

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**Implicancias de la Modificación del Artículo 108.f del Código de Protección y
Defensa del Consumidor Respecto a la Subsanación de los defectos presentados
en el Servicio de Transporte Aéreo**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de
Protección al Consumidor**

AUTOR

Carla Alejandra Calderón Santillán

ASESOR:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20095919

2018

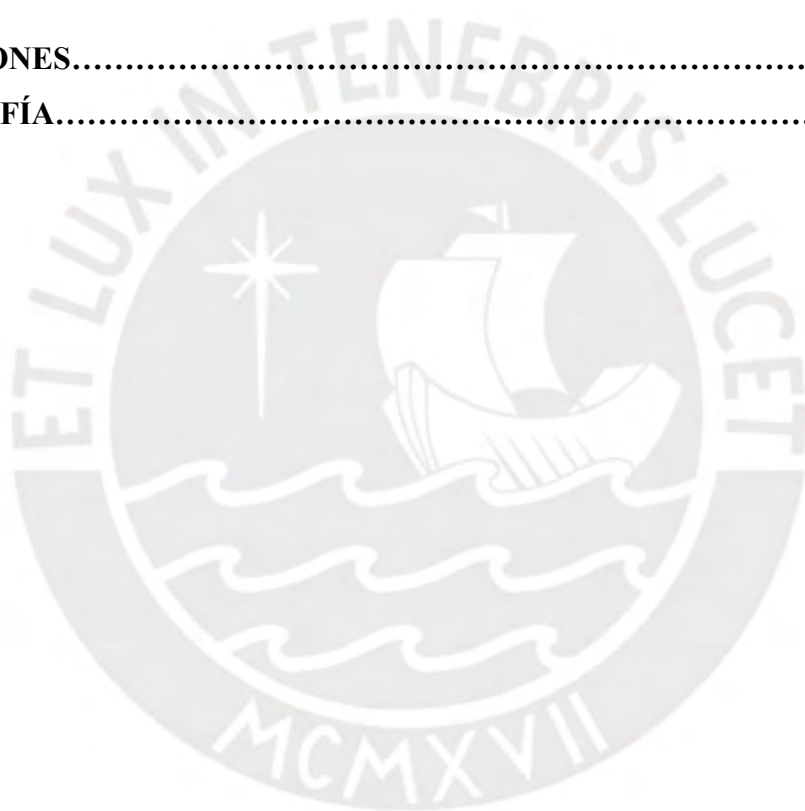
RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad determinar los efectos de la modificación del Artículo 108.f del Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la interpretación de la idoneidad del servicio de transporte aéreo respecto a la aplicación de los remedios establecidos en la Decisión 619 de la Comunidad Andina de Naciones, aplicables a los casos de retrasos, cancelaciones y sobreventa. En el mismo, se puede identificar la naturaleza subsanatoria de los remedios establecidos en la normativa aeronáutica, que configurarán garantías legales para los consumidores, así como la importancia del pronunciamiento del legislador que da fin a la controversia interpretativa sobre los efectos de la aplicación de dichos remedios sobre la idoneidad del servicio de transporte aéreo, configurándose un eximente de responsabilidad que permite a los administrados llegar a soluciones sin la necesidad de la intervención del INDECOPI. Lo anterior, implica beneficios para los administrados, ya que genera celeridad y ahorro de costos tanto para consumidores y proveedores, como para el propio Estado, y, a su vez, un incentivo para los proveedores de transporte aéreo de cumplir con los remedios establecidos en la normativa aeronáutica. No obstante lo anterior, será de especial relevancia que los órganos resolutivos del INDECOPI mantengan la prevalencia del principio “pro consumidor” al momento de analizar las denuncias donde se argumente subsanación, para evitar rechazos liminares que injustamente dejen desprotegidos a los usuarios.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. SOBRE LA IDONEIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO.....	7
1.1 LA LÍNEA INTERPRETATIVA DEL INDECOPI RESPECTO A LA IDONEIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO PREVIA A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108.F DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....	7
1.2 IMPLICANCIAS DEL CRITERIO INTERPRETATIVO ESTABLECIDO POR EL INDECOPI, PREVIO A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108.F DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR PARA EL ANÁLISIS DE IDONEIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO.....	9
1.3 NATURALEZA DE LOS REMEDIOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA AERONÁUTICA A CONSECUENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108.F DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....	14
II. SOBRE EL IMPACTO DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO.....	16
2.1. ASPECTOS POSITIVOS DE LA MODIFICACIÓN: UN INCENTIVO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS REMEDIOS ESTABLECIDOS EN LA DECISIÓN 619 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES QUE CONLLEVA BENEFICIOS PARA CONSUMIDORES, PROVEEDORES Y EL ESTADO.....	16
2.2. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA MODIFICACIÓN: LOS CONSUMIDORES QUE QUEDAN DESPROTEGIDOS AL REALIZARSE UNA APARENTE SUBSANACIÓN DEL SERVICIO Y LOS RECURSOS ALTERNATIVOS QUE TIENEN DICHS CONSUMIDORES.....	19

III. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LEGISLADOR PARA DAR FIN A CONTROVERSIAS INTERPRETATIVAS QUE GENERAN INSEGURIDAD JURÍDICA.....	22
3.1. EFECTOS DE LOS CAMBIOS PERIÓDICOS DE CONFORMACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, CON MOTIVO DE LAS TENDENCIAS IDEOLÓGICAS DE SUS MIEMBROS....	22
3.2. SOBRE LOS EFECTOS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LEGISLADOR QUE DA FIN A LA CONTROVERSI INTERPRETATIVA EN MATERIA DE IDONEIDAD EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO.....	24
CONCLUSIONES.....	26
BIBLIOGRAFÍA.....	27



INTRODUCCIÓN

La idoneidad de un producto o servicio ha sido definida como aquella situación en la que las expectativas del consumidor se condicen con lo que el mismo ha recibido efectivamente por parte del proveedor. Ello, ha sido expresamente regulado en el Artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor¹ (en adelante, Código de Consumo) y, en aquellos casos en que el consumidor nunca vio satisfechos sus intereses, no se ha evidenciado mayor discrepancia tanto a nivel resolutivo como a nivel doctrinario: todos han coincidido como estándar para el análisis de los casos, en que el no otorgamiento de lo ofrecido o de lo esperable de acuerdo a las prácticas comunes relacionadas a dicho producto o servicio, implican una falta al deber de idoneidad.²

No obstante, no todos los casos son de tan sencilla resolución. En muchas oportunidades, los proveedores, advirtiendo, por ejemplo, una falla en su servicio, deciden subsanar inmediatamente el error, otorgando facilidades al consumidor para que pueda satisfacer sus necesidades o expectativas. Asimismo, en otras ocasiones, las normas sectoriales o los propios contratos de consumo han establecido los remedios correspondientes a los consumidores afectados que obligatoriamente deberán otorgar los proveedores.

