de dicha cláusula abusiva; lo cierto es que hallar el número de personas afectadas resultaría sumamente complejo, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha información no obra en el expediente.
28. A pesar de lo anterior, este Colegiado considera tener en cuenta lo desarrollado por la Sala en la Resolución N.º 1535-2009/SC2-INDECOPI (Expediente 014-2008/CPC-INDECOPI-ICA), pronunciamiento mediante el cual señaló que, en la graduación de la sanción a imponer, la autoridad administrativa puede presumir probables conductas del proveedor, sobre la base de lo actuado y la infracción detectada, siempre y cuando se sustenten en parámetros objetivos, debidamente motivados:

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

37. *A mayor abundamiento, esta potestad de la autoridad administrativa se condice con el debido procedimiento administrativo y el derecho de defensa del infractor (...), **pues en vez de sancionarlo en virtud de criterios meramente subjetivos, se está sustentando su sanción con criterios objetivos, esto es, elementos que pueden ser cuestionados.** Así, en el presente caso el Banco pudo argumentar, por ejemplo, que sí contaba con un sistema de atención de consultas como la realizada por el señor Uribe, o que, pese a no contar con él, esto no le reportaba el beneficio cuantificado por la Comisión. Sin embargo, el Banco no lo hizo, pese a que la carga probatoria recaía en él, dados sus conocimientos especializados y la información que maneja sobre el funcionamiento de su propia institución.*
29. Así, esta Comisión, a fin de estimar el daño generado, considera que tal afectación podría estar representada por el monto objetivo que el administrado cobra por la reimpresión (postergación) de boletos⁵, el cual asciende a US\$ 16.00⁶, multiplicado por la cantidad de consumidores afectados en el período de infracción.
30. No puede dejarse de lado el hecho que la conducta infractora generó un daño en el patrimonio de los consumidores, pues tuvieron que asumir los costos innecesarios de tener que reprogramar, en un (1) año, su viaje (reimprimir el boleto), para luego volver a postergarlo al año siguiente, fecha en que realmente deseó programar su viaje. De lo contrario, y en caso no se realice la primera postergación, el usuario perdería la posibilidad de poder gozar del servicio en el futuro en atención a lo indicado en la cláusula abusiva.
31. En su defensa (descargos al IFI y audiencia de informe oral), Latam alegó que no generó daño alguno a sus consumidores, pues el importe de US\$ 16.00 era pagado por todos los usuarios que desearon cambiar la fecha del servicio, independientemente de la existencia de las presuntas cláusulas abusivas, incluso por periodos menores a un año (2 días, 2 o 4 meses, etc.).
32. Al respecto, cabe precisar que, si bien el importe antes mencionado fue cancelado por todo aquel pasajero que deseaba reprogramar la realización del servicio (incluso por periodos menores a un año), no es menos cierto que, específicamente, para el caso de los consumidores afectados (que deseaban aplazar la fecha de su vuelo para después de un año), estos tuvieron que, al menos, realizar una reprogramación adicional para no verse afectados por la limitación contenida en la cláusula. Además, no debe perderse de vista que este dato es utilizado, precisamente, para hacer más objetivo el cálculo de la sanción a imponer, tomando como referencia el daño presuntamente generado solo a aquellos consumidores.
33. En otras palabras, en aplicación de la cláusula abusiva, un usuario que adquirió un pasaje aéreo en julio de 2022 únicamente podría reprogramar su viaje a julio de 2023; por lo que, si deseara programar su viaje para setiembre de 2024,

⁵ Cobro por servicio de reemisión de boletos (Postergaciones): USD 16.00. Fuente: Expediente 553-2018/CC3

⁶ Cobro por servicio de reemisión de boletos (Postergaciones): USD 16.00. Fuente: Expediente 553-2018/CC3. Cabe precisar que dicho valor es equivalente a S/ 53.55. De esta forma se realiza la conversión de moneda a soles a la fecha en que se detectó la infracción (fecha de supervisión remota: 17/12/2018). Fuente: Expediente 553-2018/CC3. Tipo de cambio venta: 3.347. Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP disponible en: https://www.sbs.gob.pe/app/pp/sistip_portal/paginas/publicacion/tipocambiopromedio.aspx

tendría que solicitar y asumir los gastos de reimpresión hasta en dos oportunidades, siendo la primera en el año 2023 y la siguiente en el 2024 para poder gozar el servicio. De no existir dicha cláusula, el usuario habría podido reprogramar directamente su vuelo para el año 2024, pagando solo una vez el costo de reimpresión.

