



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 1423-2016/CC2**

**PRESENTADO POR
CARLOS ALEJANDRO BENITES SALAS**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2022



CC BY

Reconocimiento

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogado**

**Informe Jurídico sobre el Expediente Administrativo N° 1423-
2016/CC2**

Materia : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Entidad : INDECOPI

Bachiller : BENITES SALAS, CARLOS ALEJANDRO

Código : 2015100490

LIMA – PERÚ

2022

En el informe jurídico se realiza el análisis de un procedimiento administrativo sancionador en materia de protección al consumidor. El procedimiento se inicia con la denuncia de la señorita S. G. M. C., teniendo como hecho, de que habría adquirido, de parte la empresa Hipermercados Tottus S.A., un producto (una lata de gaseosa) que contenía en su interior un elemento extraño (un profiláctico); asimismo, la denunciante habría dirigido su denuncia contra REPRES INTERNATIONAL CORPORATION, supuesta fabricante del producto. Si bien la denunciante habría planteado su escrito de denuncia invocando el artículo 97° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 lo encauza en una presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del referido cuerpo normativo; por lo que, una vez presentados los descargos de Hipermercados Tottus S.A. y el escrito de exclusión del procedimiento de Representaciones Exclusivas S.A.C., la Comisión de Protección del Consumidor N° 2, partiendo de que se imputaba la infracción de los artículos 18, 19° y 30°, decide determinar infundada la denuncia de S. G. M. C., en base a que la denunciante no habría probado que el elemento extraño se haya incorporado en el producto antes de su adquisición, más aún los análisis policiales ofrecidos por la denunciante no tendrían valor, dado que, se realizaron, respecto a un producto abierto, así lo dejó en claro la Resolución N° 800-2017/CC2 en su considerando 30: *“(...) de acuerdo a los medios probatorios aportados por la señora y el criterio adoptado por la Sala, en el presente procedimiento, no es posible determinar el estado en que el producto fue puesto a disposición de la denunciante, en la medida que los medios de prueba señalados precedentemente denotan un producto abierto.”* Por otro lado, en cuanto a la solicitud de exclusión presentada por Representaciones Exclusivas S.A.C. se determina que no tienen legitimidad pasiva para ser denunciada en el procedimiento, por lo que, se declara improcedente la denuncia contra esta. La denunciante, no conforme con la resolución de primera instancia, interpone un recurso de apelación, basando sus fundamentos en que no se habría realizado el análisis de los medios probatorios ofrecidos, cuales demostrarían que el profiláctico se encontraba dentro de la lata de gaseosa y que su contenido tenía partículas extrañas a su naturaleza. La Sala de Protección y Defensa del Consumidor, mediante Resolución N° 0172-2018/SPC-INDECOPI determinó mantener la decisión en cuanto al fondo: no se habría probado la incorporación del elemento extraño al producto antes de su adquisición. No obstante, modifica que se haya utilizado como base los artículos 18°, 19° (idoneidad) y 30° (inocuidad), cuando solo correspondía, por el principio de especialidad, la aplicación de uno solo, en este caso, el deber de inocuidad, por resultar más apto a la naturaleza del objeto en cuestionamiento; y, en cuanto a que no se habría realizado un buen análisis de los medios probatorios, la Sala considera que sí se tomaron en cuenta, pero que no determinaron el momento en que se produjo la contaminación: el ingreso del profiláctico en la lata de gaseosa; por lo que, procede a confirmar la resolución en este extremo.

INDICE

ÍNDICE.....	2
I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES DEL PROCEDIMIENTO.....	3
I.1.DENUNCIA.....	3
I.2. ADMISIÓN DE LA DENUNCIA PRESENTADA Y REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN.....	5
I.3. SOLICITUD DE EXCLUSIÓN PRESENTADA POR REPRESENTACIONES EXCLUSIVAS S.A.C.....	5
I.4. DESCARGOS DE HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.....	5
I.5. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 2 – SEDE CENTRAL.....	7
I.6. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DENUNCIANTE.....	8
I.7. RESOLUCIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.....	9
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	10
II.1. ¿FUE CORRECTA LA APLICACIÓN POR PARTE DE LA COMISIÓN DEL INDECOPI DE DOS TIPOS LEGALES EXCLUYENTES AL MOMENTO DE CALIFICAR JURÍDICAMENTE LA SUPUESTA CONDUCTA INFRACTORA?.....	10
II.2. ¿RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD AL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR?.....	12
III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	16
III.1. RESPECTO A LA RESOLUCIÓN FINAL N° 800-2017/CC2 (RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA).....	16
III.1.1. SOBRE LA FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA DE LA EMPRESA REPRESENTACIONES EXCLUSIVAS S.A.C.....	17
III.1.2. SOBRE LA NO ACREDITACIÓN POR PARTE DE LA DENUNCIANTE DE HABER PUESTO A SU DISPOSICIÓN UN PRODUCTO NO INOCUO Y LA NO INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	18
III.1.3. SOBRE LA INCORRECTA CALIFICACIÓN JURÍDICA POR PARTE DE LA COMISIÓN DEL INDECOPI AL APLICAR DOS TIPOS JURÍDICOS EXCLUYENTE...	23
III.2.RESPECTO A LA RESOLUCIÓN N° 0172-2018/SPC-INDECOPI (RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA).....	25
III.2.1. LA DECLARATORIA DE NULIDAD PARCIAL POR PARTE DE LA SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, RESPECTO A LA CALIFICACIÓN JURÍDICA REALIZADA POR EL ÓRGANO DE PRIMERA INSTANCIA.....	25
III.2.2. SOBRE LA NO EXISTENCIA DE MEDIO PROBATORIO QUE ACREDITE UNA AFECTACIÓN AL DEBER DE INOCUIDAD Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LICITUD.....	27
III.2.3. SOBRE LA SUPUESTA AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCEDIMIENTO AL NO REALIZAR ACCIONES PARA INCORPORAR A REPRES INTERNATIONAL CORPORATION.....	30
IV.CONCLUSIONES.....	32
V.BIBLIOGRAFÍA.....	34
VI. ANEXOS.....	35

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES DEL PROCESO

I.1. DENUNCIA

Con fecha 22 de noviembre de 2016, la señorita S. G. M. C. – en adelante, “la denunciante” – interpuso ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – en adelante, solamente “INDECOPI” – una denuncia contra las empresas HIPERMERCADOS TOTTUS S.A. y REPREX INTERNATIONAL CORPORATION por presuntamente no haber entregado producto determinado y haber variado los términos del contrato en cuanto a lo ofertado por la empresa comercializadora denunciada.

La narración de los hechos de la denuncia, la fundamentación jurídica, el petitorio; así como, los medios probatorios ofrecidos son los siguientes:

I.1.1. Narración de los hechos:

- Con fecha 3 de diciembre de 2015, la denunciante realizó, en el supermercado Tottus ubicado en el centro comercial Open Plaza de Canta Callao, la compra de dos (02) latas de bebidas gaseosas, una (01) de marca “Crush” sabor fresa y otra (01) de marca “Coca-Cola” de sabor vainilla; así como, una (01) caja de “Mini-Halls” sabor de cereza.
- Efectuada la compra, ese mismo día, la denunciante optó por ingerir la bebida de marca “Coca-Cola”, percatándose de la presencia de un objeto extraño parecido a un plástico que emergía de la lata; en ese sentido, vació el contenido de la gaseosa en un vaso, encontrando en la base de dicha lata, un profiláctico de color transparente.
- La denunciante expresa que el hallazgo del preservativo dentro de la lata de gaseosa que había ingerido, le causó reacciones alérgicas, vómito, mareo, dolor estomacal y una fuerte crisis nerviosa, siendo estos episodios presenciados por dos amigas suyas.

- El 4 de diciembre de 2015, la denunciante se personó en la comisaria Juan Ingunza Valdivia del Callao, a efectos de levantar una denuncia policial y un documento denominado “ACTA DE RECEPCIÓN Y LACRADO DEL ENVASE DE ALUMINIO DE COCA COLA Y EL ENVASE PLÁSTICO” a fin de realizar los exámenes correspondientes.
- Del mismo modo, ese mismo día, la denunciante presentó su reclamo, vía hoja de reclamación N° 5D42269-1D; siendo la respuesta de supermercado Tottus, de que este será trasladado a REPRES INTERNATIONAL CORPORATION, empresa encargada de la fabricación del producto.
- Finalmente, el 13 de enero de 2016 se emite el DICTAMEN PERICIAL BIOLOGÍA FORENSE N° 5452-5353/15, que concluye que se evidencian características ajenas al producto (presencia de cuerpos extraños y partículas sedimentables) con características semejantes a colonias de mohos, olor no característico y aspecto alterado.

I.1.2. Fundamentación jurídica:

Literales d) y f) del artículo 97° de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “Código del Consumidor”).

I.1.3. Petitorio:

Que, ambos denunciados asuman de forma solidaria la responsabilidad administrativa, civil, penal e indemnizatoria por los hechos ocurridos.

I.1.4. Medios probatorios:

- Copia de la denuncia policial N° 6457120 del 04.12.2015.
- Copia del Acta de Recepción y Lacrado de Envase de Aluminio de Coca Cola y envase plástico del 04.12.2015.
- Copia de la Hoja de Reclamación N° 5D42269-1D del 04.12.2015.
- Copia de la contestación al Reclamo N° 5D42269-1D del 23.12.2015.
- DICTAMEN PERICIAL FÍSICO N° 3123-3124/15 del 19.02.2016.

- Copia de la Decisión del Ministerio Público del archivamiento definitivo de la denuncia presentada por S. G. M. C. por el delito de contaminación y propagación del 21.10.2016
- Copia de la Boleta N° B478-00072118 del 03.12.2015.

I.2 ADMISIÓN DE LA DENUNCIA PRESENTADA Y REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN:

Mediante la Resolución N° 1 de fecha 6 de enero de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 – Sede Central admite a trámite la denuncia interpuesta por S. G. M. C., pero la califica como una presunta afectación por parte de Hipermercados Tottus S.A. y Representaciones Exclusivas S.A.C. de los artículos 18°, 19° y 30° del Código del Consumidor.

Del mismo modo, solicita: (I) a la denunciante, a remitir el DICTAMEN PERICIAL BIOLOGÍA FORENSE N° 5452-5353/15 al que hace referencia en su escrito de denuncia; y, (II) a las denunciadas, entre otros, a entregar información registral y tributaria, a fin de identificarse en el procedimiento.

I.3 SOLICITUD DE EXCLUSIÓN PRESENTADA POR REPRESENTACIONES EXCLUSIVAS S.A.C.

Mediante escrito de fecha 23 de enero de 2017, el apoderado legal de Representaciones Exclusivas S.A.C. señala que el INDECOPI dirigió la denuncia contra su representada, cuando la denunciante se refería a REPRES INTERNATIONAL CORPORATION; por lo que, solicita la exclusión de su empresa del procedimiento administrativo sancionador.