Dichas situaciones han sido reguladas por el Código de Consumo como “garantías”, las cuales han sido calificadas como garantías legales, garantías explícitas y garantías implícitas y según el Artículo 20³ de la mencionada norma deben tomarse en cuenta para la

¹ Artículo 18.- Idoneidad

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

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

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

² Al respecto, ver el análisis respecto al concepto de idoneidad desarrollado por el autor Alfredo Bullard en: *“Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”*.

³ Artículo 20.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

determinación de la idoneidad del producto o servicio. Un claro ejemplo de ello, son las garantías legales establecidas tanto en la Decisión 619 de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante, CAN), y en la Ley de Aeronáutica Civil del Perú y su Reglamento, las cuales determinan los remedios aplicables en casos de retrasos, cancelaciones u denegatoria de embarque por sobreventa de pasajes, y han sido materia de controversia para determinar si la aplicación de los mismos conlleva la idoneidad del servicio de transporte aéreo o no.

Así, a lo largo de los años, hemos visto cómo el otorgamiento de las garantías de manera posterior a la falla en un producto o la prestación de un servicio, subsanando dicha falla, ha sido materia de controversia tanto a nivel doctrinario como a nivel resolutivo en las distintas Salas que se han conformado en el INDECOPI en materia de protección al consumidor, las cuales dependiendo de su tendencia ideológica y/o interpretativa, han tenido diversas posturas al respecto, emitiendo precedentes de observancia obligatoria o resoluciones de gran relevancia en sentidos opuestos.⁴

En línea con lo anterior, hemos podido identificar que existen dos posturas respecto a la subsanación del producto o servicio y el otorgamiento de las mencionadas garantías. Por un lado, en algunas oportunidades se ha resuelto que no es posible exigir a los proveedores que los procesos productivos y prestaciones de servicios sean absolutamente infalibles, razón por la cual se crearon las garantías que permiten subsanar estas fallas y configurar la idoneidad del servicio. Por otro lado, los órganos resolutivos han sido de la opinión que, al presentarse una falla en la prestación del proveedor, ya nos encontramos ante una falta al deber de

a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.

⁴ Sobre el particular, se han emitido diversos pronunciamientos con posturas contrapuestas. A modo de ejemplo revisar las resoluciones: “Tori vs. Kourus” (Resolución N° 085-96-TDC/INDECOPI), “Carbonel vs. Finantur” (Resolución N° 102-97-TDC/INDECOPI), “Salcedo vs. Banco Ripley” (Resolución N° 641-2009/CPC), “Hiraoka vs. Sra. Bocanegra” (Resolución N° 221-2012/SC2-INDECOPI).

idoneidad, siendo así que la subsanación de esta únicamente servirá como un atenuante de la sanción de la que es acreedor dicho proveedor. Este último criterio, ha sido el acogido por el INDECOPI en los últimos años, argumentándose que de acuerdo con el Artículo 112⁵ del Código de Consumo, la subsanación voluntaria del proveedor será considerada como una circunstancia atenuante al momento de realizar la graduación de la sanción.⁶

Ahora bien, con fecha 30 de diciembre de 2016 se publicó el Decreto Legislativo N° 1308, mediante el cual se realizaron modificaciones al Código de Consumo, siendo de las más relevantes las modificaciones a los Artículos 108 y 112 de dicha norma. Así, mediante el Artículo 108⁷ se determinó que declarará improcedente la denuncia si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa antes de la notificación de la imputación de cargos y, en consecuencia, se eliminó el Artículo 112 dicha acción como atenuante de la sanción.

De acuerdo a lo anterior, la mencionada modificación implica, en mi opinión, que el legislador ha tomado una posición firme respecto a la implicancia de subsanación de las fallas del producto o servicio y por ende sobre la interpretación de la aplicación de garantías como generadoras de la idoneidad del servicio. En ese sentido, a lo largo de este artículo, revisaremos cuáles son las consecuencias del criterio elegido por el legislador, tanto respecto de las resoluciones que, a partir de dicha modificación emitirá el INDECOPI, como respecto a las relaciones entre proveedores y consumidores, específicamente en el caso de sobreventa en el sector aéreo; y finalmente, se analizará la necesidad de que el legislador determine expresamente su postura en controversias similares a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a los administrados.

⁵ Ello estaba establecido en la redacción anterior del Artículo 112° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁶ Esta postura puede comprobarse en el precedente de observancia obligatoria “Americamóvil vs. Sr. Torrealba” (Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI) y, en materia aeronáutica específicamente en la Resolución N° 3869-2014/SPC-INDECOPI referente a materia de Sobreventa de pasajes.

⁷ Artículo 108, inciso f:

Sin que la presente enumeración sea taxativa, pondrán fin al procedimiento administrativo la resolución de la autoridad administrativa que declara la improcedencia de la denuncia de parte en los siguientes supuestos: (...) f) Si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa denunciada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. Lo señalado no aplica en los casos que se haya puesto en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas o se trate de supuestos de discriminación

I. SOBRE LA IDONEIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO.

1.1. LA LÍNEA INTERPRETATIVA DEL INDECOPI RESPECTO A LA IDONEIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO PREVIA A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108° DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

En materia de transporte aéreo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI ha manifestado, de manera previa a la modificación del artículo 108 del Código de Consumo, una postura bastante clara sobre la idoneidad del servicio de transporte aéreo, señalando que la aplicación de los remedios establecidos en la Ley de Aeronáutica Civil y en la Decisión 619 de la CAN (que configuran garantías legales), no implican que luego de su otorgamiento el servicio se considere idóneo.

Mediante Resolución 3869-2014/SPC-INDECOPI, referida a la práctica del *Overbooking*, la Sala señaló que “un derecho básico de los consumidores es disfrutar del servicio ofrecido por los proveedores, por lo que el incumplimiento injustificado del mismo será considerado una infracción a las normas de protección al consumidor, salvo la existencia de un supuesto que configure la ruptura del nexo causal”. Así, a criterio de la Sala, el proveedor únicamente sería exonerado de responsabilidad en caso se presente alguna situación que rompa el nexo causal (por ejemplo, algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor), siendo en todos los demás casos, responsable el transportador aéreo por la falla presentada en el servicio, incluso aplicando los remedios establecidos en la norma sectorial.