34. En ese sentido, debe dejarse claro que esta Comisión no está asumiendo, como sostuvo Latam, que el costo de reimpresión de boletos (ascendente al monto de US\$ 16.00) sea ilegítimo o ilegal; lo que se está señalando es que, debido a la cláusula abusiva, esta reprogramación debió hacerse, para el ejemplo citado, más de una vez. Además, cabe precisar que no se está desconociendo que, al amparo del artículo 66.7 del Código, el usuario deba asumir los costos de la reimpresión del boleto, lo que se está señalando es que, si el usuario deseaba reprogramar su vuelo para después de un (1) año contado desde la fecha de emisión, debía hacer al menos dos (2) reprogramaciones, siendo una de ellas indebida, en atención a lo indicado en la cláusula objeto del presente procedimiento.
35. Ahora bien, para calcular el **número de pasajeros afectados** en el periodo infractor (año 2018), se debe estimar la cantidad promedio de reclamos que los usuarios del servicio de transporte aéreo habrían presentado por “restricciones indebidas en sus pasajes”. Para ello, esta Comisión considera razonable realizar un ajuste a dicho valor, en relación con lo indicado por la Secretaría Técnica en el IFI: la Secretaría Técnica aplicó el porcentaje de reclamos, en dicha categoría, al número total de pasajeros; sin embargo, no consideró que primero debía calcularse el número total de pasajeros que suelen presentar reclamos por algún motivo.
36. En primer lugar, corresponde determinar el número total de pasajeros que habría transportado Latam en el año 2018⁷, y posteriormente aplicar los porcentajes de estimación mencionados en el párrafo precedente⁸. Por consiguiente, la cantidad de pasajeros afectados en el año 2018 se estima en 488⁹.

⁷ Año en que se dio la supervisión (fecha de supervisión remota: 17/12/2018).

⁸ A diferencia de la Secretaría Técnica, para el presente caso, se ha considerado el Informe estadístico de reclamos de transporte aéreo chileno. Periodo enero - diciembre 2017, Junta de Aeronáutica Civil, disponible en: <http://www.jac.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/INFORME-ANUAL-DE-RECLAMOS-DEL-TRANSPORTE-AEREO-2017.pdf>.

⁹ Resultado de: $7\,393\,426 * 11\% * 0.06\% = 488$.

Para obtener dicho valor, se tuvo en cuenta:

- **La cantidad de pasajeros a nivel nacional del administrado**, para el año 2018, la cual asciende 7 393 426, que representa el tráfico anual de pasajeros a nivel nacional para Latam Airlines Perú (año 2018) (Fuente: Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Disponible en https://portal.mtc.gob.pe/transportes/aeronautica_civil/estadistica/pasajeros.html, ver cuadro 11).
- El número estimado de pasajeros que realizan postergaciones de vuelos, para lo cual se utilizó como un referente o parámetro los siguientes aspectos: i) el porcentaje de personas que realizan reclamos en el transporte aéreo, el cual asciende a 0.06%, ii) porcentaje de reclamos referidos a la categoría “restricciones del pasaje”, el cual asciende al 11% (Fuente: Informe estadístico de reclamos de transporte aéreo chileno. Periodo enero - diciembre 2017, Junta de Aeronáutica Civil, disponible en: <http://www.jac.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/INFORME-ANUAL-DE-RECLAMOS-DEL-TRANSPORTE-AEREO-2017.pdf>). Ello, en tanto que, dentro de tal categoría podrían incluirse los reclamos presentados por desconocer aquellas restricciones vinculadas a la imposibilidad de cambiar de fecha los pasajes. Cabe resaltar que el resultado de multiplicar ambos porcentajes representa al grupo de consumidores que, por algún motivo, percibieron restricciones en sus pasajes, e independientemente de la