I.4 DESCARGOS DE HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.

Con escrito de fecha 30 de enero de 2017, Hipermercados Tottus S.A. presenta sus descargos en cuanto a la denuncia presentada por S. G. M. C.;

sobre el particular, y para fines de mejor comprensión, se han dividido estos en comentarios generales, argumentos aplicables al hecho concreto y documentación ofrecida, estos son:

I.4.1. Comentarios generales:

- Hipermercados Tottus S.A. ha diseñado e implementado un sistema que garantiza la aplicación de los más altos estándares de calidad en el almacenamiento de todos los productos que comercializa, siendo que las condiciones y prácticas de conservación y cuidado de los productos se encuentran a cargo de personal capacitado.

- Resulta necesario determinar si, al momento de la venta, el producto ofrecido en calidad de medio probatorio por la denunciante contenía un elemento extraño (acreditación del defecto); solo habiéndose superado este filtro, corresponderá a Hipermercados Tottus S.A. acreditar que el defecto no le es imputable.

- En casos en los que se cuestiona la presencia de elementos extraños en productos de alimentación no existe certeza dónde aparecieron o se formaron tales elementos, en efecto, resulta sumamente complicado determinar si su origen o formación es atribuible al fabricante, comercializador o consumidor.

- Que, existe alta probabilidad de que un producto de alimentación adquirido en buen estado – sin elementos extraños en su interior – de un establecimiento comercial, posteriormente conservado en un ambiente cuyas características propicien la formación y crecimiento de elementos extraños o sea objeto de manipulación externa.

- Aun cuando la actuación del proveedor sea idónea, se encuentra expuesto a consumidores, que, actuando de mala fe, pretenden atribuir responsabilidad por conductas infractoras cuando realmente no lo son.

I.4.2. Argumentos aplicables al hecho concreto:

- El 3 de diciembre de 2015, la S. G. M. C. adquirió en el supermercado Tottus de Canta Callao una (01) Coca Cola sabor vainilla al precio de S/ 3.29, pero se rechaza que el producto entregado a la cliente haya contenido un cuerpo extraño en su interior.
- Es importante determinar dentro de la esfera de control de quién se introdujo el elemento extraño materia de denuncia.
- Es esencial determinar si el producto defectuoso que motivó la denuncia no se presenta signos de manipulación externa y de ese modo comprobar que se encontraba completamente sellado.
- No corresponde la atribución de responsabilidad administrativa por la sola afirmación de la existencia de un producto con un cuerpo extraño, cuyo origen o formación se desconoce.
- Se ha evidenciado la imposibilidad de relacionar con exactitud el producto – Coca Cola sabor vainilla – con el canal de comercialización específico – Tottus de Canta Callao.

I.4.3. Documentación ofrecida:

- Ofrece la “Cartilla de Control de Procesos – Línea PGC”, cual a criterio de la empresa evidenciaría que esta ha diseñado e implementado un sistema que garantiza la aplicación de los más altos estándares de calidad en el almacenamiento de los productos que comercializa.

I.5. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 2 – SEDE CENTRAL

Con fecha 19 de mayo de 2017, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 – Sede Central, emitió la Resolución Final N° 800-2017/CC2, mediante esta resolución se resolvieron los siguientes puntos:

- Declarar improcedente la denuncia interpuesta por la señora S. G. M. C. en contra de Representaciones Exclusivas S.A.C. por infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que el proveedor denunciado habría fabricado una lata de gaseosa Coca Cola de vainilla que habría contenido en su interior un cuerpo extraño.
- Declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora S. G. M. C. en contra de Hipermercados Tottus S.A. por infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que no ha quedado acreditado que dicho proveedor denunciado puso a su disposición una lata de gaseosa Coca Cola de vainilla que contenía un cuerpo extraño en su interior.
- Denegar las medidas correctivas solicitadas por la señora S. G. M. C., y el pago de las costas y costos.

I.6. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DENUNCIANTE

Con escrito de fecha 16 de junio de 2017, la denunciante interpuso recurso de apelación contra la Resolución Final N° 800-2017/CC2 de la Comisión de Protección del Consumidor N° 2 – Sede Central, cual resolvió declarar infundadas las denuncias presentadas contra HIPERMERCADOS TOTTUS S.A. y REPRESENTACIONES EXCLUSIVAS S.A.C. Al respecto, la apelación se centra en los siguientes puntos:

- Se verifica que INDECOPI no ha agotado toda la vía necesaria para incorporar a REPRES INTERNATIONAL CORPORATION (fabricante del producto) en el procedimiento administrativo sancionador, con lo que no se permite la actuación de más pruebas que demuestren la negligencia del fabricante; por lo que, la resolución no se encontraría debidamente motivada.

- Con respecto a la jurisprudencia señalada por el INDECOPI, estas no tienen carácter vinculante, en el sentido de que no se ha realizado una investigación clara y completa; del mismo modo, en el DICTAMEN PERICIAL BIOLOGÍA FORENSE N° 5452-5353/15 se ha demostrado que en el interior del producto se encontró un profiláctico, siendo este producto no apto para el consumo.
- En cuanto a la presunta manipulación de la denunciante al introducir al envase el profiláctico, se debe señalar que la denunciante es una persona de 22 años, que estudia psicología, que viene de una familia acomodada, de profesionales y que no necesita argumentar hechos falsos para obtener un beneficio a base del perjuicio de un tercero.
- INDECOPI cae en error absoluto al considerar que no existe perjuicio dado que no se afectó la salud de la denunciante, puesto que el solo hecho de que en una reunión haya quedado en evidencia este incidente frente a amigos y/o conocidos, produce perjuicio moral, dada la naturaleza del objeto encontrado.

I.7. RESOLUCIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Con fecha 24 de enero de 2018, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, emite la Resolución N° 0172-2018/SPC-INDECOPI, por el cual resuelve los siguientes puntos:

- Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 0800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, en el extremo que emitió un pronunciamiento declarando infundada la denuncia contra Hipermercados Tottus S.A. por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse verificado que la referida instancia omitió resolver, en atención al principio de especialidad, bajo la aplicación de un solo tipo jurídico.

- Confirmar la Resolución N° 0800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, que declaró infundada la denuncia presentada por la señora S. G. M. C. contra Hipermercados Tottus S.A. por presunta infracción del artículo 30° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no haberse verificado que haya puesto a disposición de la denunciante un producto con un elemento extraño en su interior, previo a su respectiva adquisición.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

De la revisión de los hechos expuestos en el acápite anterior; así como, de las resoluciones administrativas del INDECOPI (Resolución N° 800-2017/CC2 y Resolución N° 0172-2018/SPC-INDECOPI), se pueden identificar que los problemas jurídicos están relacionados a la calificación jurídica dentro del procedimiento administrativo sancionador y la aplicación del principio de especialidad al caso en concreto; por lo que, se procede a desarrollar tanto el problema, como su análisis en base a las siguientes cuestiones:

II.1. ¿Fue correcta la aplicación por parte de la Comisión del INDECOPI de dos tipos legales excluyentes al momento de calificar jurídicamente la supuesta conducta infractora?

La Comisión de Protección del Consumidor N° 2 – Sede Central resolvió aplicando simultáneamente las figuras de idoneidad (artículo 18° y 19° del Código del Consumidor) y de inocuidad (artículo 30° del Código del Consumidor) en el procedimiento administrativo sancionador llevado contra Hipermercados Tottus S.A. y Representaciones Exclusivas S.A.C.

Que, cuando la Sala Especializada en Protección al Consumidor resuelve la apelación, establece que: “(...) *la Comisión omitió resolver el presente caso bajo la aplicación de un solo tipo jurídico (siendo que resolvió bajo la*

aplicación de los artículos 18°, 19° y 30° del Código), (...) esta Sala considera que el presente caso debió resolverse en atención al principio de especialidad, dentro del marco de análisis del artículo 30° del Código”.

Si bien en la instrucción de un procedimiento sancionador se pueden utilizar más de un tipo jurídico para analizar una determinada conducta; al momento del pronunciamiento, y por tanto calificarse una infracción, el órgano administrativo deberá resolver en base a un solo tipo jurídico, en el sentido de que una indebida calificación jurídica podría acarrear una afectación a los derechos e intereses legítimos de los administrados.

De acuerdo con el numeral 3) del artículo 254° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante D.S. 004-2019-JUS (en adelante, “LPAG”), para el ejercicio de la potestad sancionadora se deberá notificar a los administrados sobre los hechos que se le imputen, calificar las infracciones que tales hechos puedan constituir y expresar las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, entre otros.

La naturaleza del procedimiento de protección al consumidor es mixta: es un procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, tiene características que corresponden a un procedimiento trilateral. Por lo que, tanto el denunciante, como el denunciado, tienen la expectativa legítima de contar con una resolución administrativa fundada en los hechos expuestos y construida en base al derecho.

Que, el principio del debido procedimiento administrativo es aquel por el cual la administración deberá respetar los derechos y garantías derivados del debido proceso, pero en sede administrativa, siendo entre estos: (I) el de conocer los procedimientos que puedan afectar sus derechos e intereses, (II) apersonarse a estos procedimientos y presentar los descargos respectivos, (III) presentar y ofrecer prueba, así como, exigir que se actúe y valore, (IV) obtener una decisión fundamentada en derecho, (V) impugnar los actos administrativos que le causen agravio.

La garantía de gozar de una decisión fundamentada encuentra reconocimiento en el principio del debido procedimiento administrativo prescrito en el numeral 2) del artículo 248° de la LPAG. En definitiva, la autoridad administrativa – en especial aquella que dilucida la comisión o no de una infracción administrativa – no solo debe respetar los reglamentos y leyes al momento de resolver, sino también los principios generales del derecho, cuales son transversales a cualquier rama del derecho

En consecuencia, la Comisión del INDECOPI incumplió con su deber de realizar la calificación jurídica debidamente, lo cual supone una afectación al derecho a contar con una resolución administrativa fundamentada en derecho; y por tanto, una transgresión directa al principio del debido procedimiento administrativo; por lo que, a mi criterio, no fue correcta la decisión tomada por este órgano del INDECOPI al mantener a las partes en una situación de incertidumbre jurídica.

II.2. ¿Resulta aplicable el principio de especialidad al procedimiento de protección al consumidor?

Para poder dar respuesta a este problema jurídico, primero se desarrollará el referido principio, en base a la teoría general del derecho, una vez completada esa tarea, se analizará si el INDECOPI, a través de sus precedentes administrativos, ha adoptado su aplicación en los procedimientos de protección al consumidor a su cargo.