Dicha postura, ha sido manifestada por los órganos resolutivos del INDECOPI en reiteradas resoluciones vinculadas al servicio de transporte aéreo, específicamente en materia de retrasos y cancelaciones, puesto que las garantías legales que son aplicables para los casos de *Overbooking*, también aplican para dichos supuestos, manteniéndose así el mismo criterio interpretativo. A modo de ejemplo, citamos la Resolución N°

1418-2010/SC2-INDECOPI, la cual versa sobre un caso de retraso de un vuelo, en la que se señaló lo siguiente:

“La Sala no cuestiona que la denunciada deba observar las disposiciones de la reglamentación citada; sin embargo, se entiende que ello deberá hacerse sin vulnerar el derecho de los consumidores. En consecuencia, el relevo de la tripulación por Duty cumplido se hará cuando corresponda según la reglamentación pertinente independientemente de su obligación de respetar los horarios de vuelo ofrecidos a los usuarios del servicio, esto es, garantizando el derecho de los consumidores a recibir un servicio idóneo, lo que incluye el derecho de recibir los servicios de transporte contratados en el horario en el que fueron ofrecidos, siendo de responsabilidad del proveedor, adoptar las medidas necesarias para que, frente a supuestos de Duty cumplido, los consumidores no resulten afectados por las medidas que deben ser adoptadas en cumplimiento de las regulaciones que pueden ser aplicables (...)”

Esta postura ha sido criticada tanto por las empresas de transporte aéreo como por personas pertenecientes al sector, quienes a diferencia del INDECOPI, sostienen la postura de que no es factible exigir a estos proveedores la prestación de un servicio infalible⁸, lo cual ha sido previsto por el legislador del sector aeronáutico tanto en la norma nacional (Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento) como en una norma supranacional (Decisión 619 de la CAN), al establecer los remedios que corresponderán a los consumidores afectados por las fallas en el servicio, lo cual permite al proveedor subsanar las fallas en su servicio y dan la posibilidad al consumidor de satisfacer finalmente las expectativas que tenía de la manera más idónea posible.

Este criterio, al parecer, ha sido adoptado por el legislador en materia de protección al consumidor, ya que con fecha 30 de diciembre de 2016, se publicó el Decreto Legislativo N° 1308, mediante el cual se realizaron modificaciones al Código de

⁸ Resolución Final No. 641-2009/CPC.

Consumo, dentro de la cuales se estableció en el Artículo 108.f que se declarará improcedente la denuncia si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa antes de la notificación de la imputación de cargos (dejando de considerarse como un atenuante a la sanción).⁹

Esta modificación, en mi opinión, plantea la interrogante sobre cómo deberá ser interpretada en adelante la idoneidad de los productos y servicios en el mercado, siendo que, al parecer, el legislador ha tenido la intención de dar fin a la controversia interpretativa respecto a los efectos de la subsanación, mediante, por ejemplo, la aplicación de las garantías legales establecidas en el sector aeronáutico. Así, en el presente trabajo analizaremos cuál podría ser el efecto de dicha modificación en las resoluciones concernientes a la materia de transporte aéreo, así como en el comportamiento de los transportistas aéreos frente a sus usuarios.

1.2. IMPLICANCIAS DEL CRITERIO INTERPRETATIVO ESTABLECIDO POR EL INDECOPI PREVIO A LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR PARA EL ANÁLISIS DE IDONEIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO.

El servicio de transporte aéreo en nuestro país está regulado principalmente por la Ley de Aeronáutica Civil del Perú y su Reglamento y por la Decisión 619 de la CAN¹⁰. En dichas normas, además de haberse establecido obligaciones y características con las que debe cumplir dicho servicio a nivel técnico, operacional y de seguridad, se han detallado los remedios que corresponden a los pasajeros que no pudieron ver satisfecho

⁹ Artículo 108, inciso f:

Sin que la presente enumeración sea taxativa, pondrán fin al procedimiento administrativo la resolución de la autoridad administrativa que declara la improcedencia de la denuncia de parte en los siguientes supuestos: (...) f) Si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa denunciada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. Lo señalado no aplica en los casos que se haya puesto en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas o se trate de supuestos de discriminación

¹⁰ Es importante tomar en cuenta que existe otra normativa internacional aplicable. Sin embargo, siendo que el presente trabajo se centra en los casos de sobrerreserva, estas normas, al no ser aplicables, no serán analizadas.

su deseo de viajar a pesar de haber adquirido un boleto aéreo y de haber cumplido con los requisitos necesarios para poder efectuar el viaje como consecuencia de retrasos, cancelaciones o denegatoria de embarque a causa de la sobreventa.

Así, por un lado, la Ley de Aeronáutica Civil, en su Artículo 125.3 establece como remedios ante casos de retrasos, cancelaciones o denegatoria de embarque a causa de sobreventa, las siguientes obligaciones a cargo de las aerolíneas:

“125.3. (...)

- a) Al reembolso inmediato de la parte proporcional al precio del pasaje, según corresponda, o
- b) Al pago de gastos ordinarios de alojamiento, alimentación, comunicaciones y desplazamientos necesarios, cuando opte por realizar el transporte en el primer vuelo disponible por cuenta del transportador responsable, incluso por otro transportador.”

Dicha norma, en conjunto con los Artículos 8 y 11 de la Decisión 619 de la CAN¹¹, tomando en cuenta la prevalencia de la norma comunitaria sobre la norma peruana, establecen las siguientes obligaciones a los transportadores aéreos en dichos supuestos:

¹¹ Artículo 8.- Derecho a compensación.-

(...)

a) Retraso. (...):

- Cuando el retraso sea mayor de dos (2) horas e inferior a cuatro (4), se suministrará al pasajero un refrigerio y una comunicación gratuita por el medio más idóneo, equivalente a una llamada telefónica que no exceda de tres (3) minutos, al lugar de elección del pasajero;

- Cuando el retraso sea superior a cuatro (4) horas e inferior a seis (6), además de lo anterior, se deberá proporcionar al pasajero, alimentos (desayuno, almuerzo o comida, según la hora); y,

- Cuando el retraso sea superior a seis (6) horas, además de lo anterior, el transportista deberá compensar al pasajero conforme a lo establecido en el literal e) de este numeral. En este caso, el transportista aéreo deberá, adicionalmente, proporcionarle hospedaje en los casos en que sea necesario pernoctar, gastos de traslado, o el reembolso (inmediato de no estar en su lugar de residencia habitual), a elección del pasajero, a menos que el pasajero acepte voluntariamente prolongar la espera cuando sea previsible que el vuelo se vaya a efectuar dentro de un plazo razonable.

b) Interrupción del transporte. En los casos de interrupción del transporte, si el pasajero no opta por la devolución de la parte proporcional del precio correspondiente al tramo no cubierto, se le compensará la demora sufrida hasta la reanudación del viaje, conforme a lo indicado en el literal a) precedente según corresponda.

c) Cancelación. En los casos que el transportista aéreo decida cancelar el vuelo teniendo el pasajero reserva confirmada, sin que se le hubiese reintegrado el valor neto del boleto ni se le hubiese conseguido vuelo sustitutivo para el mismo día, se le sufragarán los gastos de hospedaje en los que sea necesario pernoctar y de traslado. Además, si se presenta demora antes de la cancelación del vuelo, el usuario recibirá las compensaciones previstas en el literal a) precedente, según corresponda.