37. Sobre el particular, si bien Latam cuestionó en la audiencia de informe oral que la cantidad de consumidores afectados no se podría estimar sobre la base de un informe emitido por autoridades de otro país (Informe Estadístico de reclamos, emitido por la Junta de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de Chile), esta Comisión considera importante mencionar que dicho estudio, elaborado por una autoridad gubernamental ajena al presente procedimiento, sí podría tomarse como referencia en el caso concreto, en tanto arroja resultados objetivos sobre el porcentaje de pasajeros que presentan reclamos -en el marco del servicio de transporte aéreo - y, a su vez, el porcentaje de reclamos presentados por imponer “restricciones del pasaje”. En tal sentido, los datos proporcionados por dicho estudio estadístico permiten estimar de manera objetiva la cantidad de consumidores afectados por la infracción detectada, situación que de ninguna manera supone afectar los principios de carga de la prueba y verdad material.
38. Por lo expuesto, tomando en consideración los factores antes indicados el valor del daño asciende al monto de S/ 26 130.59¹⁰.
39. Asimismo, considerando que el daño estimado se calculó tomando en cuenta el valor del daño generado a los consumidores a la fecha de infracción, es necesario realizar una actualización de dicho monto, el cual deba reflejar el costo de oportunidad del valor del dinero perdido en el tiempo por parte de los consumidores, desde la comisión de la infracción hasta la fecha de cálculo de multa.
40. Sobre el particular, Latam alegó, en sus descargos al IFI, que la aplicación de una tasa de 8.5% por concepto de costo de oportunidad resultaba irreal, pues en el mercado peruano no existía alguna entidad financiera legal que garantice un rendimiento de 8.5% para inversiones sin riesgo; de hecho, las tasas de interés para productos financieros pasivos en moneda extranjera oscilaban entre 0.1% a 3% anual para cantidades mínimas de US\$ 2000. Además, en la audiencia de informe oral, el administrado sostuvo que la tasa de 8.5% se aplicaba para “determinar el costo de oportunidad en el que incurre el país cuando utiliza recursos para financiar sus proyectos”.
41. Con relación al concepto de “costo de oportunidad”, es pertinente señalar que, según Belén Gonzales Diaz¹¹, *“la toma de decisiones en un mundo de escasez implica renunciar al resto de opciones, lo que supone el sacrificio de hacer otra cosa. Esa opción a la que se renuncia se denomina costo de oportunidad”*. En ese sentido, el costo de oportunidad representa la opción de inversión de los recursos disponibles que se sacrifica por la elección de la mejor alternativa de inversión disponible.
42. Si bien es cierto que la tasa social de descuento —expuesta en el IFI— es un parámetro objetivo para medir el costo de oportunidad del valor del dinero

decisión tomada, pudieron ver condicionada su elección de consumo por una cláusula que limitaba la posibilidad de postergar la realización del servicio.

¹⁰ Resultado de: S/ 53.55 * 488 = S/ 26 130.59.

¹¹ Ver “El coste de oportunidad como herramienta empresarial”
https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/45785/d202_00.pdf;jsessionid=5812D325E39EE7D8651AFAF0B35BF7E4?sequence=1

perdido, esta Comisión considera más apropiado al presente caso medir la rentabilidad del dinero considerando “la tasa pasiva de interés que se obtiene por los depósitos a plazo fijo”, ofrecidos por empresas del sistema financiero, tal como fue señalado por Latam. Ello, en tanto esta posibilidad resultaba más accesible y segura para un consumidor promedio, a fin de rentabilizar el dinero pagado en la reprogramación indebida de un boleto de viaje (US\$ 16.00), cuya aplicación representa también el costo de oportunidad del valor del dinero perdido.

43. De acuerdo con la información estadística disponible en la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la tasa de interés promedio para Depósitos a Plazo¹² en moneda nacional del sistema de cajas municipales, para el período infractor (año 2018), asciende a 5.8% anual¹³, siendo este el porcentaje a considerar y no las tasas entre 0.1% y 3% señaladas por Latam.
44. Así, resulta más apropiado considerar que un consumidor busque la mejor tasa posible en el mercado financiero a fin de generar mayor rentabilidad de su dinero, por lo cual, dicha tasa reflejaría la tasa de intercambio entre el sacrificio del consumo presente por otro consumo a futuro (costo de oportunidad). Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y la tasa de interés citada en el párrafo precedente, el daño en el caso concreto se aproxima en S/ 27 002.50¹⁴.
45. Cabe precisar que, aplicar el concepto económico del “costo de oportunidad” en el caso concreto no supone de ninguna manera vulnerar el principio de razonabilidad, toda vez que dichos ingresos adicionales forman parte del daño que la infracción detectada habría generado en los consumidores, siendo que, recurrir a información objetiva para calcular precisamente tal costo de oportunidad busca, contrariamente a lo alegado por Latam, dotar de objetividad a la metodología de graduación de la sanción a imponer, en observancia del principio de razonabilidad.