Principio de especialidad:

El ordenamiento jurídico es un conjunto sistematizado y razonable de reglas, principios e instituciones que tienen como fin establecer las pautas de convivencia del hombre frente a otros hombres en sociedad. Al ser una creación humana, no está dotada de perfección, pero sí tiene como característica trascendental ser perfectible; por lo que, al verse afectada su

coherencia y/o plenitud, este generará sus propios mecanismos a efectos de superar dichos percances.

La plenitud del ordenamiento jurídico fue entendida, en los inicios de su concepción, como una característica de omnipotencia que brindaba esta, en otras palabras, este podría abarcar todas las situaciones que se presentaran en la realidad. Hoy en día, esta característica se mantiene, pero la perspectiva es distinta; ARCE ORTIZ¹ señala que: *“(…) en este nuevo concepto de plenitud se acepta que junto a las normas del ordenamiento existen lagunas del derecho. Lagunas que no pueden obviarse, porque lo que se requiere es subsanarlas con soluciones ofrecidas por la propia sistematización jurídica.”*

Por otro lado, la coherencia del ordenamiento jurídico será la imposibilidad de tener dos normas incompatibles en el mismo sistema de normas – antinomias – para lo cual excluirá o inaplicará una de estas normas, de corresponder. Al respecto, ARCE ORTIZ² indica que: *“(…) la coherencia del ordenamiento jurídico exige declarar inválida toda norma que mantenga una incompatibilidad absoluta con otra. No puede coexistir en el mismo sistema lógico un “q” y un “^q”. De otro lado, para el caso de una incompatibilidad parcial, el principio de coherencia obliga a inaplicar, no a declarar inválida, una de las dos normas.”*

En ese sentido, al ser el ordenamiento jurídico coherente, las antinomias, entendidas estas como situaciones en las cuales colisionan dos normas incompatibles, serán resueltas por los principios y/o criterios de jerarquía, competencia, temporalidad y **especialidad**; siendo este último entendido por el Tribunal Constitucional³ como el principio de especificidad y señalándolo en los siguientes términos: *“(…) esta regla dispone que un*

¹ ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo (2015) Teoría del Derecho. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 81-82.

² ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo (2015) Teoría del Derecho. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 83.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006. Pág. 53.

precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictoria o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de la situación y la otra a un aspecto restringido, prima ésta en su campo específico.”

Que, el principio de especialidad, conforme al máximo intérprete de la constitución, vendría a ser aquella regla por la cual se prefiere la norma especial, respecto de la norma general, teniendo como consecuencia la inaplicación de esta última al caso concreto. En palabras de TARDIO PATO⁴ con dicho principio: “(...) *se aplicará la norma general, a menos que, en el supuesto de hecho de la vida real, se den circunstancias más específicas y en parte divergentes del supuesto de hecho de la norma especial, en cuyo caso se aplicará esta última.*”

Cabe advertir, que no debe haber confusión en cuanto al término “*derogat*”⁵ cuando el aforismo latino señale que “*lex specialis derogat legi generali*”⁶; dado que, no hace referencia a una derogación de la norma general – esto es, expulsarla del ordenamiento jurídico – sino hace referencia a una inaplicación en el caso concreto. En efecto, ambas normas son válidas para el ordenamiento jurídico, solamente que en dicha situación colisionan por ser aplicadas, para lo cual existe la preferencia por la norma especial, en cuanto tiene mayor aptitud para regular lo específico.

El INDECOPI y la aplicación del principio de especialidad:

Las salas del INDECOPI han demostrado, a través de sus precedentes administrativos, que, el principio de especialidad es completamente aplicable a un procedimiento de protección al consumidor; por ejemplo,

⁴ TARDÍO PATO, José Antonio (2003) El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. Revista de Administración Pública, Número 162. Pág. 189-225.

⁵ Derogar en español.

⁶ La ley especial deroga la ley general en español.

tenemos las siguientes resoluciones expedidas por su máximo tribunal administrativo de protección al consumidor:

- **Resolución N° 0256-2016/SPC-INDECOPI de fecha 24 de enero de 2018 (Adquisición de un paquete de 10 empaques de galletas marca “Día” sabor vainilla en el que presuntamente existía una mosca incrustada en una de las galletas)**

“(…) en el caso concreto, esta Sala discrepa de la tipificación realizada por la Secretaria Técnica de la Comisión, en la medida que, el hecho consistente en haber fabricado un producto alimenticio sin atender al deber de seguridad (en tanto se habría puesto a disposición de la señora Carmen un paquete de galletas con un elemento extraño en su interior) podría constituir una presunta infracción al deber de inocuidad recogido en el artículo 30° del Código; y, no una infracción al artículo 25° de dicho cuerpo legal. Ello, en la medida que, tal y como se expuso precedentemente, tal dispositivo no resulta aplicable específicamente al deber de seguridad en productos alimenticios.”.

- **Resolución N° 2555-2018/SPC-INDECOPI de fecha 26 de septiembre de 2018 (Adquisición de una botella de gaseosa “Coca Cola” de 3 litros que presuntamente contenía partículas extrañas en su interior)**

“29. Sobre el particular, atendiendo a que la materia de controversia en el presente caso recae sobre la presencia de partículas extrañas dentro de un producto que involucró un potencial daño en la salud de la consumidora, este Colegiado considera que, la evaluación de la responsabilidad de los denunciados reside, en aplicación del principio de especialidad, en la verificación del cumplimiento del deber de inocuidad (artículo 30° del Código) durante la ejecución de su servicio, esto es, el expendio de alimentos.”.

- **Resolución N° 0834-2021/SPC-INDECOPI de fecha 19 de abril de 2021 (Adquisición de un empaque de carne de pescado “perico” que no contaba con fecha de vencimiento)**

“19. Por tanto, esta Sala considera pertinente declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 1 y 1470-2020/CC2, en el extremo que imputó y evaluó la responsabilidad de Cencosud por haber omitido consignar la fecha de vencimiento en el filete de pescado, como una presunta infracción del artículo 10° del Código; pues correspondía que, bajo la aplicación del principio de especialidad, la conducta sea evaluada por presunta infracción del artículo 32° del referido cuerpo normativo. Ello se sustenta en el hecho que el punto controvertido en este extremo está estrechamente relacionado con la eventual responsabilidad del proveedor por transgredir las disposiciones normativas en materia de etiquetado de alimentos.”.

Por consiguiente, la decisión de la Comisión del INDECOPI de resolver el presente procedimiento administrativo sancionador utilizando dos tipos legales (idoneidad e inocuidad) contraviene el principio de especialidad. En ese sentido, y siendo aplicable dicho principio general del derecho, conforme se dilucida en los precedentes administrativos antes descritos, correspondía que dicho órgano resolviera en base una presunta infracción al deber de inocuidad, prescrita en el artículo 30° del Código del Consumidor, por resultar la norma pertinente.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

III.1. Respecto a la Resolución Final N° 800-2017/CC2 (Resolución de primera instancia)

Sobre el particular, **NO ME ENCUENTRO DE ACUERDO** con la totalidad de fundamentos expuestos en dicha resolución, ello en base a lo siguiente:

III.1.1. Sobre la falta de legitimidad pasiva de la empresa Representaciones Exclusivas S.A.C.:

- La decisión de la Comisión de excluir a Representaciones Exclusivas S.A. fue correcta, fundamentando que no había legitimidad para obrar pasiva por parte de esta, señalando lo siguiente: *“(...) en la medida que Reprex no actuó como fabricante, productor, ni distribuidor de la lata de gaseosa “Coca Cola de vainilla” materia de denuncia, no tiene la calidad de proveedor (...) corresponde declarar improcedente la denuncia interpuesta por la señora en contra de Reprex por falta de legitimidad pasiva de dicho proveedor.”*

- Conforme señala el segundo párrafo del artículo 108° del Código del Consumidor, son causales de improcedencia de la denuncia, y por tanto, ponen fin al procedimiento administrativo: (I) si el denunciante no ostenta la calidad de consumidor, (II) si el denunciado no califica como proveedor, (III) si no existe relación de consumo, (IV) si ha prescrito la facultad para determinar sanción, (V) si existe falta de legitimidad o interés para obrar, (VI) si el proveedor subsana o corrige la conducta infractora con anterioridad a la notificación de imputación de cargos.

- En el presente caso, existía falta de legitimidad pasiva con relación a Representaciones Exclusivas S.A., puesto que: (I) La denuncia no fue dirigida a esta empresa, sino a REPRESX INTERNATIONAL CORPORATION, sin embargo, la Secretaría Técnica optó por incluirla en el presente procedimiento. (II) No se demostró que Representaciones Exclusivas S.A. haya participado en la fabricación o comercialización del producto cuestionado; por lo que, es un tercero ajeno a la controversia.

III.1.2. Sobre la no acreditación por parte de la denunciante de haber puesto a su disposición un producto no inocuo y la no inversión de la carga de la prueba:

La Comisión declaró infundada la denuncia presentada por S. G. M. C. de imputar la conducta de poner a su disposición una lata de gaseosa Coca Cola de vainilla que contenía un cuerpo extraño en el interior por parte de Hipermercados Tottus S.A., es decir, que, se denunciaba que la empresa habría incumplido con su deber de inocuidad.

A fin de poder dilucidar el presente punto, se desarrollará el término inocuidad en función al Decreto Legislativo N° 1062 y la doctrina nacional; así como, la carga de la prueba en el procedimiento de protección al consumidor.

La inocuidad de los alimentos:

- Que, la inocuidad de acuerdo con el Anexo de Definiciones del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Inocuidad de los Alimentos, Decreto Legislativo N° 1062 (en adelante, “Ley de Inocuidad de Alimentos”), es aquella: *“(...) garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y/o consuman de acuerdo con el uso a que se destinan.”*
- Según CARBONELL O'BRIEN⁷ la inocuidad en los alimentos: *“(...) es un proceso que asegura la calidad en la producción y elaboración de los productos alimentarios. Garantiza la obtención de alimentos sanos, nutritivos y libres de peligros para el consumo de la población (...) la preservación de alimentos inocuos implica la adopción de metodologías que permitan identificar y evaluar los*

⁷ CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2021) Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor, Jurista Editores, Lima, Perú.

potenciales peligros de contaminación de los alimentos en el lugar que se produce no se consumen (...).” (La cursiva es nuestra)

- Que, la inocuidad es un elemento importante para el consumidor y que lo protege en cuanto a la ingesta y/o exposición de los alimentos en el mercado, desarrollado su derecho a la salud en cuanto a su condición especial de consumidor (artículo 65° de la Constitución Política del Perú), así lo ha señalado TIRADO BARRERA⁸: “(...) *La protección de la salud de los consumidores por la adquisición de alimentos se encuentra reconocida específicamente en el artículo 30° del Código, que establece un deber de actuación de los proveedores e impone un deber de diligencia específico, pues serán responsables de las condiciones de inocuidad de los alimentos ofrecidos a los consumidores.” (El subrayado es nuestro)*

- Cabe indicar, que, la infracción al deber de inocuidad de los alimentos no se produce, porque efectivamente se ocasione un daño y/o perjuicio en la salud de un determinado consumidor, sino por la sola exposición de dicho alimento en el mercado, esto es, que potencialmente pueda ser consumido. En suma, la afectación al deber de inocuidad dependerá de las consecuencias que puedan presentarse de la injerencia del producto materia de análisis, se realice o no, de ese modo, la nocividad del producto será esencial para que se configure la transgresión a dicho deber.