Compensación aplicable en todos los casos	Espera de 2 a 4 horas por el nuevo vuelo	Espera de 4 a 6 horas por el nuevo vuelo	Espera mayor a 6 horas por el nuevo vuelo	De no aceptar ninguna compensación
Viaje en el siguiente vuelo con espacios disponibles en la misma fecha y ruta. De lo contrario deberá viajar en otra aerolínea a la brevedad posible. Sólo en caso de sobreventa: compensación del 25% del trayecto.	Refrigerio y comunicación (no mayor de 3 minutos)	Alimentos dependiendo del horario (desayuno, almuerzo o cena)	Compensación del 25% del trayecto en cualquier forma aceptada + hospedaje + gastos de traslado.	Reembolso proporcional a la parte no volada máximo en los 5 días hábiles desde el hecho, en el lugar señalado por el usuario.

(elaboración propia)

Estos remedios desarrollados en las líneas anteriores son conocidos en materia de protección al consumidor como “garantías legales”, las cuales, como hemos señalado previamente están reguladas en el Artículo 20 del Código de Consumo y consisten en aquellos mandatos legales o regulaciones vigentes que son exigibles al momento de comercializar un producto o prestar un servicio, ante los cuales no se puede pactar en contrario y que servirán para determinar la idoneidad de un producto.

d) Sobreventa. Si el embarque es denegado por sobreventa, teniendo el usuario reserva confirmada y habiéndose presentado oportunamente en el aeropuerto, el transportista aéreo deberá proporcionar el viaje del usuario a su destino final en el siguiente vuelo que cuente con espacio disponible de la propia aerolínea, en la misma fecha y ruta. En caso de no disponer de vuelo, el transportista aéreo deberá hacer las gestiones necesarias por su cuenta, para el embarque del usuario en otro transportista aéreo en la mayor brevedad posible.

e) Compensación adicional. El transportista aéreo deberá compensar al pasajero con una suma mínima equivalente al 25% del valor del trayecto incumplido, pagadera en efectivo o en cualquier otra forma aceptada por el pasajero, como billetes en las rutas del transportista aéreo, bonos para adquisición de billetes, reconocimiento de millas, etc., en los siguientes casos:

- Sobreventa, si no media acuerdo directo con el usuario por el cual éste acepte no viajar voluntariamente en el vuelo previsto.

- Demora superior a seis (6) horas de la hora programada, por causas imputables al transportista aéreo.

(...)

Artículo 11.- Derecho al reembolso por causas imputables al transportista.- Los transportistas aéreos reembolsarán a los usuarios el costo pagado del billete en la parte proporcional del viaje no efectuada; o la totalidad de lo pagado por el billete si el vuelo ya no tiene razón de ser en relación con el plan de viaje inicial del usuario, caso en el cual deberá proporcionar un vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible. El referido reembolso se efectuará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al hecho en el lugar señalado por el usuario.

Al respecto, los autores Pierino Stucchi y Jose Antonio Bezada, han precisado que “(...) la afectación del derecho a la idoneidad que corresponde a todo consumidor se materializa en caso un proveedor le suministre productos o servicio que no cumplan con las normas que regulan su comercialización.” (STUCCHI 2014: 3). En dicha línea, podemos arribar a una primera conclusión al señalar que el cumplimiento de las garantías establecidas en la normativa aeronáutica ante los casos de retrasos, cancelaciones y denegatoria de embarque por *Overbooking* configurará (a pesar de haberse presentado una falla inicial) la idoneidad del servicio. Ello, ya que dichas conductas no han sido tipificadas como infracciones administrativas, sino que, por el contrario, el legislador ha previsto que, por la naturaleza de dicha industria, es posible que se presenten fallas o interrupciones de esta naturaleza en el servicio, de modo que, en caso ello sucediera, bastará con brindar al usuario los remedios que las normas aeronáuticas le han garantizado.

No obstante lo anterior, en años anteriores a la modificación del Artículo 108 del Código de Consumo, el INDECOPI manifestó una postura bastante firme respecto a la naturaleza de las garantías legales establecidas en las normas correspondientes al servicio de transporte aéreo. Así, una de las resoluciones más relevantes en la materia fue la Resolución Final N° 3869-2014/SPC-INDECOPI, concerniente a denegatorias de embarque a causa de *Overbooking* que había realizado la empresa LAN PERU S.A. en los años 2012 y 2013. En dicha Resolución, que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, la Sala determinó que

“(…) una infracción al deber de idoneidad, materializada en la denegatoria de abordaje de un pasajero que cuenta con un boleto emitido y un espacio confirmado, ocasionando la pérdida de un vuelo inicialmente contratado, es una infracción que debe ser sancionada por parte de la autoridad de consumo (...) **la infracción está configurada al momento en que se vulneran las expectativas de los consumidores al no permitirles abordar su vuelo, sin mediar un hecho fortuito o de fuerza mayor que justifique ello.**” (resaltado propio)

Tomando en cuenta lo anterior, podemos identificar que la Sala ha venido realizando un análisis bastante limitado de la idoneidad del servicio de transporte aéreo, concentrándose únicamente en determinar si hubo o no una falla en la prestación del servicio y sin tomar en consideración de aplicación de las garantías legales que el legislador ha previsto. De este modo, a pesar de que las aerolíneas cumplieran con otorgar los remedios desarrollados previamente, el simple hecho de haberse presentado la interrupción o retraso del servicio, las hacía pasibles de una sanción administrativa reflejada en una multa.

Ahora bien, es importante tomar en consideración que, al momento de emitirse el pronunciamiento desarrollado, se encontraba vigente el criterio del conocido caso “Americamovil vs. Sr. Torrealba”¹² mediante el cual se estableció que

“(…) los remedios jurídicos -reparación, reposición y devolución del dinero- que los proveedores ofrezcan en el mercado, en caso que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido, constituyen únicamente soluciones residuales ante una infracción al deber de idoneidad que ya se ha consumado”.

Incluso, en el voto singular del vocal Hernando Montoya Alberti en esa misma resolución apreciamos vemos que se hace alusión a que dichas conductas que subsanan la falla en la que incurrió el proveedor deberán ser un factor a tomar en cuenta al momento de graduar la sanción, de modo que:

“(…) asegura al aplicador de la norma, la posibilidad de evaluar la idoneidad de manera intrínseca en un correlato del bien y la finalidad para la cual existe en el mercado, sin perder de vista y poder utilizar el comportamiento leal y de buena fe del proveedor que corrige o sustituye el bien defectuoso, o incluso deja sin efecto la operación de consumo, como un elemento de la graduación de la sanción (…)”

¹² Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI

Así, podemos establecer claramente que, de manera previa a la modificación del Artículo 108 del Código de Consumo, según la interpretación realizada por el INDECOPI, todas aquellas empresas de transporte aéreo que incurrieran en alguna falla en su servicio, relacionada a retrasos, cancelaciones o denegatoria de embarque por sobreventa, habrían incurrido en una infracción al deber de idoneidad, sin importar si las mismas otorgaron a los usuarios las garantías legales establecidas en la normativa aeronáutica, es decir, si subsanaron dicha falla, lo cual únicamente serviría como un atenuante de la sanción a imponérseles.