• Probabilidad de detección

46. Al respecto de ello, esta Comisión considera que es importante resaltar que la probabilidad de detección recoge la percepción que tiene el agente infractor sobre la posibilidad de poder ser detectado por la administración, lo cual está

¹² Los depósitos a plazo son depósitos de dinero que se realizan por un periodo de tiempo determinado, por lo que uno se obliga a no disponer del dinero depositado antes de cumplirse el plazo pactado. Por su parte, la entidad financiera pagará una tasa de interés estimada en función al tiempo de permanencia acordado. La cuenta puede pertenecer a una persona natural o jurídica. Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. SBS para ciudadanos. En: <https://www.sbs.gob.pe/usuarios/informacion-financiera/productos-financieros/depositos-y-ahorros/cuenta-de-plazo-fijo>

¹³ Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Tasa de Interés Promedio del Sistema de Cajas Municipales, en moneda nacional, correspondiente al periodo: enero 2018. Disponible en: <https://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPPortal/Paginas/TIPasivaDepositoEmpresa.aspx?tip=C>

¹⁴ Al respecto, debe considerarse para el cálculo del daño los siguientes factores:

- Monto del daño estimado, S/ 26 130.59.
- Tasa de preferencia por el tiempo, 5.8% anual, y aplicando a su equivalencia mensual: $(1+5.8\%)^{1/12}-1 = 0.47\%$ mensual.
- Meses transcurridos desde la fecha en que detectó la infracción (fecha de supervisión remota, 17/12/2018) hasta la fecha de cálculo de multa (fecha de Informe Final de Instrucción N.º 191-2019/CC3-ST, 27/08/2019), 7 meses culminados.
- Daño = S/ 26 130.59 * $[(1 + 0.47\%)^7] = S/ 27 002.50$.

relacionado con la capacidad y el esfuerzo que realiza el Estado para detectar el incumplimiento.

47. En su defensa, Latam alegó que, la probabilidad de detección de la infracción debería ser “alta”, debido a que los “términos y condiciones” de su servicio de transporte se encontraban en su propia página web, pudiendo ser revisadas de manera rápida por todos sus consumidores en cualquier momento del año. Concluir lo contrario implicaría incentivarla, indirectamente, a la autoridad administrativa a iniciar procedimientos de oficio con la intención de imponer multas mayores. Agregó que, no podría considerarse que la necesidad de tener conocimientos especializados para determinar la existencia de una infracción a la normativa de protección al consumidor era un factor para determinar si la probabilidad de detección era alta, baja o media. Finalmente, alegó que contradictorio que la Secretaría Técnica, por un lado, reconozca que existía un número alto de reclamos orientados a cuestionar las supuestas cláusulas abusivas y, por otro lado, pretenda sostener que la probabilidad de detección de la conducta imputada era “media”.
48. Sobre el particular cabe precisar que, si bien las cláusulas objeto del presente procedimiento se encontraban en los “términos y condiciones” del servicio de transporte aéreo que, a su vez, fueron publicados en la página web de Latam, lo cierto es que, para detectar la infracción imputada fue necesario fiscalizar las operaciones del proveedor en el mercado y al mismo tiempo revisar sus propios “términos y condiciones” para determinar si podrían existir indicios de presuntos incumplimientos a las normas de protección al consumidor.
49. Así, la probabilidad de detección no se determinó sobre la base de criterios arbitrarios, como sostuvo Latam; por el contrario, para ello fue necesario analizar las particularidades del caso concreto y, considerando las disposiciones contenidas en el TUO de la LPAG y el Código, fijar cuál fue el esfuerzo que realizó la autoridad administrativa para detectar el incumplimiento imputado. Además, en el caso concreto se tuvo en cuenta el principio de predictibilidad o de confianza legítima¹⁵, con la finalidad de que la probabilidad de detección sea equivalente a la aplicada en casos similares: inclusión de cláusulas abusivas por empresas del sector transporte, que limitan o restringen el derecho de los consumidores¹⁶.