- En esa misma línea, el artículo 7° del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Inocuidad de los Alimentos, Decreto Legislativo N° 1062 señala: “(...) 1. *Solo se puede comercializar alimentos inocuos. (...) 2. **Se considera que un alimento es inocuo cuando: a) No sea nocivo para la salud. b) Sea calificado como apto para el consumo humano por la autoridad sanitaria***

⁸ TIRADO BARRERA, José Antonio (2021) Protección del Consumidor. Colección Lo Esencial del Derecho N° 53. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 68.

competente; y, c) No cause daño al consumidor cuando se prepare o consuma de acuerdo con el uso a que se destina.”.
(El subrayado y negrita es nuestro)

- A partir de ello, en base a dicha norma, se pueden extraer distintas situaciones; por ejemplo: 1. Si no hay rasgos de nocividad en un producto determinado no podría alegarse la infracción del deber de inocuidad; 2. Si bien se cuente con la calificación de apto para el consumo humano, no implica que el proveedor se exima de responsabilidad por contar con el permiso respectivo; y, 3. Si el consumidor prepara y/o consume el alimento no tomando en cuenta el uso indicado, puede generar que el alimento no sea inocuo, pero no por responsabilidad del proveedor, sino por las acciones del propio consumidor.

La carga de la prueba en el procedimiento de protección al consumidor y la inversión de la prueba:

- Al respecto, el órgano de primera instancia menciona la Resolución N° 1723-2012/SC2-INDECOPI del 7 de junio de 2012, según la cual la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, en un caso de gran semejanza, determinó lo siguiente:

“(…) Este Colegiado considera que si el producto al que se le atribuye la presencia de un cuerpo extraño, tal y como ocurre en el presente caso, es presentado abierto y solo la declaración de la denunciante sustenta que dicho cuerpo extraño estaba en el interior de éste, ello, no es una prueba que pueda acreditar de manera concluyente el defecto al punto de sancionar a la denunciada, ello en tanto las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Dicha condición dejaría abierta la posibilidad que el cuerpo extraño no haya estado en el

producto antes de ser abierto, ello, de conformidad al principio de licitud recogido en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.” (La cursiva y negrita es nuestra)

- Sobre el particular, no hay certeza para imputar la conducta como sancionable: no se puede acreditar que el producto no haya sido manipulado después de ser abierto; si bien fue llevado a la comisaría y se levantó el Acta de Recepción y Lacrado respectivo, quién podría asegurar que el elemento extraño (el profiláctico) no haya sido incorporado dentro de la lata de gaseosa antes de realizarse dicha diligencia.

- Que, la Comisión actuó todos los medios probatorios presentados por la denunciante, advirtiendo que de ellos se constata que el producto se encontraba abierto al momento de los análisis realizados por la Policía Nacional del Perú; este hecho se expone en los siguientes términos: “(...) obran en el expediente el “Acta de Recepción y Lacrado de Envases de Aluminio y Envase de Plástico”, el “Dictamen Pericial del Examen Físico N° 3123-3124/15” y el “Dictamen Pericial Biología Forense N° 5452-5453/15” los cuales permiten verificar que, ante la denuncia interpuesta por la señora, la Policía Nacional del Perú (Dirección Ejecutiva de Criminalística) realizó exámenes periciales (físico y biólogo forense) al producto objeto del presente procedimiento, **concluyendo que encontró un producto abierto con la presencia de un cuerpo extraño en el interior.”. (La cursiva y negrita es nuestra)**

- Se advierte que la Comisión de Protección al Consumidor al momento de decidir toma en cuenta todos los documentos ofrecidos por la denunciante (Hoja de reclamo, Acta policial, Informes policiales de análisis, entre otros); por lo que, si bien no lo desarrolla abundantemente, ello no significa que dicha resolución carezca de motivación, así lo ha determinado el Tribunal

Constitucional⁹: “(...) *la Constitución Política del Perú no garantiza una determinada extensión de la motivación por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa.*” (La cursiva es nuestra)

- Que, conforme al artículo 196° de nuestro Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponderá a quien afirma un hecho y/o hechos que configuran parte de su pretensión, y, que si bien en materia de protección al consumidor, la carga de la prueba se invierte, esto es, recién a partir de que el denunciante ha podido acreditar la falta de idoneidad – en este caso inocuidad – de un determinado bien o servicio, así como, que la relación que tendría dicho defecto con el proveedor.
- En definitiva, una vez ocurrido estos sucesos es que se da por invertida la carga de la prueba, a lo cual el proveedor se encontrará en la necesidad de probar que no le es imputable la conducta infractora, para lo cual se valdrá de la exoneración de la responsabilidad administrativa a la que hace referencia el artículo del Código del Consumidor, este indica, que se exonerará de responsabilidad administrativa a quien acredite una causa objetiva, justificable y no previsible, que configure ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o por propia imprudencia del consumidor.
- En conclusión, considero que correspondía a la denunciante no solo alegar un determinado hecho, sino que, en base a la carga de la prueba, debía acreditar primigeniamente que el defecto ocurrió con anterioridad a la puesta a disposición del producto y por tanto era atribuible al proveedor; en ese sentido, al no acreditarse la

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5050-2009-PA/TC, 20 de enero de 2010.

relación entre el defecto y el proveedor, el procedimiento seguido contra Hipermercados Tottus S.A. debía declararse infundado de manera indefectible.

III.1.3. Sobre la incorrecta calificación jurídica por parte de la Comisión del INDECOPI al aplicar dos tipos jurídicos excluyentes:

- La Comisión comete el error en analizar el presente caso bajo los tipos legales de idoneidad (artículo 18° y 19° del Código del Consumidor) y de inocuidad (artículo 30° del Código del Consumidor), cuando correspondía resolver en base a uno de estos; por lo que, se estaría incumpliendo con el principio de especialidad, por el cual los operadores del derecho deberán preferir la norma específica sobre la general.
- Que la figura del principio de especialidad va más allá del derecho de los consumidores, se remite a la teoría general del derecho; así ESPINOZA ESPINOZA¹⁰ indica: “(...) *La premisa para aplicar el principio de especialidad es que nos encontremos frente a una antinomia o contradicción y, frente a ello, viene en auxilio el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica, en el cual se entiende que, dados dos enunciados legislativos que regulan la misma categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, de manera distinta, **se impone la eliminación de la incoherencia o antinomia sobre la base del principio de jerarquía (prima el enunciado de mayor jerarquía), cronología (prima el nuevo enunciado respecto del antiguo) o de especialidad (prima el enunciado especial frente al general).*** (...)”. *(La cursiva y negrita es nuestra)*
- En ese sentido, en el presente caso, al advertirse que la antinomia (idoneidad v. adecuación) se encuentra en un mismo cuerpo

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2021) Derecho de los consumidores. Lima. Fondo Editorial del Instituto Pacífico. Pág. 801.

normativo: el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, los criterios jerárquico y cronológico no son aplicables a efectos de resolver esta incompatibilidad entre normas, siendo el criterio de especialidad el único adecuado a la situación.

- La idoneidad de acuerdo con el artículo 18° del Código de Consumidor vendría a ser aquella *“(...) correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.”* (La cursiva es nuestra)
- Mientras que la inocuidad sería, conforme al Anexo de Definiciones de la Ley de Inocuidad de Alimentos, antes mencionado: *“(...) la garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y/o consuman de acuerdo con el uso a que se destinan.”* (el subrayado es nuestro)
- Por consiguiente, no niego que la figura de la idoneidad permitiría proteger al consumidor en estos casos, en efecto, se puede partir de la premisa de que un consumidor no esperaría encontrar un profiláctico dentro de su lata de gaseosa. Sin embargo, la inocuidad, regulada en el artículo 30° del Código del Consumidor, al centrarse más en cuanto al aspecto de la salud de los consumidores al estar en contacto con alimentos, resulta más acorde con la situación expuesta en el expediente.
- En consecuencia, si bien la decisión de la Comisión de declarar infundada la denuncia, respecto a que no hay certeza de que el proveedor haya provisto al consumidor de un producto (lata de gaseosa) con un elemento extraño en su interior (profiláctico), es completamente correcta. Sin embargo, difiero de encasillar su fallo

en dos tipos legales que son excluyentes entre sí, por lo que, en base al principio de especialidad, debió preferir la figura de la inocuidad para resolver el presente caso.

III.2. Respecto a la Resolución N° 0172-2018/SPC-INDECOPI (Resolución de segunda instancia)

Al respecto, **ME ENCUENTRO DE ACUERDO**, respecto a los alcances de la resolución administrativa de segunda instancia, ello en base a los siguientes puntos que a continuación se exponen:

III.2.1. La declaratoria de nulidad parcial por parte de la Sala de Protección al Consumidor, respecto a la calificación jurídica realizada por el órgano de primera instancia:

- La Sala Especializada en Protección al Consumidor advierte en el considerando 13 de la Resolución N° 0172-2018/SPC-INDECOPI que: *“(...) coincide con la imputación realizada por la Secretaría Técnica; de otro lado, **discrepa de la Resolución 800-2017/CC2 en el sentido que la Comisión haya resuelto declarar infundada la presente denuncia en base a una evaluación de dos (2) tipos jurídicos como los contenidos en los artículos 18°, 19° (idoneidad) y 30° (seguridad en alimentos) del Código.”. (La negrita y subrayado es nuestro)***
- Sobre el particular, estoy de acuerdo con la posición de la Sala en que la Comisión debió resolver utilizando un solo tipo jurídico, en este caso, el que regula el deber de inocuidad en los alimentos (artículo 30° del Código del Consumidor), en base a que el referido cuerpo normativo ha previsto dicha norma específica a fin de atender satisfactoriamente situaciones en las cuales se puedan presentar infracciones relacionadas al deber de los proveedores de otorgar alimentos inocuos en el mercado.