1.3. NATURALEZA DE LOS REMEDIOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA AERONÁUTICA A CONSECUENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Tal como fue mencionado en líneas anteriores, con fecha con fecha 30 de diciembre de 2016 se publicó el Decreto Legislativo 1308, mediante el cual se realizaron modificaciones a los Artículos 108 y 112 del Código de Consumo. Así, mediante el Artículo 108 se determinó que se declarará improcedente la denuncia si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa antes de la notificación de la imputación de cargos y, en consecuencia, se eliminó del Artículo 112 dicha acción como atenuante de la sanción.

Un primer paso entonces será comprender claramente en qué consiste subsanar una falla advertida en la prestación de un servicio o en un producto. Al respecto, la Real Academia de la Lengua Española, define el verbo transitivo “subsanar” como “reparar o remediar un daño” o “resarcir un daño”, lo cual implicaría que, en todos los casos para poder realizar una subsanación de un servicio o producto, previamente debe haberse generado un daño al usuario que lo contrató. Asimismo, siguiendo a Valverde este resarcimiento o reparación no solo deberá contemplar la cesación de la conducta indebida sino que también deberá revertir los efectos generados a consecuencia del

daño, componiéndose así de dos fases: (i) cese de la conducta y (ii) reversión de los efectos del daño (VALVERDE 2017).

Siguiendo en dicha línea, al analizar las garantías legales establecidas en la normativa aeronáutica, vemos que el legislador las ha establecido precisamente para determinar cómo se deberá subsanar las fallas presentadas en el servicio de transporte aéreo en los casos de retrasos, cancelaciones y denegatoria de embarque por *Overbooking*. Con lo cual, siendo que serán aplicables netamente con una finalidad subsanatoria, podemos determinar que el cumplimiento de dichas garantías ya no generará que se impute una infracción al deber de idoneidad y por lo tanto, las aerolíneas ya no serán acreedoras de multas. Ello, además se ve reforzado con el hecho que estas garantías, según lo establecido en las normas mencionadas, son de aplicación inmediatamente posterior a la falla en el servicio, con lo cual se caería en el supuesto exacto del nuevo Artículo 108° de Código de Consumo, al cumplirse de manera previa a la imputación de cargos.

Así, esta modificación, en mi opinión, tiene un impacto profundo en la concepción de los elementos a tomar en cuenta para determinar la idoneidad de un servicio, lo cual está obligando a los órganos resolutivos del INDECOPI a modificar los criterios anteriores en esta materia¹³. Ello, ya que, en primer lugar, la subsanación de las fallas presentadas en el servicio ya no implicarán una atenuación de la sanción, sino que por el contrario, configurará una causal de exoneración de responsabilidad¹⁴; y, en segundo lugar, permite una interpretación de la aplicación de las garantías legales establecidas en la normativa aeronáutica en la que se las toma en cuenta como un factor determinar si el servicio es idóneo o no.

¹³ Posteriormente, revisaremos los nuevos pronunciamientos del INDECOPI de acuerdo al nuevo Artículo 108 del Código de Consumo.

¹⁴ De manera previa a la modificación del Artículo 108, a criterio de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, la exoneración de responsabilidad únicamente podía darse cuando se presentaba una ruptura del nexo causal.

II. SOBRE EL IMPACTO DE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO.

2.1. ASPECTOS POSITIVOS DE LA MODIFICACIÓN: UN INCENTIVO PARA EL CUMPLIMIENTO DE GARANTÍAS LEGALES POR PARTE DE LOS TRANSPORTISTAS AÉREOS Y PARA EL OFRECIMIENTO DE MAYORES GARANTÍAS EXPLÍCITAS A SUS USUARIOS.

La modificación del Artículo 108 del Código de Consumo, evidentemente, implica un cambio positivo para las empresas de transporte aéreo, en tanto que, al presentarse alguna falla en su servicio por motivos de retrasos, cancelaciones o denegatoria de embarque por sobreventa, bastará el cumplimiento de las garantías legales establecidas en la Ley Aeronáutica Civil y en la Decisión 619 de la CAN para que sean eximidos de responsabilidad. Ello implica que en caso un consumidor denuncie, por ejemplo, una infracción al deber de idoneidad por haberse sobrevendido su vuelo, pero aerolínea ha cumplido con otorgar las garantías legales, el INDECOPI declarará improcedente la denuncia, de modo que la empresa se ahorrará los costos en tiempo y dinero que implicaría el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador.

No obstante, bajo el criterio del legislador, no sólo los proveedores se ven beneficiados con esta nueva disposición, lo cual es explicado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1308, en la cual se señala que:

“(…)

La posibilidad de que las denuncias sean declaradas improcedentes en aquellos supuestos en que los proveedores subsanen o corrijan la conducta antes de la notificación con la imputación de cargos, busca incentivar mecanismos de autocomposición entre las partes, situación que beneficiará al consumidor pues **obtendrá una solución directa y efectiva a su controversia sin incurrir en mayores costos** (…)

En este escenario, **se busca también que no se active el aparato estatal para emitir un pronunciamiento respecto de una controversia que ha sido solucionada por las partes de común acuerdo** y la autoridad administrativa podrá continuar enfocando sus recursos en la tramitación célere de los procedimientos a su cargo, circunstancia que ha sido recogida por el artículo 236 A de la LPAG, modificada recientemente por el Decreto Legislativo 1272, como una **casual eximente de responsabilidad para el proveedor.**” (Resaltado propio)

Así, podemos ver que esta modificación, parte del criterio que el hecho que los proveedores otorguen una solución inmediata a los consumidores es más beneficioso para estos últimos que el iniciar un procedimiento administrativo sancionador que luego de cumplir con todas sus instancias, incluso puede ser elevado a un proceso judicial contencioso administrativo. Asimismo, se considera que ello implica un beneficio para la colectividad al permitir a la administración concentrarse en procedimientos que realmente requieran de su protección.

En esa misma línea, y coincidiendo con el criterio del legislador, autores como Rejanovinschi han manifestado que la finalidad de impulsar las formas autocompositivas de solución de controversias (tal como lo es la subsanación del defecto en el producto o servicio brindado) contribuyen a brindar de manera célere la conclusión del conflicto presentado entre proveedor y consumidor, lo cual ahorra esfuerzos en tiempo y dinero para ambas partes (2017: 285-287).

Por otro lado, esta modificación genera un incentivo a los transportistas aéreos para otorgar a los consumidores una solución al problema presentado (que además deberá ser lo más rápida posible, según la regulación aeronáutica), ya que con ello lograrán evitar el inicio de un procedimiento ante el INDECOPI, que además de implicar gastos para la compañía, podría concluir en la imposición de una multa.