¹⁵**TUO de la LPAG**

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:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

¹⁶

Expedientes evaluados por la Comisión de Protección al Consumidor CC3, en infracciones detectadas a empresas del sector transporte, ante la aplicación de cláusulas abusivas que limita o restringe el derecho de los consumidores, durante el año 2020:

50. En ese escenario, aplicar una probabilidad de detección media (0.5) no tiene por finalidad incentivar la imposición de multas mayores, como sostuvo sin mayor sustento probatorio el administrado, pues como ya se indicó, en el caso concreto se respetaron los criterios legales previstos en el TUO de la LPAG y el Código, fundamentándose debidamente por qué correspondería aplicar en el caso concreto una probabilidad de detección “media”.
51. Ahora bien, respecto al argumento referido a que resulta contradictorio que la Secretaría Técnica, por un lado, reconozca que existía un número alto de reclamos orientados a cuestionar las supuestas cláusulas abusivas y, por otro lado, pretenda sostener que la probabilidad de detección de la conducta imputada era “media”; cabe precisar que, en atención a las precisiones formuladas sobre la cantidad estimada de pasajeros afectados al año (488 consumidores) -cantidad que representa un porcentaje del 0.007%¹⁷ del total de pasajeros- la probabilidad de detección fijada resulta coherente con el bajo número de consumidores que podrían advertir, en el marco de una relación de consumo concreta, el incumplimiento.
52. Por lo expuesto anteriormente, esta Comisión reiterar que para el presente caso corresponde asignar una probabilidad de detección media, en tanto que la infracción no fue de fácil detección, toda vez que requirió destinar recursos económicos y humanos para supervisar al administrado, por lo que corresponde asignarle un valor de 0.5.

• **Factores atenuantes**

53. En su defensa, Latam alegó que, mediante escrito del 04 de setiembre de 2021, indicó que el 28 de agosto de 2020 (antes de que se emitiera la Resolución N.º 1722-2021/SPC-INDECOPI) retiró las cláusulas objeto del procedimiento de su página web, configurando la circunstancia atenuante recogida en los numerales 2 y 5 del artículo 112 del Código.
54. Sobre el particular, cabe precisar que, si bien Latam habría retirado o suprimido las cláusulas objeto del presente procedimiento de las “Condiciones para endosos y postergaciones”, aplicables al servicio de transporte aéreo que ofrece, no debe dejarse de lado el hecho que, como el propio administrado reconoció, tal corrección se habría efectuado en agosto de 2020, esto es, más de un año después de haberse iniciado el procedimiento en su contra (en abril de 2019), y como consecuencia de la orden correctiva contenida en la Resolución N° 1157-2020/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2020. Este último pronunciamiento, aunque declarado nulo posteriormente, conminó al administrado a adecuar su conducta a lo previsto por la normativa de protección al consumidor, motivo por el cual no podría concluirse que la conducta ilegal

RESOLUCIÓN FINAL	EXPEDIENTE	SECTOR y/o ASUNTO	ADMINISTRADO	INFRACCIÓN	PROB. DE DETECCIÓN
127-2020/CC3	121-2019/CC3	Transporte Terrestre	Andoriña Tours S.R.L.	Consignó en sus boletos de viaje una cláusula abusiva.	0.5
126-2020/CC3	120-2019/CC3	Transporte Terrestre	E.T. Pool E.I.R.L.	Consignó en sus boletos de viaje una cláusula abusiva.	0.5
110-2020/CC3	123-2019/CC3	Transporte Terrestre	Pluma Bus S.R.L.	Consignó en sus boletos de viaje una cláusula abusiva.	0.5
110-2020/CC3	123-2019/CC3	Transporte Terrestre	Pluma Bus S.R.L.	Consignó en sus boletos de viaje una cláusula abusiva.	0.5

Fuente: Base de datos de Expedientes CC3

¹⁷ Resultado de: $488 / 7\,393\,426 = 0.007\%$.