- Para el jurista DANÓS ORDÓÑEZ¹¹ un acto administrativo “nulo” será “(...) *aquel que padece de algunas de las causales de invalidez trascendentes o relevantes previstas por el artículo 10° de la LPAG y que ha sido expresamente declarado como tal (“nulo de pleno derecho” dice el primer párrafo del artículo 10° de la LPAG) por la autoridad administrativa o judicial competente, determinando la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico.*”.
- Según el artículo 10° de nuestra LPAG serán nulos de pleno derecho: (I) los actos administrativos que contravengan la constitución, las leyes o normas reglamentarias; (II) *el defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo, salvo existan supuestos de conservación*; (III) los actos administrativos por los cuales se adquieran facultades o derechos, cuando contravengan el ordenamiento jurídico o no hayan cumplido los requisitos documentarios o trámite para su obtención; y, (IV) los actos administrativos constitutivos de infracción penal o que se dicten a consecuencia de esta.
- Se suma a ello, las obligaciones de la administración pública establecidas en el numeral 3) del artículo 254° de la LPAG, que es la de calificar las infracciones que los hechos puedan constituir y establecer las sanciones correspondientes; así como, la señalada en el artículo 156° de la misma norma, cual es determinar la norma aplicable al caso concreto.
- Al respecto, considero que en el presente caso la Comisión del INDECOPI al emitir su pronunciamiento incumplió con los requisitos de validez de la motivación y del procedimiento regular, así como, no ha cumplido con las obligaciones a que hace referencia el párrafo anterior. Por lo que, al no haberse respetado

¹¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2003) Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ara Editores, Lima, Perú.

el debido procedimiento al realizarse una calificación jurídica incorrecta y vulnerado dos requisitos de validez trascendentes, correspondía la declaratoria de nulidad de este apartado.

- En consecuencia, considero que la decisión de la Sala de declarar la nulidad parcial de la Resolución Final N° 800-2017/CC2 es acertada, en cuanto el órgano de primera instancia habría transgredido dos requisitos de validez trascendentes y también habría incumplido con deberes específicos establecidos en la LPAG sobre calificación jurídica de las infracciones y correcta aplicación de la norma administrativa.

III.2.2. Sobre la no existencia de medio probatorio que acredite una afectación al deber de inocuidad y el principio de presunción de licitud:

- La señorita denunciante argumentó en su denuncia, que, Hipermercados Tottus S.A. afectó su derecho como consumidora al poner a su disposición una lata de gaseosa con un profiláctico en su interior, encauzando la Secretaría Técnica dicha presunta actuación como una afectación al deber de idoneidad y de inocuidad de los alimentos, figuras que se replicaron en la Resolución Final N° 800-2017/CC2. Al respecto, quedando claro en el anterior apartado que solo se debió utilizar la figura de la inocuidad, corresponde brindar posición respecto a si se infringió dicho deber o no; y, por lo tanto, si correspondía sancionar a la empresa denunciada.
- Que, la Sala toma en consideración los medios probatorios ofrecidos por la denunciante, estos son los siguientes: a) La boleta de venta emitida por Hipermercados Tottus S.A. el 3 de diciembre de 2015; b) La denuncia policial del 4 de diciembre de 2015; c) El “Acta de Recepción y Lacrado de Envases de Aluminio de Coca Cola y Envase Plástico” del 4 de diciembre de 2015; d) El “Dictamen

Pericial de Examen Físico N° 3123-3124/15” del 19 de febrero de 2016; y, e) El “Dictamen Pericial de Biología Forense N° 5452-5453/15” del 13 de enero de 2016.

- La Sala de Protección al Consumidor advierte los siguientes hechos materia del relato de la denunciante: 1. El 3 de diciembre de 2015 habría comprado una lata de gaseosa Coca Cola de sabor vainilla. 2. Ese mismo día, **procedió a abrir la referida lata de gaseosa.** 3. Se percata de que este tenía un sabor distinto. 4. **Vierte el contenido de dicha lata en un envase de plástico distinto.** 5. Una vez vaciado el contenido de la lata, se da cuenta que en su interior contenía un elemento extraño: un profiláctico. 6. Se persona en la Comisaría a efectos de interponer una denuncia. 7. **Levanta un Acta de Recepción y Lacrado de Envases de Aluminio de Coca Cola y Envase Plástico.** 8. **Se realizan análisis físico y biológico de la lata de gaseosa y de su contenido vaciado en un vaso de plástico distinto.**

- Al respecto, a fin de poder imputarle la conducta infractora al proveedor, se deberá probar que el ingreso del elemento extraño debió haberse realizado previamente a la adquisición del producto, situación que no ha sido acreditada por la denunciante. Asimismo, como se puede advertir de los hechos expuestos, la señorita denunciante abre la lata de la gaseosa y traslada el contenido en un vaso de plástico distinto al de la lata, para luego ir a la Comisaría, levantar la denuncia respectiva y efectuar los análisis relacionados al aspecto físico (constatación de lo que hay) y biológico (examen de laboratorio). Es decir, que, al momento de realizarse dichas diligencias, el consumidor había llevado a la Comisaría un producto que se encontraba abierto; por lo que, este pudo haber sido, entre otros, manipulado por actuaciones de terceros.

- La Sala llega a la misma conclusión cuando en su considerando 40 manifiesta lo siguiente: “(...) esta Sala sostiene, conforme se aprecia de los medios probatorios aportados por la señora, el producto materia de controversia se encontraba abierto al momento de presentar la respectiva denuncia policial, lo cual abre la posibilidad de que el contenido del mismo puede ser manipulado o modificado. De esta manera, no existe certeza para establecer si estamos ante la existencia de un defecto atribuible a un proveedor.”. (La cursiva es nuestra)
- En ese sentido, al no haber medio probatorio que genere certeza del momento en el que se ha incorporado el elemento extraño dentro del producto, la Sala de Protección al Consumidor decidió emitir un fallo absolutorio en favor de Hipermercados Tottus S.A., cual consta en su considerando 45: “(...) puesto que no se ha acreditado la existencia de un defecto consistente en la presencia de un elemento extraño en el interior del producto previo a la adquisición de éste por parte de la denunciante, corresponderá emitir un fallo absolutorio a favor de Tottus, conforme el principio de presunción de licitud.”. (El subrayado es nuestro)
- En esa misma línea, el principio de presunción de licitud, señalado por la Sala, se encuentra prescrito en el numeral 9) del artículo 248° de la LPAG: “(...) **9. Presunción de licitud. – Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario**”. (La cursiva y negrita es nuestra)
- Sobre el particular, respecto al principio de presunción de licitud al que hace referencia la Sala, corresponde el comentario de BACA MERINO¹², quien señala que: “(...) en atención al principio de presunción de licitud aplicable a la potestad sancionadora de la

¹² BACA MERINO, Roberto (2020) Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador. Revista Derecho & Sociedad, 1(54), Pág. 267-276.

administración pública, las autoridades a cargo de los procedimientos administrativos sancionadores deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, y a efectos de desvirtuar dicha presunción inicial, aportar la evidencia probatoria que permita acreditar la existencia de la infracción y la culpabilidad del infractor.”. (El subrayado es nuestro)

- Se suma a ello, lo señalado por el Tribunal Constitucional¹³ en cuanto al papel trascendental de la prueba dentro de un procedimiento administrativo y/o proceso judicial que conlleve a una sanción y/o pena: “(...) *toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la cara de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así la presunción de inocencia (Constitución, Art. 2º, 24.e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones.”. (El subrayado es nuestro)*

- En conclusión, al no haberse generado certeza con los medios probatorios ofrecidos, en primer plano porque no se ha demostrado de que el elemento extraño fuera incorporado en el producto antes de su adquisición, en el presente procedimiento administrativo sancionador no tendría sentido imputarle la infracción al deber de inocuidad a Hipermercados Tottus S.A.; por lo que, la Sala procede a emitir un fallo absolutorio, con el cual me encuentro de acuerdo.

III.2.3. Sobre la supuesta afectación al debido procedimiento al no realizar acciones para incorporar a REPRES INTERNATIONAL CORPORATION:

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 238-2002-AA/TC, 20 de agosto de 2002. Pág. 1.

- La denunciante apela en el sentido de que la Secretaría Técnica habría vulnerado el debido procedimiento al no realizar acciones necesarias para incorporar a REPRES INTERNATIONAL CORPORATION, empresa que habría realizado la fabricación del producto materia de denuncia; con lo cual, al no permitirse mayores elementos probatorios que demuestren la negligencia del proveedor, la Comisión habría motivado defectuosamente y habría inaplicado los principios de impulso de oficio y de verdad material.

- A mi criterio las actuaciones de la Secretaría Técnica han sido las que se podían haber esperado de la búsqueda de una empresa, respecto de la cual no se conoce su domicilio. Del mismo modo, si igual se hubiera incluido a la fabricante del producto, esto no hubiera repercutido en el análisis del fondo del procedimiento; dado que, no se ha podido acreditar que el elemento extraño se haya incorporado dentro del producto antes de su adquisición, con lo cual se deja sin sustento el argumento de la apelante.

IV. CONCLUSIONES

- La decisión de la Comisión y de la Sala de declarar infundada y confirmar, respectivamente, la denuncia de S. G. M. C. fue correcta; no obstante, basar el caso bajo los artículos 18°, 19° y 30° del Código del Consumidor, y por tanto, utilizando los tipos legales de idoneidad y de inocuidad, siendo excluyentes entre sí, no es acorde a derecho por ir en contra del principio de especialidad, cual determina que el operador de derecho deberá preferir la norma específica sobre la norma general.
- La inocuidad es la figura con mayor aptitud para adecuarse a la situación dilucidada en el procedimiento administrativo sancionador; dado que, este se focaliza en la protección del consumidor en cuanto a su derecho a la salud, concretizándose en el perjuicio generado del contacto, o la sola exposición, de un consumidor con un alimento no inocuo. En ese sentido, resultó imperiosa y necesaria la decisión de la Sala Especializada en Protección al Consumidor de resolver este fallo conforme a un solo tipo legal: deber de inocuidad.
- A efectos de imputar la conducta de elaborar y/o comercializar un producto con un elemento extraño en su interior, el consumidor deberá probar primigeniamente que el ingreso de dicho elemento extraño se realizó con anterioridad a su adquisición. Caso contrario, no habrá certeza de la realización de dicha conducta; por lo que, no se le puede sancionar al proveedor por un hecho que no se encuentra probado, situación que se presenta en el procedimiento sancionador llevado contra Hipermercados Tottus S.A.
- El principio de presunción de licitud es aquel por el cual la administración pública, en función a su potestad administrativa sancionadora, presumirá que los administrados actúan conforme a sus deberes hasta el momento en que cuenten con prueba en contrario. Entonces, al no tener fuerza probatoria los documentos ofrecidos por la denunciante, no se ha levantado dicha presunción; por lo cual, Hipermercados Tottus S.A. actuó de acuerdo con sus obligaciones de proveedor y no infringió el deber de inocuidad.