Lo anterior, no sucedía de manera previa a la modificación del Artículo 108 (y otros que se modificaron en ese mismo sentido) ya que la Sala de Protección al Consumidor estableció como criterio que pese a que el consumidor estuviera satisfecho con la transacción, la solución propuesta o decidiera retirar su denuncia, el procedimiento sancionador debía continuar, siendo así, que se tenía como resultado procesos más largos, proveedores sin incentivos para reconocer sus culpas ni compensar a sus clientes, y también, consumidores sin poder de decisión (CALDERÓN 2017). Incluso, en materia de transporte aéreo, los proveedores eran multados a pesar de haber brindado el servicio de acuerdo a las garantías legales existentes; es decir, a pesar de que el consumidor hubiese viajado finalmente a su destino final luego de la falla presentada.

Con esta modificación, los transportistas aéreos, que ya tienen establecidas garantías legales en su normativa sectorial, harán mayores esfuerzos por (i) hacer que los usuarios conozcan las garantías que les corresponden en casos de retrasos, cancelaciones y denegatoria de embarque por sobreventa, y (ii) cumplir efectivamente con la prestación de dichas garantías para evitar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y una eventual multa.

Estos beneficios, han sido comprobados en un estudio realizado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI respecto a las formas de conclusión anticipada de los procedimientos, en el cual se señala que las modificaciones realizadas al Código de Consumo mediante el Decreto Legislativo 1308 son un incentivo para que los proveedores y consumidores lleguen a acuerdos, ya que los proveedores tienen mayor certeza e incentivos para negociar y solucionar conflictos, siendo que en el año 2017 las conclusiones anticipadas se incrementaron en un 100% en primera instancia y en un 200% en segunda instancia. Dichas estadísticas demuestran que hay una real intención por parte de los proveedores y consumidores de llegar a un acuerdo y satisfacer sus intereses y de no exponerse a procedimientos y procesos largos y engorrosos (INDECOPI 2018: 12).¹⁵

¹⁵ Si bien es cierto, en el trabajo citado no se hace referencia a la modificación del Artículo 108° del Código de Consumo, debe tomarse en consideración que las formas de conclusión anticipada de los procedimientos

En ese sentido, si bien a la fecha no existe un análisis sectorial sobre los beneficios que esta modificación ha traído para las partes involucradas en el servicio de transporte aéreo, sí es posible determinar que, en términos generales, la medida ha sido positiva tanto para los administrados como para la administración y que ha sido bien acogida por los mismos.

2.2. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA MODIFICACIÓN: LOS CONSUMIDORES QUE QUEDAN DESPROTEGIDOS AL REALIZARSE UNA APARENTE SUBSANACIÓN DEL SERVICIO Y LOS RECURSOS ALTERNATIVOS QUE TIENEN DICHOS CONSUMIDORES.

No obstante lo señalado previamente, hay quienes consideran que esta modificación, junto con el resto de las vinculadas a la autocomposición de los procedimientos, tiene un impacto negativo para los consumidores en tanto que únicamente genera que se aplase la atención que merecía el consumidor o que el mismo nunca vea sus intereses realmente atendidos. Ello, ya que el INDECOPI siempre conduce a los consumidores a acudir a las instancias previas antes de denunciar, que podrán ser: activando al área de Atención al Cliente del proveedor, presentando un reclamo en el Libro de Reclamaciones y activando al Servicio de Atención al Ciudadano del INDECOPI, con lo cual la empresa ya habría tenido tres oportunidades para subsanar o llegar a un acuerdo con el consumidor, de modo que, la modificación del Artículo 108 no conllevaría las eficiencias¹⁶ argumentadas respecto de consumidores (ALVIAR 2017).

Sin embargo, este argumento no es del todo cierto, ya que las instancias señaladas no deben seguirse en el orden de prelación mencionado; por el contrario, el consumidor puede decidir cuál de ellas activar, e incluso tiene la facultad de presentar directamente una denuncia ante el INDECOPI, siendo así que no en todos los casos el proveedor

tienen la misma finalidad que el hecho de permitir la subsanación del defecto en el servicio, que será buscar e incentivar la autocomposición de las partes, dejando que prime su voluntad.

¹⁶ En costos de tiempo y dinero para ver satisfechos sus intereses, según lo desarrollado en el acápite anterior.

tiene la oportunidad de subsanar el defecto en su producto o servicio. Además, como fue señalado previamente, deberá tomarse en cuenta que, si el consumidor aceptó las acciones del transportista aéreo para subsanar el defecto, será por una evidente voluntad propia de continuar con la relación de consumo; en cambio, si decidiera rechazarla y pedir en cambio la devolución del dinero, no estaríamos ante un caso de subsanación y, por ende, el INDECOPI procedería con la evaluación del caso.

En ese sentido, en materia de transporte aéreo, el hecho de contar con remedios establecidos expresamente en la normativa sectorial, que subsanan las fallas presentadas en casos de retrasos, cancelaciones y sobreventas, facilitará al Órgano Resolutivo el análisis de los supuestos en los que el proveedor argumente una subsanación de la falla en el servicio, más aún porque dicha normativa exige su otorgamiento de manera inmediata. Sin embargo, a la fecha no habido ningún pronunciamiento o línea interpretativa manifestada por el INDECOPI, con lo cual, en aquellos casos en que no se cuente con una normativa tan explícita como la aeronáutica, existirá la posibilidad de una inadecuada interpretación del caso y en consecuencia una falta de tutela a los consumidores afectados.

Asimismo, este problema de interpretación y, en consecuencia, de falta de tutela, se presentará en situaciones especiales en que puede considerarse que será imposible la subsanación del servicio de transporte aéreo, cuando el motivo del viaje que tenía el usuario se ha perdido. Lo anterior, por ejemplo, sucede cuando el consumidor desea llegar a un evento determinado como un concierto, una boda o un vuelo adquirido con otra aerolínea que le permitirá realizar una conexión y llegar a otro destino, de modo que el otorgamiento de los remedios no implicará una subsanación del servicio, ya que el perjuicio a los intereses del usuario ya se ha concretado.

Sin embargo, es posible plantear una solución ante situaciones difíciles como las mencionadas previamente. El autor Rejanovinschi considera que, al realizarse el análisis de una denuncia, será necesario que la autoridad, antes de resolver, constate la información que puede ofrecer el proveedor en su contestación, con la denuncia del

consumidor y determine si aplica la causal de improcedencia o no. En ese sentido, el autor considera que el rechazo de la denuncia no deberá ser liminar ya que se deberá tener presente el principio *pro actione* o “pro consumidor” en todos los procedimientos iniciados ante el INDECOPI en materia de protección al consumidor (2017: 288), manteniendo así la tutela de los consumidores que se puedan encontrar en situaciones como las antes mencionadas.