- habría concluido tan pronto el proveedor tuvo conocimiento de la misma (como exige el numeral 2 del artículo 112 del Código). Además, tampoco existe evidencia que Latam haya iniciado acciones para remediar los efectos adversos de su conducta.
55. En consecuencia, aunque la Resolución 1722-2021/SPC-INDECOPI del 02 de agosto de 2021 ya no haya recogido u ordenado el cumplimiento de medida correctiva alguna, ello se debió a que, en virtud del pronunciamiento anterior, Latam se vio compelido a retirar las citadas cláusulas de su contrato.
56. Por lo antes expuesto, no se podría aplicar al caso concreto la circunstancia atenuante mencionada por el administrado; además, su actuar tampoco podría subsumirse en alguna otra causal recogida en el artículo 112 del Código, pues como ya se indicó, su actuar no fue inmediato ni oportuno, y mucho menos supuso el remedio de los efectos negativos generados.
57. Por otro lado, Latam alegó que, estricta observancia del principio de razonabilidad se debía considerar que la situación financiera de su representada se vio afectada por la propagación de la COVID-19, incluso ha visto paralizadas sus operaciones a consecuencia de ello o tuvo restricciones en la prestación del servicio. Agregó que el primer trimestre del año 2021 su representada tuvo pérdidas de USD 692 millones de dólares; además, si bien la infracción se habría materializado en los años 2018 y 2019, el pago de la sanción se haría en el periodo en el que la situación económica se encontraba menguando, incluso solicitó en su oportunidad el inicio de un proceso concursal preventivo ante el Indecopi.
29. Sobre el particular cabe precisar que, si bien diversos factores externos podrían generar escenarios negativos para un proveedor que presta servicios de transporte aéreo de pasajeros en el mercado, como la propagación de la COVID-19, la declaración del Estado de Emergencia nacional y las medidas de aislamiento social obligatorio (cuarentena), el cierre de aeropuertos, las restricciones en la venta de pasajes, el alza en el precio de los insumos (diesel), entre otros; tales factores deberían ser internalizados por la propia empresa y de ninguna manera deberían afectar la calidad e idoneidad del servicio que brinda a sus consumidores, y mucho menos podrían sustentar la reducción de la sanción a imponer. Ello, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el caso concreto, la multa propuesta es proporcional al incumplimiento detectado y resulta razonable para desincentivar la comisión de la infracción y, al mismo tiempo, alentar el cumplimiento de la normativa de protección al consumidor, como se verá más adelante.
58. No obstante, cabe precisar que, aunque el pago de la sanción a imponer se haga a partir de este momento (año 2022), cuando la infracción se produjo todavía no se había producido el evento externo al que hace referencia Latam; de hecho, muchas restricciones a la fecha han sido levantadas y el reinicio de operaciones podría generar que la situación financiera se revierta progresivamente. Además, es pertinente hacer notar que, respecto de la sanción impuesta inicialmente, esta se ha visto reducida considerablemente, motivo por el cual corresponde desestimar el alegato expuesto por el recurrente en este extremo.

- **Cálculo de multa**

59. Por tanto, esta Comisión considera que corresponde sancionar a Latam con una multa de 11.7 UIT¹⁸ por infracción al artículo 108 del Código, en relación con lo establecido en el artículo 50 literal e) de dicho cuerpo normativo.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Sancionar a Latam Airlines Perú S.A. con una multa de 11.7 UIT¹⁹ por infracción al artículo 108 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en relación con lo establecido en el literal e) del artículo 50 del referido cuerpo legal, al haber insertado una cláusula abusiva que limita o restringe el derecho de los consumidores a postergar la realización del servicio, al señalar que: (i) si el boleto no ha sido utilizado, la postergación será máximo por el plazo de un año contado desde la fecha de emisión; y, (ii) si ha sido parcialmente utilizado, la postergación será por el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha del primer vuelo.

Dicha multa será rebajada en 25% si la administrada consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

SEGUNDO: Informar a Latam Airlines Perú S.A. que la presente resolución tiene eficacia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 218²⁰ del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, cabe la presentación del recurso de apelación. Se señala que dicho recurso deberá ser presentado ante la Comisión en un plazo máximo de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, caso contrario, la resolución quedará consentida.

Con la intervención de los señores Comisionados: Fernando Alonso Lazarte Mariño, Juan Manuel García Carpio y Marcos Miguel Agurto Adrianzén.