- Si bien la denunciante presentó dos documentos denominados “Dictamen Pericial del Examen Físico N° 3123-3124/15” y “Dictamen Pericial Biología Forense N° 5452-5453/15”, cuales corroborarían su posición de que al interior de la lata se encontraba un profiláctico y de que su contenido tenía partículas distintas a las propias del producto, estos análisis se realizaron posteriormente a su adquisición (inclusive, se abrió el producto), con lo cual la fuerza probatoria de dichos elementos quedaría completamente descartada.

V. **BIBLIOGRAFÍA**

1. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo (2015) Teoría del Derecho. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. TARDÍO PATO, José Antonio (2003) El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. Revista de Administración Pública, Número 162. Pág. 189-225.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784932>
3. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2021) Derecho de los consumidores. Lima. Fondo Editorial del Instituto Pacífico.
4. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge (2003) Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ara Editores, Lima, Perú.
5. CARBONELL O'BRIEN, Esteban (2021) Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor, Jurista Editores, Lima, Perú.
6. TIRADO BARRERA, José Antonio (2021) Protección del Consumidor. Colección Lo Esencial del Derecho N° 53. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
7. BACA MERINO, Roberto (2020) Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador. Revista Derecho & Sociedad, 1(54), Pág. 267-276.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22419>
8. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006.
9. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 5050-2009-PA/TC, 20 de enero de 2010.
10. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 238-2002-AA/TC, 20 de agosto de 2002.

VI. ANEXOS

1. Copia de la denuncia de fecha 21 de noviembre de 2016 y anexos.
2. Copia del escrito con fecha 30 de enero de 2017 y anexo.
3. Copia de la solicitud de exclusión de Representaciones Exclusivas S.A.C. de fecha 23 de enero de 2017 y anexos.
4. Copia de los descargos de Hipermercados Tottus S.A. de fecha 30 de enero de 2017 y anexos.
5. Copia de la Resolución Final N° 800-2017/CC2 de fecha 19 de mayo de 2017.
6. Copia del recurso de apelación de fecha 16 de junio de 2017.
7. Copia de la Resolución N° 0172-2018/SPC-INDECOPI de 24 de enero de 2018.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 2

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : [REDACTED]

DENUNCIADAS : HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.
REPRESENTACIONES EXCLUSIVAS S.A.C.

MATERIAS : IDONEIDAD

ACTIVIDADES : VENTA AL POR MENOR EN COMERCIOS NO ESPECIALIZADOS CON PREDOMINIO DE LA VENTA ALIMENTOS, BEBIDAS O TABACO

SUMILLA: *Se declara la nulidad parcial de la Resolución 0800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que emitió un pronunciamiento declarando infundada la denuncia contra Hipermercados Tottus S.A. por presunta infracción de los artículos 18°, 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse verificado que la referida instancia omitió resolver, en atención al principio de especialidad, bajo la aplicación de un solo tipo jurídico.*

Se confirma la Resolución 800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, que declaró infundada la denuncia presentada por la señora [REDACTED] contra Hipermercados Tottus S.A.C. por presunta infracción del artículo 30° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no haberse verificado que haya puesto a disposición de la denunciante un producto con un elemento extraño en su interior, previo a su respectiva adquisición.

Lima, 24 de enero de 2018

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 22 de noviembre de 2016, la señora [REDACTED] denunció a Hipermercados Tottus S.A. (en adelante, Tottus) y Reprex International Corporation (en adelante, Reprex Corporation) por presuntas infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en atención a los hechos que se describen a continuación:
 - (i) El 3 de diciembre de 2015, adquirió dos (2) latas de bebidas gaseosas (1 bebida marca “Crush” de sabor a fresa y 1 bebida marca “Coca-Cola” de sabor a vainilla y una caja del producto denominado “Mini Halls” en el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

- Centro Comercial "Open Plaza Tottus" de la provincia del Callao, tal como se podía corroborar en la Boleta de Venta N° B478-00072118;
- (ii) era el caso que, al momento de consumir la bebida gaseosa marca "Coca-Cola" advirtió un sabor distinto al usual pudiendo percibir que en su contenido se encontraba un elemento extraño similar al de un plástico, el cual emergía del envase de este producto;
 - (iii) en vista de dicha circunstancia, procedió a vaciar el contenido de la bebida gaseosa en un vaso, siendo que en ese momento pudo comprobar que el elemento extraño consistía en un preservativo de color transparente, hecho que causó una crisis nerviosa y una serie de reacciones alérgicas (mareos y dolor estomacal);
 - (iv) posteriormente, se constituyó en una Comisaría de la Policía Nacional del Perú con la finalidad de que se levantara un acta de recepción y lacrado del envase;
 - (v) el Dictamen Pericial Biología Forense 5452-5453/15 emitido por la Dirección Ejecutiva de Criminalística concluyó que la bebida analizada presentaba evidencias ajenas al producto, esto es, la presencia de un cuerpo extraño y partículas sedimentales, todo lo cual acreditaba que la bebida se encontraba contaminada con otros elementos distintos a los de su propia naturaleza;
 - (vi) a propósito del Reclamo N° 5D42269-1D, Tottus señaló que procedería a trasladar lo sucedido a Reprex Corporation, empresa encargada de la fabricación del producto materia de denuncia, la cual hasta el momento no ha manifestado versión alguna sobre lo acontecido; y,
 - (vii) finalmente, solicitó el pago de los daños causados más los intereses legales correspondientes.

2. Mediante Resolución 1 del 6 de enero de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Secretaría Técnica) admitió a trámite la denuncia en contra de Tottus y Representaciones Exclusivas S.A.C. (en adelante, Reprex), imputando el hecho consistente en haber puesto a disposición de la denunciante una lata de gaseosa marca "Coca-Cola" que contenía en su interior un cuerpo extraño, lo cual constituía una posible infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código.

3. El 24 de enero de 2017, Reprex presentó un escrito señalando que la señora [REDACTED] inició su denuncia contra Reprex Corporation, siendo dicha empresa la cual tenía que ser incluida en este procedimiento, y no su representada.

4. En sus descargos, Tottus manifestó lo siguiente:

- (i) Su representada tenía como objeto social la venta al por menor de diversos artículos de consumo masivo, uso personal y para el hogar,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

razón por la cual se diseñó e implementó un sistema que garantizara la aplicación de los más altos estándares de calidad en el almacenamiento de todos los productos que comercializaba, ello con la finalidad de evitar sucesos como los expuestos por la [REDACTED]

- (ii) si bien reconoció que el producto materia de denuncia fue adquirido en su establecimiento, negaba que el mismo haya presentado un cuerpo extraño en su interior. Al respecto, resultaba esencial verificar si este producto presentaba signos de manipulación externa, esto es, comprobar si se encontraba completamente sellado; y,
- (iii) en el presente caso, no correspondía atribuirles responsabilidad por la sola afirmación de la existencia de un producto con un elemento extraño cuyo origen o formación se desconocía. Asimismo, se evidenciaba la imposibilidad de relacionar con exactitud este producto con el canal de comercialización específico del establecimiento donde se adquirió el mismo.

5. Mediante Resolución 800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión), resolvió lo siguiente:

- (i) Declarar improcedente la denuncia contra Reprex por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código, al haberse verificado que no era el fabricante del producto materia de denuncia;
- (ii) declarar infundada la denuncia contra Tottus por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código, al no haberse verificado que haya puesto a disposición de la denunciante una bebida gaseosa con un elemento extraño en su interior; y,
- (iii) denegar las medidas correctivas solicitadas y el pago de las costas y costos del procedimiento.

6. El 16 de junio de 2017, la [REDACTED] apeló ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) la Resolución 800-2017/CC2, manifestando lo siguiente:

- (i) La Comisión no realizó las actuaciones necesarias para incluir en el presente procedimiento a Reprex Corporation, empresa que había sido referida por los denunciados, como la fabricante del producto materia de denuncia. Dicha omisión tuvo como consecuencia que no se haya permitido actuar mayores elementos probatorios que demuestren la negligencia del fabricante, lo cual evidenciaba una defectuosa motivación del pronunciamiento apelado al inaplicarse los principios de impulso de oficio y verdad material;
- (ii) el Dictamen Pericial de Biología Forense 5452-5453/15 demostraba que en el interior del producto se encontró un preservativo que no era apto



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

- para su consumo. De esta manera, quedaba evidenciado que la Comisión no realizó una investigación clara del presente caso, más aún cuando se basó en una jurisprudencia que no era de carácter vinculante;
- y,
- (iii) no tenía necesidad de obtener un provecho económico de la situación, sino únicamente verificar que las empresas responsables puedan ser sancionadas por la afectación a su salud y a sus legítimas expectativas.
7. El 10 de octubre de 2017, Reprex presentó un escrito solicitando ser excluido del presente procedimiento, en atención que la señora [REDACTED] interpuso una denuncia contra Reprex Corporation, y no su representada.
8. En la medida que la señora [REDACTED] no cuestionó la Resolución 800-2017/CC2 el extremo que se declaró la improcedencia de la denuncia contra Reprex por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código, corresponde declarar consentido el mismo, no siendo materia de evaluación en el presente pronunciamiento.

ANÁLISIS

Sobre la validez de la Resolución 800-2017/CC2

9. El artículo 10° del Texto Único de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG), establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es la omisión o defecto de sus requisitos de validez¹, entre los cuales se encuentra el que se respete el procedimiento regular previsto para su generación², esto es, que se respete el principio del debido procedimiento, que

¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 10°. Causales de nulidad.** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 3°. Requisitos de validez de los actos administrativos.** Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. **Procedimiento regular.** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho³.

10. En esa línea, el artículo 252° numeral 3 de la norma en mención, dispone que, para el ejercicio de la potestad sancionadora, se debe cumplir con notificar a los administrados los hechos imputados a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos constituirían, la expresión de las sanciones que, de ser el caso, se podrían imponer, la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia⁴. Por su parte, el artículo 154° de dicho cuerpo legal dispone que, la tipificación corresponde a la autoridad que conoce de la denuncia⁵.
11. Mediante Resolución 1 del 6 de enero de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia en contra de Tottus y Reprex, imputando el hecho consistente en haber puesto a disposición de la denunciante una lata de gaseosa marca "Coca-Cola" que contenía en su interior un cuerpo extraño, lo cual constituía una posible infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código.

12. Posteriormente, mediante Resolución 800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, la Comisión resolvió lo siguiente: (i) declarar improcedente la denuncia contra Reprex por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código; y, (ii) declarar infundada la denuncia contra Tottus por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 30° del Código.