En mi opinión, lo precisado por el autor es acertado, ya que en algunos casos el cumplimiento de los remedios establecidos en la normativa aeronáutica será la solución más idónea para los usuarios que se vieron afectados por la falla en el servicio; sin embargo, para otros, ello no implicará una subsanación del servicio ya que el mismo habría perdido razón de ser, es decir, ya no habría un interés por parte del consumidor en continuar la relación de consumo. En dichos casos, considero que el INDECOPI deberá evaluar si el consumidor, aceptó la prestación de los remedios o no, ya que dependiendo de ello podemos ver si efectivamente hubo una subsanación. Así, en los casos en que el usuario considere que su viaje ha perdido relevancia y por ende únicamente acepte la devolución del dinero pagado, no podremos hablar de una subsanación ya que no habría una reversión del daño (como vimos en la definición de lo que implica subsanar) y así, no podrá declararse improcedente la denuncia.

Así, en mi opinión, esta modificación sí implica cambios positivos frente a los administrados y la administración misma, siendo eficiente en costos y tiempos, siendo que, en los casos *ad hoc* que se presenten ante el INDECOPI, sus órganos resolutivos deberán resolver tomando en cuenta todas las aristas del caso para determinar si hay una subsanación o no y basándose en el principio “pro consumidor” tomando en cuenta la naturaleza y finalidad de la institución.

III. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LEGISLADOR PARA DAR FIN A CONTROVERSIAS INTERPRETATIVAS QUE GENERAN INSEGURIDAD JURÍDICA.

3.1. EFECTOS DE LOS CAMBIOS DE CONFORMACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, CON MOTIVO DE LAS TENDENCIAS IDEOLÓGICAS DE SUS MIEMBROS

La conformación de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala), varía cada cinco años, teniendo, una vez cumplido este periodo, nuevos miembros que resolverán los casos que lleguen a dichas instancias en función a sus criterios ideológicos, experiencias personales, entre otros factores que generan que los pronunciamientos vayan variando con el paso del tiempo.

Un claro ejemplo de lo anterior, es la conocida controversia entre los estándares bajo los cuales debe medirse los actos de los consumidores entre los autores Bullard y Duran, ambos ex presidentes de la Sala. Por un lado, Bullard considera que debemos basarnos en un estándar de “consumidor razonable”, en el cual se exigirá al consumidor actuar con diligencia en función a la información que reciba respecto del producto o servicio, el contexto en que lo adquiera, las garantías ofrecidas, entre otros factores (2010: 13); por otro lado, Durand considera que dicho estándar no se condice con la realidad de nuestro país, donde exigir dicha diligencia implica dejar desprotegidos y exigir un costo muy alto a consumidores que no tienen la capacidad de comprender toda esta información, con lo cual deberíamos basarnos en un estándar de “consumidor medio” atendiendo al comportamiento usual del mismo en el Perú (2008: 329). Así, durante su pertenencia a la Sala, ambos aplicaron los criterios que consideraban adecuados al momento de resolver, que no necesariamente hubiesen concluido en el mismo sentido si hubiesen sido analizadas por el otro.

Del mismo modo, respecto a la subsanación de las fallas en los productos o servicios, los órganos resolutivos del INDECOPI han tenido posiciones distintas sobre sus efectos sobre la determinación de la idoneidad. En un primer momento, la Sala consideró en

los casos *Tori vs. Kourus* (Resolución N° 085-96-TDC) e *Hiraoka vs. Bocanegra* (Resolución N° 221-2012/SC2-INDECOPI) que la idoneidad de un servicio debía medirse tomando en cuenta las garantías aplicables y vinculadas a la adquisición del producto o servicio y que, en caso se presentara una falla o defecto, la reparación del mismo generaría que nos encontremos nuevamente ante la idoneidad del mismo. Sin embargo, años más tarde, nuevos vocales del INDECOPI, cambiaron el criterio en el precedente de observancia obligatoria *Americamovil vs Sr. Torrealba* (Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI), señalando que la subsanación no dará lugar a determinar la idoneidad del producto o servicio, sino que únicamente servirá como atenuante de la sanción aplicable al proveedor; criterio que, como fue mencionado previamente, ha sido utilizado en los últimos años para resolver los casos concernientes a materia de transporte aéreo, de modo que la aplicación de los remedios establecidos en la Decisión 619 de la CAN, únicamente servían como atenuantes de la sanción.

Estas variaciones de criterio, evidentemente, generaban un impacto sobre los administrados, quienes no tenían predictibilidad sobre las consecuencias de las acciones que tomen para solucionar las fallas o defectos que se presentaran en la prestación de su servicio. Incluso, en materia de transporte aéreo, cumpliendo con los remedios que las mismas normas establecen (los cuales cuentan con calidad de garantías legales), no tenían certeza sobre la interpretación que se realizaría de los mismos y por ende sobre si aplicaría o no una multa.

Lo anterior, evidentemente afecta el Principio de Predictibilidad que debe regir en los procedimientos administrativos, el cual señala que:

“1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.-

(...)

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.”

Ello, en tanto que, específicamente en materia de transporte aéreo, los proveedores venían actuando en función a normas que, reconociendo e identificando las falencias que pueden presentarse en esta industria, les imponen soluciones que reparen los perjuicios generados a los consumidores y, también, a líneas interpretativas en las que se señalaba que el cumplimiento de garantías legales subsanatorias, implicaba volver al parámetro de idoneidad. Sin embargo, a pesar de cumplir con otorgar dichos remedios, a partir de los nuevos criterios interpretativos, las empresas de transporte aéreo eran sancionadas, imponiéndose con esta nueva tendencia un parámetro de calidad sobre los transportadores aéreos, al obligarlos a brindar un servicio perfecto.

Así, si bien no se discute la facultad de los órganos resolutivos de cambiar de criterio debido a nuevas tendencias, más información o nuevas experiencias, es importante identificar que dichos cambios de criterio pueden generar efectos lesivos para los administrados tanto respecto de la predictibilidad como de la autonomía de las partes, quienes en casos como el presente, pierden la posibilidad de llegar a una solución sin la intervención de la administración.

3.2. SOBRE LOS EFECTOS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL LEGISLADOR QUE DA FIN A LA CONTROVERSIA INTERPRETATIVA EN MATERIA DE IDONEIDAD EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE AÉREO.

En línea con lo señalado previamente, es evidente que la modificación del Artículo 108.f del Código de Consumo, pone fin a la discusión sobre la naturaleza de las acciones realizadas por los proveedores para subsanar las fallas en sus productos o servicios, dando mayor seguridad jurídica y predictibilidad a los administrados sobre el sentido de la resolución de la controversia. Asimismo, en servicio de transporte aéreo, implica un cambio de criterio sobre la naturaleza de los remedios establecidos

en la Decisión 619 de la CAN, siendo así que los proveedores que cumplan con subsanar los retrasos, cancelaciones u sobreventas con dichos remedios, ya no serán acreedores de sanciones.