Fernando Alonso Lazarte Mariño
Presidente

¹⁸ Multa = Daño / Probabilidad de detección = S/ 27 002.50 / 0.5 = S/ 54 005.00.
Multa en UIT (2022) = S/ 54 005.00 / S/ 4 600 = 11.7 UIT.

¹⁹ Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - sito en Calle La Prosa 104, San Borja.

²⁰ **TUO de la LPAG**
Artículo 218
218.1 Los recursos administrativos son:
a) Recurso de reconsideración.
b) Recurso de apelación.
Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.
218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días. (...)

VOTO SINGULAR DE LA COMISIONADA DELIA ANGÉLICA MORALES CUTI RESPECTO A LA GRADUACIÓN DE SANCIÓN, OPINANDO QUE EN EL PRESENTE CASO LA PROBABILIDAD DE DETECCIÓN DE LA INFRACCIÓN ES “ALTA”

Comparto, con el voto en mayoría, la metodología empleada para calcular la sanción que corresponde imponer al administrado, esto es, dividir el daño que generó a los consumidores la inclusión de la cláusula abusiva (estimado sobre la base del costo de reimpresión de boletos) entre la probabilidad de detección de la infracción. Sin embargo, discrepo de la probabilidad de detección “media” y considero que la probabilidad de detectar la infracción era “alta” y se le debió asignar un valor de 1, conforme a las siguientes razones:

Como ya se ha mencionado la probabilidad de detección recoge la percepción que tiene el agente infractor sobre la posibilidad de poder ser detectado por el Estado, lo que está relacionado con la capacidad y el esfuerzo que realiza este último para detectar el incumplimiento. En ese sentido, de acuerdo con la *“Guía para el cálculo de multas en materia de defensa de la competencia”*, a las conductas infractoras que son más fáciles de detectar se le asignará una “probabilidad de detección alta” y tendrá un valor de 1, mientras que las infracciones sean más difíciles encontrar tendrán una probabilidad de detección más alejada de 1²¹.

En ese sentido, considerando que las empresas que brindan el servicio de transporte aéreo de pasajeros suelen incluir sus términos y condiciones (cláusulas generales de contratación) en sus diferentes páginas web, fue altamente posible que la cláusula abusiva impuesta por Latam pueda ser detectada verificando su portal web. Más aún en el apartado 23 se ha señalado que, teniendo en cuenta que para el análisis de responsabilidad era irrelevante si la cláusula en cuestión había sido aplicada a los consumidores o no en un caso concreto, solo bastaba examinar en la página web si la cláusula impuesta por Latam Airlines Perú S.A. limitaba, de manera general, algún derecho reconocido a favor de los consumidores. Por lo tanto, siendo coherentes con las pruebas que obran en el expediente la probabilidad de detección de la infracción era alta, en tanto se ha limitado a la detección de la cláusula, no así respecto de su mayor o menor aplicación efectiva.

En consecuencia, correspondería sancionar a Latam Airlines Perú S.A. con una multa de 5.96 UIT²² por infracción al artículo 108 del Código, en relación con lo establecido en el literal e) del artículo 50 del referido cuerpo legal, al haber insertado una cláusula abusiva que limita o restringe el derecho de los consumidores a postergar la realización del servicio, al señalar que: (i) si el boleto no ha sido utilizado, la postergación será máximo por el plazo de un año contado desde la fecha de emisión;

²¹ Guía para el cálculo de multas en materia de defensa de la competencia
(...)
Sector 2: Factor P
(...)

En ese sentido, las infracciones que son más fáciles de ser detectadas tendrán un valor de cercano a 1; mientras que aquellas infracciones que son más difíciles de detectar tendrán una probabilidad de detección más alejada de 1. Asimismo, la probabilidad de sanción (o cobro) se acercará a uno cuando se trate de una sanción con mayor probabilidad de ser efectiva y a cero en el caso contrario.

<https://docplayer.es/56071547-Guia-para-el-calculo-de-multas-en-materia-de-defensa-de-la-competencia.html>

²² Multa = Daño / Probabilidad de detección = S/ 27 400.06 / 1 = S/ 27 400.06
Multa en UIT = S/ 27 400.06/ S/ 4600 = 5.96 UIT

y, (ii) si ha sido parcialmente utilizado, la postergación será por el plazo máximo de un año contado a partir de la fecha del primer vuelo.

Delia Angélica Morales Cuti
Comisionada