³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. 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 todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 252°. Caracteres del procedimiento sancionador.** Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 154°. Impulso del procedimiento.** La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

13. Al respecto, es oportuno indicar que, si bien esta Sala coincide con la imputación realizada por la Secretaría Técnica; de otro lado, discrepa con la Resolución 800-2017/CC2 en el sentido que la Comisión haya resuelto declarar infundada la presente denuncia en base a una evaluación de dos (2) tipos jurídicos como los contenidos en los artículos 18°, 19° (idoneidad) y 30° (seguridad en alimentos) del Código.
14. Sobre el particular, el artículo 18° del Código define la idoneidad como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. Asimismo, el artículo 19° de la misma norma señala que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos⁶.
15. En aplicación de esta norma, los proveedores tienen el deber de brindar los productos y servicios ofrecidos en las condiciones acordadas o las que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza y circunstancias que rodean la adquisición del producto o la prestación del servicio, así como a la normatividad que rige su prestación.
16. Como podemos observar el tipo jurídico de idoneidad atañe el espectro de responsabilidad de los proveedores, bajo la interpretación de las garantías implícitas, explícitas y legales contempladas dentro de una relación de consumo. Así, dentro de este marco de conductas amparadas puede encontrarse, por ejemplo, el derecho de todo consumidor a adquirir un producto que responda para los fines para los que fue adquirido o que cumpla con las condiciones en las que fue ofrecido.
17. Particularmente, la infracción de los artículos 18° y 19° del Código implica la afectación de una legítima expectativa del consumidor; sin embargo, dicha conducta no siempre conlleva la existencia de un riesgo para la integridad o salud de los consumidores. En tal sentido, aun cuando el deber de idoneidad puede abarcar este tipo de supuestos, bajo el principio de Especialidad, el Código ha dispuesto un tipo legal específico para este tipo de casos.

⁶ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19°.- Obligación de los proveedores.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

18. En efecto, el artículo 25° del Código establece que los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones normales o previsibles, un riesgo injustificado para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes⁷ ⁸.
19. Todo producto, en sentido lato, puede involucrar un cierto nivel de riesgo o peligro, aunque la mayor parte de veces ello no se vincule a su naturaleza intrínseca, sino a la manera individual en que es empleado: el papel tiene el riesgo de incendiarse; un cuchillo, de cortar a quien lo utilice; un artefacto puede ocasionar un corto circuito; un automóvil puede sufrir un accidente o un avión estrellarse⁹.
20. En ese orden de ideas, dentro del funcionamiento regular del mercado, la propia regulación estatal permite la producción, comercialización y prestación de distintos bienes y servicios que, aun cuando puedan conllevar un riesgo, éste es interiorizado y asumido, pues los beneficios de su operación pueden ser mayores que las externalidades negativas generadas por su actividad en el mercado.

Partiendo de dicha premisa, el concepto de riesgo injustificado señalado en el artículo 25° del Código no se encuentra relacionado al peligro intrínseco que, por su propia naturaleza, pueda tener un determinado grupo de bienes y/o servicios, sino al riesgo configurado por una serie de acciones y/u omisiones atribuibles a la esfera del proveedor al momento de comercializar un producto o prestar un servicio, teniendo como consecuencia una potencial afectación a la seguridad y salud de los consumidores.

22. En ese sentido, para la imputación de esta disposición legal, no debe tomarse en cuenta si el bien o servicio es, por sí mismo de carácter peligroso, sino estar en la capacidad de advertir que, ante la falta de diligencia por parte del proveedor, el bien o servicio ofrecido pueda llevar un riesgo mayor al razonablemente asumido en un contexto regular y previsible.

⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 25°. Deber general de seguridad. Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

⁸ Cabe precisar que el artículo 25° del Código también incluye a los riesgos no advertidos dentro de su marco de aplicación; sin embargo, para el caso concreto, el análisis únicamente se centrará sobre el riesgo injustificado de un producto y/o servicio.

⁹ Esta idea fue recogida en la Resolución 0213-2000/TDC-INDECOPI del 31 de mayo de 2000, en la que se señaló que debía considerarse como producto peligroso a aquel que conlleva un peligro anormal y serio que no puede ser removido a pesar del ejercicio de diligencia o cuidado razonable.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

23. Del mismo modo, aun cuando el artículo 25° del Código abarca los supuestos de infracción al deber de seguridad que tienen como consecuencia la afectación a la integridad y salud de los consumidores; este cuerpo normativo también establece un tipo legal particular para aquellos casos referidos a la exposición de un peligro y/o riesgo en materia alimentaria.

24. El artículo 30° del Código¹⁰ dispone que los consumidores tienen derecho a consumir alimentos inocuos, siendo que los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de conformidad con la legislación sanitaria.

25. Sobre este punto, debe precisarse que el deber de inocuidad de un alimento implica que su preparación debe ser apta para el consumo humano, guardando dicho concepto una estrecha relación con el efecto nocivo que éste pueda producir en los consumidores¹¹. En ese sentido, para la configuración de una infracción de este deber, no necesariamente debe acreditarse la afectación particular por la ingesta de un alimento, sino que deberá determinarse el rasgo de nocividad que éste posee ante un potencial consumo por parte de un administrado. Por ejemplo, aquellos casos consistentes en la presencia de un elemento extraño, corresponderá acreditar la nocividad de éste, sin necesidad de comprobar la afectación causada particularmente en el consumidor.

26. En vista de lo expuesto en párrafos anteriores, podemos concluir que el Código ofrece una gama de tipos legales, los cuales guardan una estrecha relación, y únicamente son excluyentes por la especialidad de su aplicación. Así, tenemos los artículos 18° y 19°, los cuales establecen el deber de idoneidad, concepto que podría entenderse que vela de un modo general por la seguridad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado. No obstante, para el caso de alimentos, tenemos el artículo 30° del Código, el cual vela por la inocuidad de los mismos, no siendo necesaria para su constitución, la ingesta de un producto alimentario, sino únicamente determinar el rasgo de nocividad que éste contenga ante un potencial consumo.

¹⁰ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 30°.- Inocuidad de los alimentos. Los consumidores tienen derecho a consumir alimentos inocuos. Los proveedores son responsables de la inocuidad de los alimentos que ofrecen en el mercado, de conformidad con la legislación sanitaria.

¹¹ DECRETO LEGISLATIVO 1062. LEY DE INOCUIDAD DE LOS ALIMENTOS. Artículo 7.- Seguridad de los Alimentos

1. Sólo se puede comercializar alimentos inocuos.
2. Se considera que un alimento es inocuo cuando:
a) No sea nocivo para la salud;
b) Sea calificado como apto para el consumo humano por la autoridad sanitaria competente; y,
c) No cause daño al consumidor cuando se prepare y/o consuma de acuerdo con el uso a que se destina.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

27. Ahora bien, para una adecuada imputación de dichos tipos infractores podrán tomarse en cuenta dos (2) factores: (i) la congruencia de lo denunciado, esto es, atender el contenido del escrito de denuncia por parte del administrado; y, (ii) el deber de encauzamiento de la autoridad administrativa, en tanto que, si advirtiera una presunta infracción a uno de los tipos antes mencionados, podrá efectuar la imputación que corresponda¹². Sin perjuicio de lo desarrollado, esta Sala considera que en una fase preliminar de evaluación de casos en el que pudieran estar involucrados diversos tipos infractores relacionados al deber de seguridad, la autoridad administrativa también podrá tomar en cuenta los artículos 18° y 19° del Código, toda vez que, en caso no se pueda acreditar el riesgo o el peligro injustificado del producto y/o servicio, existirá la posibilidad de evaluar la vulneración al deber de idoneidad.
28. A modo de ejemplo, en aquellos casos que se denuncie la existencia de un elemento extraño como un cabello dentro de un producto alimenticio, el administrado puede alegar que la presencia de este elemento extraño puede causar un daño a su salud. No obstante, en la evaluación de este procedimiento, existe la posibilidad de que la nocividad de dicho elemento no sea demostrada (nocividad); lo cual no implicaría que el proveedor no haya incurrido en una infracción consistente en tener poca diligencia en el proceso de elaboración de su producto, siendo que un consumidor, no tiene la expectativa de verificar la presencia de un elemento extraño (cabello) en el bien adquirido. De esta manera, en el presente ejemplo, será preciso evaluar este tipo de casos bajo los artículos 18°, 19° y 30° del Código, pues se trata de un producto alimenticio¹³.
29. Sin perjuicio de ello, y en atención a que los artículos 18°, 19° y 30° son excluyentes por la especialidad de su aplicación, el órgano funcional al momento de resolver un procedimiento deberá optar, de ser el caso, por determinar la responsabilidad de un administrado en base a uno de estos artículos. En efecto, si bien, durante la labor de instrucción, puede evaluarse la presunta infracción al deber de idoneidad o inocuidad; de otro lado, al momento de sancionar a un proveedor, la autoridad administrativa deberá escoger el artículo especial aplicable para el caso concreto.
30. Es pertinente indicar que la Sala -con actual conformación- ha desarrollado tal interpretación en un pronunciamiento anterior (Resolución 0171-2018/SPC-INDECOPI del 24 de enero de 2018).

¹² En efecto, aun cuando un administrado, en su escrito de denuncia, no haga énfasis en el riesgo o peligro de un producto o servicio, la autoridad administrativa podrá realizar la imputación por presunta infracción de los artículos 25° o 30° del Código, si de una apreciación razonable de los hechos así lo considera.

¹³ Puede revisar un caso similar en la Resolución 2423-2016/SPC-INDECOPI del 4 de julio de 2016.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

31. En consecuencia, dado que el pronunciamiento emitido por la Comisión omitió resolver el presente caso bajo la aplicación de un solo tipo jurídico (siendo que resolvió bajo la aplicación de los artículos 18°, 19° y 30° del Código), corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución 800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017. Asimismo, esta Sala considera que el presente caso debió resolverse, en atención del principio de especialidad, dentro del marco de análisis del artículo 30° del Código, ello en la medida que la denuncia presentada por la señora [REDACTED] se encontraba principalmente orientada a cuestionar la contaminación sufrida por el producto adquirido y, por ende, la potencial afectación a su salud.

32. Sin perjuicio de ello, en aplicación del artículo 225° del TUO de la LPAG¹⁴, del principio de eficacia establecido en el numeral 1.10 del artículo IV de la referida norma¹⁵ y teniendo en cuenta que la imputación efectuada primigeniamente por la Comisión, estuvo correctamente efectuada, y, que, a lo largo del procedimiento, la denunciada ha tenido la oportunidad de ejercer válidamente su derecho de defensa respecto a tal circunstancia y, en la medida que obran en el expediente elementos suficientes para emitir un pronunciamiento respecto de la cuestión controvertida, corresponde que esta Sala evalúe y se pronuncie sobre la conducta denunciada, únicamente como una presunta infracción del artículo 30° del Código.

Sobre la responsabilidad de Tottus

33. En el presente caso, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Tottus, al no haberse verificado que haya puesto a disposición de la denunciante una bebida gaseosa con un elemento extraño en su interior.

¹⁴ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 217°.- Resolución (...)