A la fecha, los órganos resolutivos del INDECOPI de han pronunciado en materia de transporte aéreo, declarando improcedentes los casos en que se ha subsanado las fallas en el servicio¹⁷. Sin embargo, lamentablemente no ha sido posible identificar resoluciones en las que se hayan pronunciado sobre materia de retrasos, cancelaciones o sobreventa y en las que se haya identificado el esperado cambio de criterio que corresponderá efectuar para estos supuestos.

Como fue mencionado previamente, gracias a la existencia de estos remedios, que configuran garantías legales, será fácil para los órganos resolutivos determinar cuándo nos encontramos ante la subsanación de un servicio. Así, el establecimiento de garantías, podría ser de utilidad para industrias que tengan naturaleza similar en la prestación del servicio de modo que se establezcan parámetros en los cuales el consumidor podrá aceptar o rechazar los actos del proveedor con finalidad de subsanar la falla, lo cual permitiría establecer con mayor claridad cuándo deberá continuarse el procedimiento y cuando declararse improcedente. Por ejemplo, podría aplicarse esta metodología en sectores como el cinematográfico o el teatro, donde el consumidor podrá tener la posibilidad de optar por un horario o fecha cercana a la originalmente pactada.

Lo anterior, tomando en cuenta al momento de analizar cada caso, el principio “pro consumidor”, lo cual implicará no solo basarse en las garantías establecidas, sino en el tiempo transcurrido desde la afectación al consumidor, en comprender cuál era el interés del consumidor y si el perjuicio a este, aún sigue siendo subsanable.

¹⁷ Revisar las Resoluciones N° 1205-2018/PS1 y N° 437-2018/PS1.

CONCLUSIONES

La modificación del Artículo 108.f del Código de Consumo, genera un impacto que modifica la línea interpretativa de los órganos resolutivos del INDECOPI respecto a la idoneidad del servicio de transporte aéreo, en tanto que a partir de dicha modificación, el otorgamiento de los remedios establecidos en la Decisión 619 de la CAN a los consumidores afectados, implicará un eximente de responsabilidad del proveedor respecto de los perjuicios que se podrían haber generado a dichos consumidores.

Ello, demuestra la intención del INDECOPI de dejar una postura paternalista, en la cual no se permitía a los administrados resolver las controversias con sus propias herramientas y que los llevaba a participar de procedimientos largos con mayores costos involucrados, para pasar a una etapa en donde, si bien el INDECOPI mantendrá su finalidad protectora de los consumidores, las partes tendrán la posibilidad de negociar y dar fin a los incidentes presentados de manera célere, menos costosa y con mayores beneficios para los involucrados.

En mi opinión, esta modificación genera un impacto positivo que dará lugar a reducir la carga procesal del INDECOPI, permitiendo que los recursos del mismo se orienten a casos en los que realmente los administrados no puedan solucionar sus controversias. Asimismo, al otorgar mayor seguridad jurídica y predictibilidad, impulsará a los proveedores de transporte aéreo a cumplir con las garantías legales establecidas en la normativa aeronáutica, y, respecto de otras industrias, será un incentivo para establecer garantías expresas de naturaleza subsanatoria que permitan a los órganos resolutivos determinar cuándo corresponde declarar la improcedencia de una denuncia.

Finalmente, hemos podido determinar que no obstante el evidente efecto positivo de esta modificación para los administrados, será importante que al momento de resolver se mantenga presente el principio “pro consumidor”, analizando antes de declarar liminarmente la improcedencia, el tiempo transcurrido desde la afectación al consumidor, cuál era el interés afectado y si el perjuicio aún sigue siendo subsanable.

BIBLIOGRAFÍA

ALVIAR ZEVALLOS, Andres.

2017 *Todo por la inversión cambios en Indecopi benefician más a empresas que a consumidores.*

En:

<http://elgranangular.com/blog/reportaje/todo-por-la-inversion-cambios-en-indecopi-benefician-mas-a-empresas-que-a-consumidores/> (última revisión: 08 de noviembre de 2018)

BULLARD, Alfredo

2010 *¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario.* En: Revista de la competencia y la Propiedad Intelectual. Lima, año 6, número 10, p.5.

CALDERÓN, Andrés.

2017 *El Cliente tiene la Razón.* En: <http://modernaradiopapa.com.pe/2017/01/09/el-cliente-tiene-la-razon-por-andres-calderon/> (última revisión: 08 de noviembre de 2018).

DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel.

2012 *La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del Consumidor.* En: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3214> (última revisión: 08 de noviembre de 2018)

DURAND CARRIÓN, Julio

2008 *El Consumidor Razonable o Diligente, el Mito que Puede Crear un Cisma entre los Peruanos.* En: Derecho & Sociedad Asociación Civil. Lima: 2008, año XIIX, número 31, p. 327.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1308.

VALVERDE, Giampier

2017 *Breves comentarios a propósito de la aplicación de la subsanación voluntaria consagrada en el artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272*. En:

<http://ius360.com/sin-categoria/breves-comentarios-a-proposito-de-la-aplicacion-de-la-subsanacion-voluntaria-consagrada-en-el-articulo-236-a-del-decreto-legislativo-n-1272/> (última revisión: 08 de noviembre de 2018).

REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés.

2017 *Protección al consumidor y propuesta Estatal en autorregulación privada y procedimientos administrativos: una aproximación inicial*. Revista IUS ET VERITAS, Edición: 54, Lima. p. 272.

STUCCHI Pierino y Jose Antonio BEZADA ALENCASTRE.

2014 *Las garantías legales, explícitas e implícitas: derecho a la idoneidad de los consumidores*. En:

https://works.bepress.com/pierino_stucchi/12/ (última revisión: 08 de noviembre de 2018)

RESOLUCIONES DE INDECOPI

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2009 *Expediente N° 2406-2008/CPC*. Resolución No. 641-2009/CPC: 04 de marzo de 2009. Consulta: 30 de noviembre de 2018

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/proteccion-consumidor.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1997 *Expediente N° 327-96-C.P.C.* Resolución N° 102-97-TDC: 25 de abril de 1991. Consulta: 30 de noviembre de 2018

https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165388/pres_Res_0102-1997-TDC.pdf/c1967881-41bc-4e0a-9d9d-b52fb859a8f7

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2012 *Expediente N° 501-2011/ILN-PS0*. Resolución N° 221-2012/SC2-INDECOPI: 19 de julio de 2012.

Consulta: 30 de noviembre de 2018

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2013 *Expediente N° 1343-2011/PS3*. Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI: 25 de abril de 2013.

Consulta: 30 de noviembre de 2018.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2014 *Expediente N° 612-2013/ILN-CPC*. Resolución No. 3869-2014/ILN-CPC: 12 de noviembre de 2014. Consulta: 30 de noviembre de 2018

<http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/Res-noticia2.pdf>