217.2. Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

¹⁵ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por el DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. 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:

(...)
1.10. Principio de eficacia. - Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

34. En su recurso de apelación, la señora [REDACTED] cuestionó la decisión de la primera instancia señalando que el Dictamen Pericial de Biología Forense 5452-5453/15 demostraba que en el interior del producto se encontró un preservativo que no era apto para su consumo. De esta manera, quedaba evidenciado que la Comisión no realizó una investigación clara del presente caso, más aún cuando se basó en una jurisprudencia que no era de carácter vinculante.
35. Sobre el particular, esta Sala considera necesario precisar que, bajo el principio de verdad material¹⁶, la autoridad administrativa debe tomar en cuenta aquellos alegatos y medios probatorios que le generen un nivel de convicción, lo cual implica, realizar un análisis congruente de los actuados en relación con la materia cuestionada.
36. Para efectos de evaluar este expediente se procederá a evaluar los siguientes medios probatorios: (i) la Boleta de Venta del 3 de diciembre de 2015, emitida por Tottus¹⁷; (ii) la denuncia policial del 4 de diciembre de 2015¹⁸; (iii) el documento denominado "Acta de Recepción y Lacrado de Envases (sic) de Aluminio de Coca Cola y Envase Plástico" del 4 de diciembre de 2015¹⁹; (iv) el Dictamen Pericial de Examen Físico N° 3123-3124/15 del 19 de febrero de 2016²⁰; y, (v) el Dictamen Pericial de Biología Forense 5452-5453/15 del 13 de enero de 2016²¹.
37. De la boleta de venta que obra en el expediente, se desprende que el 3 de diciembre de 2015 a las 18:24 horas, la señora [REDACTED] adquirió, entre otros, una Coca-Cola de sabor a vainilla. Posteriormente, conforme alegó en su escrito de denuncia, dicha administrada procedió a abrir el envase de este producto para su respectivo consumo, siendo aquel momento en el cual pudo advertir que el mismo tenía un sabor distinto al usual, y, además, contenía un elemento extraño consistente en un plástico de color transparente.

¹⁶ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento 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 necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

¹⁷ Ver foja 17 del expediente.

¹⁸ Ver foja 9 del expediente.

¹⁹ Ver foja 10 del expediente.

²⁰ Ver fojas 13 y 14 del expediente.

²¹ Ver fojas 85 a 87 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

38. Para su verificación, la señora [REDACTED] manifestó que trasladó el contenido del producto en otro envase, pudiendo verificar la presencia de un elemento extraño consistente en un preservativo. Posteriormente, acudió a la Comisaría con la finalidad de proceder con la interposición de la denuncia, llevando consigo el envase del producto, y, su respectivo contenido, tal como se consignó en el "Acta de Recepción y Lacrado de Envases de Aluminio de Coca Cola y Envase Plástico".

39. Como puede observarse, para poder determinar la responsabilidad del proveedor en este caso, debe acreditarse, preliminarmente, que el ingreso del elemento extraño se haya producido en un momento previo a la adquisición del producto. De ser ese el caso, se procederá a evaluar el peligro a la salud que haya podido producir la ingesta del contenido de este producto.

40. Al respecto, esta Sala sostiene que, conforme se aprecia de los medios probatorios aportados por la señora [REDACTED], el producto materia de controversia se encontraba abierto al momento de presentar la respectiva denuncia policial, lo cual abre la posibilidad de que el contenido del mismo pueda ser manipulado o modificado. De esta manera, no existe certeza para establecer si estamos ante la existencia de un defecto atribuible a un proveedor.

41. De otro lado, la señora [REDACTED] cuestionó que la Comisión no haya valorado el Dictamen Pericial de Biología Forense 5452-5453/15, siendo que, de la lectura de sus conclusiones se podía advertir que la sustancia líquida (gaseosa) presentaba evidencias características ajenas al producto como la presencia de cuerpos extraños y partículas sedimentables²².

42. Al respecto, esta Sala sostiene que, aun cuando el Dictamen Pericial de Biología Forense 5452-5453/15 determinó que el contenido líquido del producto presentaba elementos ajenos a sus características, no llegó a comprobarse el momento en el cual haya podido suceder esta presunta contaminación.

43. En efecto, conforme consta en el Dictamen Pericial Físico 3123-3124/15, debe precisarse que la señora [REDACTED] presentó ante la Policía Nacional del Perú

²² Las conclusiones del Dictamen Pericial de Biología Forense fueron las siguientes: (fojas 86 y 87)

"CONCLUSIONES:

1. La muestra M2 (sustancia líquida negruzca), la misma que a la evaluación macro-microscópica evidencia características ajenas al producto (presencia de cuerpos extraños y partículas sedimentables) con características semejantes a colonias macroscópicas de mohos, olor no característico y aspecto alterado; encontrándose fuera de los parámetros establecidos por la Norma Técnica. Los análisis microbiológicos no se realizaron debido a que la muestra presentaba avanzado estado de contaminación y descomposición, características que no califica para la realización de los ensayos referidos.

2. De la muestra M1 (envase de hojalata) no se realizó análisis macro-microscópico y microbiológicos, debido a que el envase no presentaba contenido.

(...)"



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

un envase metálico en cuyo interior se encontraba adherido el elemento extraño (preservativo), razón por la cual, puede advertirse que este objeto tuvo contacto con el contenido líquido del producto.

44. Por dicha circunstancia, al realizarse las pruebas respectivas, resulta razonable la conclusión consistente en que el contenido líquido de este producto presente ciertos elementos contaminantes; sin embargo, tal como se expuso en párrafos anteriores, es primordial determinar el momento en que se produjo la contaminación (ingreso del preservativo en el envase del producto), cuestión que no se ha podido establecer en la evaluación de este caso.

45. En ese sentido, puesto que no se ha acreditado la existencia de un defecto consistente en la presencia de un elemento extraño en el interior del producto previo a la adquisición de éste por parte de la denunciante, corresponderá emitir un fallo absolutorio a favor de Tottus, conforme el principio de presunción de licitud²³.

46. En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró infundada la denuncia contra Tottus por presunta infracción del artículo 30° del Código, al no haberse verificado que haya puesto a disposición de la denunciante un producto con un elemento extraño en su interior, previo a su respectiva adquisición.

Sobre el cuestionamiento referido a la labor de la Secretaría Técnica de la Comisión

47. El artículo 139° de la Constitución Política del Perú, literales 1 y 14,²⁴ establece el Principio del Debido Proceso como garantía de la función jurisdiccional, precisando su observancia en todas las instancias del proceso. Del mismo modo, el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil,²⁵ norma de

²³ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 246. 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.

²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

²⁵ CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Título Preliminar. Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

aplicación supletoria en el presente caso, también reconoce el derecho a ese debido proceso.

48. Por su parte, el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG)²⁶, establece como causales de nulidad del acto administrativo, la omisión o defecto de sus requisitos de validez²⁷, entre los cuales se encuentra el procedimiento regular que debe preceder la emisión del acto.
49. Una arista del debido procedimiento se encuentra relacionada con la obligación que tiene la autoridad administrativa de actuar, en uso de sus facultades, las disposiciones necesarias para dilucidar la materia controvertida, las cuales tienen que ser congruentes y razonables con la finalidad que abarca el marco de investigación planteado.
50. En su recurso de apelación, la señora [REDACTED] señaló que la Comisión no realizó las actuaciones necesarias para incluir en el presente procedimiento a Reprex Corporation, empresa que había sido referida por los denunciados, como la fabricante del producto materia de denuncia. Dicha omisión tuvo como

²⁶ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10°.- Causales de nulidad.** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

²⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos.** Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000192
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

consecuencia que no se haya permitido actuar mayores elementos probatorios que demuestren la negligencia del fabricante, lo cual evidenciaba una defectuosa motivación del pronunciamiento apelado al inaplicarse los principios de impulso de oficio y verdad material.

51. Al respecto, esta Sala discrepa del cuestionamiento planteado por la señora [REDACTED] pues ha podido verificar que la Secretaría Técnica de la Comisión realizó una serie de actuaciones con la finalidad de poder determinar cuál era la empresa fabricante del producto denunciado, y, de ser el caso, los datos que permitan su inclusión en este procedimiento.
52. En efecto, mediante Resolución 3 y 5 del 16 de marzo y 9 de abril de 2017²⁸, respectivamente, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a Tottus lo siguiente: (i) cuál era la empresa fabricante del producto materia de denuncia; y, (ii) cuál era la razón social y RUC de la empresa fabricante.
53. Respecto a estos requerimientos, Tottus señaló que la empresa fabricante del producto denunciado era Reprex Corporation; sin embargo, no brindó mayor información sobre la misma, al ser esta una empresa no domiciliada en el país. Por otro lado, es necesario precisar que, si bien la señora [REDACTED] señaló que dicha empresa era la fabricante del producto materia de denuncia, no cumplió con consignar un domicilio respecto a esta persona jurídica.
54. Cabe indicar que el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi establece que el denunciante deberá precisar no sólo el nombre o razón social del denunciando, sino también su domicilio, siendo que, en caso desconozca su dirección deberá presentar una declaración jurada señalando que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio del mismo²⁹.
55. De esta manera, este Colegiado considera que la Secretaría Técnica de la Comisión realizó, bajo el principio de verdad material, actuaciones pertinentes para poder obtener información sobre la empresa fabricante del producto adquirido por la señora [REDACTED]; sin embargo, ante la falta de medios probatorios en torno a su ubicación, resultaba razonable que se realice el análisis de este caso respecto al comercializador (Tottus) del bien denunciado.
56. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la inclusión del fabricante del producto no hubiera incidido respecto al análisis de fondo de este procedimiento, pues, conforme se ha podido advertir de la evaluación de responsabilidad realizada en este pronunciamiento (expuesto en el acápite precedente), no ha podido acreditarse la existencia de un defecto consistente en la presencia de un

²⁸ Ver fojas 102 y 110 del expediente.

²⁹ Ver Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi en su sitio web: <https://www.indecopi.gob.pe/>.
M-SPC-13/1B 15/16



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 0172-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 1423-2016/CC2

elemento extraño dentro del producto previo a su adquisición, lo cual resultaba esencial para poder determinar una presunta responsabilidad del proveedor.

57. En ese sentido, corresponde desestimar el cuestionamiento planteado por la señora [REDACTED]

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 0800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que emitió un pronunciamiento declarando infundada la denuncia contra Hipermercados Tottus S.A. por presunta infracción de los artículos 18°, 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse verificado que la referida instancia omitió resolver, en atención al principio de especialidad, bajo la aplicación de un solo tipo jurídico.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 800-2017/CC2 del 19 de mayo de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, que declaró infundada la denuncia presentada por la señora [REDACTED] contra Hipermercados Tottus S.A.C. por presunta infracción del artículo 30° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no haberse verificado que haya puesto a disposición de la denunciante un producto con un elemento extraño en su interior, previo a su respectiva adquisición.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Ana Rosa Martinelli Montoya y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente