

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA, N°1356-
2004/CPC, E-504, PROCEDIMIENTO INICIADO POR LA COMISIÓN DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI CONTRA UNITED
DISCO S.A (DISCOTECA AURA)

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

Gabriela Lucía Gutierrez Peña

REVISOR:
Díaz Colchado, Juan Carlos

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Juan Carlos Díaz Colchado**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA, N°1356-2004/CPC, E-504, PROCEDIMIENTO INICIADO POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI CONTRA UNITED DISCO S.A (DISCOTECA AURA)

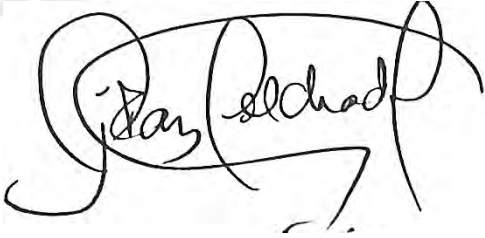
De la autora:

Gabriela Luca Gutiérrez Peña

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **34 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **4/11/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 5 de noviembre de 2025**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Díaz Colchado, Juan Carlos	
DNI: 41168411	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5602-7673	

DEDICATORIA

A Dios, por otorgarme el milagro de la vida y permitirme realizar tantos sueños y metas, además de colocar en mi camino a muchos seres buenos a los que amo inmensamente, por nunca abandonarme y siempre ser la luz más brillante en mi camino; a Jesús y a María por ser mis grandes e incondicionales guías a lo largo de toda mi vida; a mi mamá (Angela), por siempre estar a mi lado, amarme, comprenderme, cuidarme y sacarme adelante; a mis abuelitos Herminia y Aníbal, por darme tanto amor durante toda mi vida, ser mi apoyo constante y fuente de inspiración, enseñanzas, superación y lucha; a Jordi, mi adorado, fiel y leal compañero de vida y de estudios, por siempre acompañarme, creer en mí y llenar mi vida de risas y alegrías especialmente en los momentos más difíciles que me han tocado atravesar; a mi tío Giovanny, el hermano con el que crecí, jugué y aprendí tanto, por siempre apoyarme y velar por mí y mi mamá; a mi papá (Frank), por siempre preocuparse por mi educación y brindarme las mejores herramientas para desarrollarme profesionalmente; a mis hermanos (Santiago y Guillermo), por sacarme sonrisas y compartir conmigo vivencias tan divertidas e inolvidables; a todos mis ángeles que ya partieron, pero que me dejaron las memorias más sublimes y cuyo amor atesoro y siempre atesoraré como aquel más puro y eterno. Muchas gracias, por tanto, los amo con todo mi corazón.



AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mis mentores académicos (Pinkas Flint Ph.D y Dr. David Velazco), abuelitos, tíos y amigos que me brindaron conocimientos, sabiduría y apoyo a lo largo de toda mi formación; y a mi querido Chimbote, la ciudad que me vio nacer.



RESUMEN

El presente informe tiene como objetivo analizar los problemas jurídicos encontrados en el expediente y determinar si la decisión adoptada por la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi se encuentra razonablemente fundamentada y amparada en el Derecho. Nuestra hipótesis inicial es que se configuró un acto discriminatorio por razones étnicas y de procedencia geográfica por parte de United Disco S.A (en adelante "Aura"), en contra de dos de los participantes en el operativo de inspección, debido a que se le impidió el ingreso a la pareja que contaba con características físicas mestizas y era de nacionalidad peruana, mientras que a la pareja de rasgos caucásicos y que tenía como uno de sus miembros a un extranjero, se le permitió la entrada sin inconvenientes. Para dicho análisis nos apoyaremos en los cuerpos normativos vigentes en aquel momento (2004) los cuales son: el Decreto Legislativo N° 716, la Ley N° 27049, la Ley N° 27444, el Decreto Legislativo N° 807; así como el uso de doctrina y jurisprudencia pertinente. La conclusión principal a la que llegamos es que se produjo un trato discriminatorio y no un trato diferenciado, ya que, no existían razones objetivas para que el personal del establecimiento impidiera el ingreso a la pareja de rasgos mestizos. Asimismo, concluimos que el local era de acceso público y no restringido, por lo que sí correspondía aplicarle lo dispuesto por el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor, y que no hubo vulneración del derecho de libertad de contratación de Aura, pues lo que buscó Indecopi desde un inicio, fue velar por los derechos de los consumidores, en específico por el derecho a la igualdad y no discriminación, lo cual se encuentra dispuesto dentro de sus funciones como institución estatal.



ÍNDICE ANALÍTICO

I.	INTRODUCCIÓN	4
	A. Identificación de las áreas de derecho relevantes sobre las que versa el expediente	4
	B. Justificación de la elección del expediente	5
II.	RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA EL EXPEDIENTE	6
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS ...	9
	1. Posible nulidad del acta de inspección del 23 de octubre de 2004.....	9
	2. La naturaleza del local y la forma en la que se les informa a los consumidores	10
	3. El empleo de diligencia mínima en el consumidor razonable (Fernando Yaya)	10
	4. La configuración de un acto discriminatorio por parte de Aura por razones étnicas, de procedencia geográfica y socioeconómicas	10
	5. La presunta vulneración del derecho a la libre contratación.....	10
	6. De si fue adecuada la aplicación de la sanción de 35 UIT a Aura y la imposición de medidas correctivas.....	11
	7. Posibles deficiencias en la actuación y sesgos en la investigación del Indecopi.....	11
IV.	ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE	12
	1. Posible nulidad del acta de inspección del 23 de octubre de 2004.....	13
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	16
	2. La naturaleza del local y la forma en la se les informa a los consumidores	16
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	18
	3. El empleo de diligencia mínima en el consumidor razonable (Fernando Yaya)	19
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	20
	4. La configuración de un acto discriminatorio por parte de Aura por razones étnicas, de procedencia geográfica y socioeconómicas	21
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	25
	5. La presunta vulneración del derecho a la libre contratación	27
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	29
	6. De si fue adecuada la aplicación de la sanción de 35 UIT a Aura y la imposición de medidas correctivas.....	29
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	31
	7. Posibles deficiencias en la actuación y sesgos en la investigación del Indecopi.....	36
	Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad	39
V.	SOBRE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	40

VI.	OPINIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LA FORMA DE RESOLUCIÓN DEL CASO	41
VII.	CONCLUSIONES	44
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	46
IX.	ANEXOS	50



I. INTRODUCCIÓN

A. Identificación de las áreas de derecho relevantes sobre las que versa el expediente

El presente expediente trata sobre un procedimiento de oficio iniciado por el INDECOPI contra UNITED DISCO S.A (Discoteca Aura) como medida de supervisión con la finalidad de constatar la ocurrencia de presuntas prácticas discriminatorias en contra de las personas que deseaban acceder a discotecas y otros locales abiertos al público.

En dicho contexto, la Comisión de Protección al Consumidor solicitó al Área de Fiscalización la realización de una visita inspectiva en diversos locales, entre ellos la Discoteca Aura, contando con el apoyo de la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal.

En la visita inspectiva participaron tres parejas compuestas por 3 varones y 3 mujeres, la pareja N° 1 y 3 presentaban características físicas mestizas, mientras que la pareja N° 2 contaba con rasgos caucásicos. Todas las parejas se dirigieron entre las últimas horas del 22 de octubre y primeras horas del 23 octubre de 2004 a la mencionada discoteca, con el objetivo de ingresar al local con normalidad y sin objeciones por parte del personal de seguridad del establecimiento.

Como era de esperarse, la diligencia constató hechos que dieron lugar a la formalización de un acta en la que el personal del INDECOPI representado por Fernando Yaya Espinoza, tuvo que dar cuenta de los hechos y la presunta transgresión del derecho fundamental de igualdad ante la ley y no discriminación, dispuesto en el artículo 2 numeral 2) de nuestra Constitución en los términos siguientes: "(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

Después de esgrimidos estos importantes hechos, pasaremos a identificar las áreas del derecho que consideramos más relevantes sobre las que versa el expediente:

1. Derecho de Protección al Consumidor: el presente caso involucra esta área pues se centra alrededor de una visita inspectiva que se realizó con el objetivo de comprobar que se estuvieran respetando los derechos de los consumidores a tener acceso a espacios públicos sin ser discriminados. Esto en atención a las denuncias que estaba recibiendo el INDECOPI por parte del público que había manifestado lo común de estas prácticas racistas.
2. Derecho Constitucional: esta es otra área del derecho vinculada con la materia del expediente, pues los hechos narrados denotan una vulneración del derecho fundamental a la igualdad consagrado en nuestra Constitución, en su manifestación de no ser discriminados por motivo de origen, razón, sexo, idioma, religión, condición económica o cualquier otra índole. En este caso se habría configurado un acto racista por parte del personal de la Discoteca Aura al no permitir el ingreso a la pareja N° 1 que contaba con rasgos mestizos, amparándose en su propio reglamento que estipulaba que el ingreso era únicamente para "socios" o "invitados", lo cual se habría ignorado por completo al momento de permitir a la pareja N° 2, de rasgos caucásicos y extranjeros, la

entrada al mismo local, sin ser socios ni invitados, observando entonces una distinción injustificada y discriminatoria entre el público admitido a la discoteca. Aunado a ello, tenemos en juego el derecho de libre contratación, esgrimido por United Disco S.A, quien reclamaría tener la potestad de elegir a quiénes ofrecer sus servicios. Esto nos lleva a la consideración de conceptos clave como el “trato diferenciado” y el “trato discriminatorio”.

3. Derecho Administrativo: al tratarse este caso de un procedimiento administrativo de oficio iniciado por el INDECOPI, es imprescindible tomar en cuenta la Ley del Procedimiento Administrativo General para entender el pronunciamiento de la Sala, las medidas correctivas, las sanciones, los plazos procedimentales y los recursos administrativos empleados.

B. Justificación de la elección del expediente

Elegí este expediente porque su principal tema de análisis es la Protección al Consumidor. Esta regulación trata de una materia jurídica de relevancia social porque regula transacciones cotidianas de consumo que se realizan en el mercado de bienes y servicios, en donde suele existir desigualdad económica entre las partes contratantes, por lo que el Estado interviene para equiparar la relación contractual, a través de mecanismos de protección en favor de los consumidores.

Además, me parece muy interesante el caso, ya que se encuentra vinculado con un tema constitucional como son los derechos humanos, principalmente aquel relacionado a la no discriminación por razones de raza, nacionalidad y nivel socioeconómico, lo cual es importante para la determinación de si lo acaecido es meritorio de sanción o si por el contrario se trata de una medida abusiva, así como también la evaluación de hasta dónde pueden llegar los límites de la libertad de contratación.

Por otra parte, este expediente permite plantearnos la cuestión acerca del deber administrativo y función supervisora del INDECOPI, además de si este podría volverse un ente paternalista en determinado punto al tratar de salvaguardar los intereses de los consumidores en detrimento de las empresas que prestan sus servicios u ofrecen bienes al público.

Finalmente, se nos presenta el debate acerca de lo que podemos calificar verdaderamente como espacio “abierto al público” o de “acceso restringido” y si es de aplicación para este caso o si se trata simplemente de una justificación que esconde razones discriminatorias e ilícitas.

II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA EL EXPEDIENTE

Dadas las acciones de prevención adoptadas por la Comisión de Protección al Consumidor en aquel momento, la Secretaría Técnica dirigió una actividad de fiscalización en la Discoteca Aura, propiedad de United Disco S.A, ubicada en el centro comercial Larcomar.

Así, el 22 de octubre de 2004 a las 23 horas de la noche, tres parejas se dispusieron a dar inicio a la intervención encubierta, para lo cual decidieron dejar constancia de su participación a través de la grabación de un video donde cada uno se identificaba y podía visualizarse la manera en la que iban vestidos, levantándose a su vez un acta. Las parejas N° 1 y 3 presentaban rasgos físicos mestizos y la N° 2 poseía características caucásicas. A las 00:30 horas del 23 de octubre, se constituyeron en la discoteca y actuando como consumidores se dispusieron a ingresar al local haciendo fila una detrás de la otra. Cabe señalar que solo se hace mención de la participación de las parejas N° 1 (Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga) y N° 2 (Pamela Ortiz Gómez de la Torre y Gregory Pollet Barbier) en este punto de los hechos. Llegado el turno de ingreso, personal de seguridad de la discoteca le habría impedido el paso a la pareja N° 1 señalando que solo se permitía la entrada a socios en lista. Sin embargo, esta restricción no se habría aplicado a la pareja N° 2, sino que habría sido admitida sin ningún contratiempo después de haber pagado su ticket de ingreso. Ante ello, el funcionario de Indecopi partícipe en la operación (Fernando Yaya), se identificó como tal y solicitó conversar con el administrador (Gianni Dasso Chávez), a quien se le explicó los alcances de la diligencia. Es menester agregar que se verificó en ese momento la presencia de un letrero al ingreso del establecimiento en el que se indicaba "Aura acceso restringido" e incluso el propio personal de Aura brindó durante la inspección una copia de dicho cartel. Después de ello, se levantó el Acta de Inspección firmada únicamente por Fernando Yaya, Gianni Dasso y Orlando Castillo (abogado de Aura).

El 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica presentó el **Informe N° 332-2004/CPC** ante la Comisión de Protección al Consumidor donde manifestó que los hechos acontecidos habían constituido una serie de faltas graves. Primero, mencionó que se habría producido la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación (artículo 2 numeral 2) de la Carta Magna) por parte de Aura al haberle negado el ingreso a la pareja N° 1 de rasgos mestizos sin mediar causa justificada, yendo de esta manera en contra de lo consagrado en la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) artículo 7-B:

Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen a los locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a las personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

De otra parte, señaló que en este caso no se configuraría una vulneración al derecho a la libertad de contratación (artículo 2 inciso 14 de la Constitución) de Aura, pues dicho derecho puede ejercerse siempre que no contravenga leyes de orden público, lo cual no habría ocurrido aquí. Recordemos que las únicas reglas que la Ley permite para que los proveedores puedan ejercer un trato diferenciado de los consumidores es que medien

causas de seguridad del establecimiento o seguridad de otros consumidores. Asimismo, la Secretaría Técnica advirtió que contrariamente a lo informado en el cartel en las afueras de la discoteca, sí se permitiría el ingreso de personas no socias de la empresa y que tampoco se encuentran en lista de invitados, ya que el señor Gregory Pollet y Pamela Ortiz (pareja N° 2 de rasgos caucásicos) pudieron entrar sin cumplir estos requisitos.

El 3 de noviembre de 2004, la Comisión de Protección al Consumidor decidió a través de la **Resolución N° 1** iniciar procedimiento de oficio contra United Disco S.A por presuntas infracciones al artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716, correr traslado del Informe N° 332-2004/CPC a la denunciada y poner a su disposición la filmación realizada motivo de la investigación, para que en un plazo de 5 días pudiera presentar sus descargos.

El 17 de noviembre de 2004, United Disco S.A presentó sus **descargos** alegando lo siguiente: solo una de las 4 personas mencionadas en la participación de la visita de inspección suscribió el acta, por lo que la misma adolecería de defecto formal insubsanable, siendo nula en todos sus extremos en aplicación del artículo 156 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444). Por otro lado, recalca que su local no es uno abierto al público, sino de acceso restringido, habiendo puesto en conocimiento de los consumidores de manera suficiente y oportuna las condiciones para el ingreso a través de su publicación (artículos 5 inciso b) y 15 del Decreto Legislativo N° 716), razón por la cual no le sería aplicable lo dispuesto por el artículo 7-B de dicha Ley. Sumado a ello, menciona que la discoteca solo permite de manera excepcional el ingreso de personas no socias cuando son invitados de algún socio o tratándose de turistas.

Otro descargo presentado es aquel referido a la presunta indebida, nula e ilícita participación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal en la visita de inspección en concordancia con el artículo 39 del Decreto Legislativo N° 716, el artículo 361 del Código Penal y el artículo 10 de la Ley N° 27444, al no tratarse de organismos competentes para constatar hechos violatorios, comprometiendo de esta manera a los funcionarios del Indecopi que permitieron dicha participación.

En cuanto al presunto impedimento de ingreso al local, United Disco S.A niega que los hechos se hayan dado de esa manera, señalando que en realidad lo que ocurrió fue que según se aprecia en el video de aquel día, la pareja N° 1 se habría acercado sin hacer cola ni esperar su turno, al personal de seguridad del local (el cual pertenecía a una empresa contratada por United Disco S.A carente de autoridad alguna) a preguntar la forma de ingreso a la discoteca, ante lo cual se le informó que solo estaban admitidas personas en la lista de invitados, requisito que se hallaba en el letrero fuera del local que por cierto, no habría sido observado por el señor Fernando Yaya (perteneciente a la pareja N° 1) denotándolo como un consumidor poco diligente. Todas estas razones además de la aparición en el video de una persona no identificada de rasgos mestizos que logra entrar al local sin ningún problema, demostrarían que no se produjo un acto discriminatorio basado en diferencias étnicas. Finalmente, United Disco S.A agrega que la diligencia habría sido nula a causa del estado caduco del Carnet de Extranjería de uno de los participantes en la operación: el señor Gregory Pollet Babier.

El 24 de noviembre de 2004, la Comisión de Protección al Consumidor emitió **Resolución Final N° 1255-2004-CPC** declarando fundado el procedimiento por infracción al artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716; que se sancione a Aura con 35 UIT; que como medida correctiva se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias; y ordenar la publicación de la resolución en el diario oficial El Peruano.

El 7 de diciembre de 2004, United Disco S.A interpuso **Recurso de Apelación** contra la resolución final previamente citada, alegando que las pruebas ofrecidas no fueron actuadas dentro del proceso y que no hubo pronunciamiento sobre los medios probatorios ofrecidos. Asimismo, indicó que la actuación de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, deviene en nula al no existir un convenio de delegación de facultades entre estos y el Indecopi.

De otro lado, argumentó que el Indecopi estaría fallando en su deber como institución de velar porque todas las personas en igualdad de condiciones accedan, **dentro de la normatividad vigente**, a los bienes y servicios que se ofertan en el mercado, dado que permitió que una persona con un carnet de extranjería (Gregory Pollet) caduco fuera parte del operativo e incluso lo justificó al decir que este hecho no enervaba la visita inspectiva, lo que a decir de United Disco S.A también supondría que para el Indecopi cumplir entonces con las leyes vigentes no tiene ninguna importancia, poniendo de ejemplo que tampoco sería un inconveniente que se permitiera el acceso a licorerías a menores de edad basándose en este supuesto de excusa. Es así que, United Disco S.A califica la participación del señor Gregory Pollet como agente incapaz y que esto haría de la inspección nula e insubsanable.

Por otra parte, considera que el hecho de que hayan sido parte del operativo dos parejas con rasgos étnicos similares (mestizos) y una tercera caucásica, induciría a pensar que lo que el Indecopi pretendía era a toda costa que cualquier actitud de trato diferenciado, sin importar su justificación u objetividad, fuera definido como discriminatorio.

Además, sostiene que únicamente el señor Fernando Yaya habría firmado el acta de inspección el día de los hechos y que no se habría consignado en ella el DNI del citado, su identificación como funcionario del Indecopi ni constancia de la existencia de facultades delegadas de la Secretaría Técnica para el operativo. Esto sin mencionar que, ninguno de los otros participantes de la operación (Gregory Pollet, Mirtha Allende, Pamela Ortiz) habría suscrito el acta ni constaría que hubieran delegado en el señor Fernando Yaya la facultad para que suscriba a nombre de ellos en el acta referida.

Sumado a ello, United Disco argumenta que su local no es uno abierto al público sino uno de acceso restringido para socios o invitados y de manera excepcional para turistas, por lo que no se encontrarían bajo el ámbito de aplicación del artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716 y se verían vulnerados en su derecho constitucional a la libre contratación. A su vez, destaca que se habría presentado ambivalencia por parte de la Comisión respecto al valor probatorio del video y del acta, al darle en algunos casos un valor probatorio pleno al video y en otros uno meramente referencial. Finalmente, hace hincapié en la falta de actuación del funcionario del Indecopi Fernando Yaya como consumidor razonable al momento de los hechos.

El 26 de agosto de 2005, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, a través de la **Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI**, confirmó en todos sus extremos la

Resolución N° 1255-2004-CPC expedida por la Comisión el 24 de noviembre de 2004, y dispuso que la Comisión organice y realice periódicamente operativos con el fin de evitar que la conducta identificada como infracción pueda volver a producirse, además de proponer la publicación de la resolución en el diario oficial El Peruano.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se identifican los siguientes problemas jurídicos relevantes del caso:

1. Posible nulidad del acta de inspección del 23 de octubre de 2004

Por un lado, tenemos la participación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal durante el operativo y cómo esta podría hacer del acto de inspección nulo.

Según el artículo 39 del Decreto Legislativo N° 716, la Comisión es la única autoridad competente para conocer de las infracciones a la ley, así como para imponer sanciones administrativas o medidas correctivas, por lo que no se encontrarían autorizados ni la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos ni el Instituto de Defensa Legal para participar en este tipo de operaciones inspectivas. Recordemos también que el artículo 361 del Código Penal tipifica la usurpación de función pública, lo cual convertiría en ilícita dicha actuación, además de la nulidad de la cual adolecería conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 27444 (2001): “Son vicios del acto administrativo, que causan nulidad de pleno derecho: 1. La contravención a la Constitución, las leyes o a las normas reglamentarias. 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”.

Asimismo, es importante señalar el uso de un carnet de extranjería caduco durante la inspección y cómo este podría convertirla en nula. El señor Gregory Pollet, extranjero, participó del operativo del 23 de octubre de 2004 contando con un carnet de extranjería caduco. A decir de Aura, esto constituiría una causal de nulidad de acto jurídico, debido a la posibilidad que existía de que el señor Pollet firmara el Acta. La participación fue justificada por el Indecopi al señalar que tal hecho no alteraba el verdadero objetivo de la inspección. La cuestión es si realmente nos encontramos ante un acto jurídico cuando nos referimos a la firma del Acta y si se cumplirían los requisitos planteados por el artículo 140 del Código Civil para declarar su validez, o si nos encontraríamos ante lo sancionado por el artículo 219 del Código Civil (nulidad del acto jurídico).

Cabe agregar la no identificación del funcionario del Indecopi y la suscripción únicamente de esta persona en el acta. Al momento de la constitución del acta de inspección, el funcionario del Indecopi (Fernando Yaya) no se habría identificado como tal, ni habría presentado su DNI. Así como habría sido el único en firmarla sin habersele concedido facultades para que actuara como representante de los otros participantes del operativo.

Por otra parte, según lo consignado en el acta, de las cuatro personas mencionadas como partícipes en el operativo (Fernando Yaya, Mirtha Allende, Gregory Pollet y Pamela Ortiz), solamente uno la suscribe, siendo por lo que sería nula en atención a lo dispuesto por el artículo 156 de la Ley N° 27444 (2001):

Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas: 1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación. (...).

2. La naturaleza del local y la forma en la que se les informa a los consumidores

Mientras United Disco S.A mantiene que Aura es un local de acceso restringido solo para socios, invitados y excepcionalmente turistas, Indecopi sostiene que esto no sería así por lo que se le debería aplicar lo estipulado en el artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716. Aura señala que habría informado de la naturaleza de su local al público de manera suficiente y oportuna a través de la publicación de las condiciones de ingreso, delimitando según reglas de su propia creación, quiénes estarían sujetos a ser socios en base a una serie de requisitos como edad, actividad laboral, titularidad de tarjeta de crédito; y cuáles serían los requisitos para su ingreso al local como presentación del carnet de socio, forma de vestir, restricción de armas, cámaras de video o de fotos, y prohibición de encontrarse en estado etílico o bajo la influencia de sustancias ilegales. Todo esto cumpliría con lo estipulado por el artículo 5 inciso b) y el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 716 que tratan sobre el derecho a recibir de los proveedores la información necesaria para tomar una decisión o elección de los productos y servicios ofrecidos; así como acerca de la obligación del proveedor a consignar de manera veraz, suficiente y apropiada dicha información. En oposición a la postura de Aura, Indecopi afirma que sí se trataría de un local de acceso público, pues se habría permitido el ingreso a la pareja N° 2 de rasgos caucásicos sin ser socios, únicamente pagando un cover de S/. 100.

3. La falta de empleo de diligencia mínima en el consumidor razonable (Fernando Yaya)

En este caso, el funcionario del Indecopi partícipe de la operación y suscriptor del acta de inspección, Fernando Yaya, no habría actuado diligentemente al no tomarse unos momentos para leer las reglas de ingreso a la discoteca, las cuales se hallaban en las afueras del local en un letrero para conocimiento de los asistentes.

4. La configuración de un acto discriminatorio por parte de Aura por razones étnicas, de procedencia geográfica y socioeconómicas

Aura habría realizado un acto discriminatorio el día de la visita de inspección, basándose en prejuicios étnicos, de procedencia geográfica y socioeconómicos, pues no se le habría permitido el ingreso a una pareja de raza mestiza; asimismo, se habría permitido el ingreso de un extranjero que no era socio y cuyo carnet era además caduco; se habría permitido acceso libre de extranjeros sin necesidad de ser socios o siquiera invitados, requisito que sí se demandaría a los ciudadanos nacionales; y las razones supuestamente fundamentadas (trato diferenciado) por parte de Aura para definir los requisitos de quién podía ser admitido como socio o invitado, serían en realidad prejuiciosas denotando la selección de personas pertenecientes a determinados grupos socioeconómicos.

5. La presunta vulneración del derecho a la libre contratación

En este caso, Aura ha señalado que se estaría vulnerando su derecho a la libre contratación, pues Indecopi le estaría imponiendo el ingreso de todo público a su local. La discoteca cuenta con un reglamento donde se especifican los requisitos para ser socio de su establecimiento, ya que, tiene el objetivo de presentarse como un local exclusivo donde personas de determinado círculo, que ya se conocen y con la que se sienten cómodos, puedan divertirse sin que haya posibles factores que perturben su tranquilidad. Es por ello que, Aura no permite el ingreso de personas bajo el efecto de sustancias prohibidas, por ejemplo, ni bajo los efectos del alcohol, así como tampoco admite el ingreso de menores de edad ni de personas que no conozcan a los socios del local (invitados), esto a excepción de los extranjeros, que no necesitan ser invitados para ingresar. De otra parte, la discoteca cuenta con un código de vestuario y una tarifa de ingreso (cover). Por su lado, Indecopi considera que United Disco S.A no está haciendo un uso adecuado del trato diferenciado, sino que más bien, se estaría escudando en él para justificar un trato discriminatorio, pues las razones que Aura considera objetivas para efectuar esta diferenciación serían injustificadas al parecer del Indecopi.

6. De si fue adecuada la aplicación de la sanción de 35 UIT a Aura y la imposición de medidas correctivas

La graduación de una sanción administrativa es determinada por la Comisión según el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 716, para ello debe tener en cuenta la gravedad de la falta y los efectos que pudiese ocasionar la conducta infractora en el mercado. La pregunta es si en este caso se hizo una correcta graduación de la sanción y si los actos cometidos realmente lo ameritaban.

Asimismo, según el literal k) del artículo 42 del Decreto Legislativo N° 716, la Comisión tiene la facultad de ordenar a los proveedores cualquier medida que considere pertinente y tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que se produzca nuevamente en un futuro. En este caso, es importante determinar si realmente se configuró un acto discriminatorio y si, por ende, es correcta la aplicación de medidas correctivas.

7. Posibles deficiencias en la actuación y sesgos en la investigación del Indecopi

En primer lugar, es menester mencionar la falta de pronunciamiento del Indecopi sobre el CD como medio probatorio y el valor probatorio del video de la visita de inspección. Aura proporcionó como medio probatorio un CD que contenía fotografías de los asistentes a su local, donde se podía apreciar a gente de distintas etnias. Sin embargo, Indecopi no se habría pronunciado sobre dicho medio probatorio contraviniendo lo establecido en el artículo 163 de la Ley N° 27444. Además, a decir de Aura, el video del operativo habría sido utilizado únicamente por el Indecopi como un "complemento", cuando debería haber sustituido el valor probatorio del Acta.

De otro lado, se concedió una corta duración del uso de la palabra a Aura y no se produjo una atención a su solicitud de acceso a facilidades técnicas para el Informe Oral. Indecopi solamente le concedió 5 minutos a United Disco S.A para el uso de la palabra, lo cual, según la denunciada, no era tiempo suficiente para exponer todos sus argumentos, y por ello pidió 10 minutos más; además de que presentó una solicitud de facilidades técnicas (ecran, VHS, televisor y proyector multimedia) a fin de exponer de

manera idónea su defensa ante la Sala, sin embargo, estos pedidos no fueron contestados.

Por su parte, United Disco S.A insiste en que Indecopi, en un principio, planeó utilizar tres parejas (dos de rasgos mestizos y una de rasgos caucásicos) para la visita de inspección, pero terminó prescindiendo de la tercera, ya que habría logrado su objetivo con solo las otras dos. A decir de Aura, lo único que buscaba el Indecopi era demostrar que en su local se configuraban actos discriminatorios racistas y que por eso habría planeado emplear dos parejas de rasgos mestizos, por si una “llegaba a fallar” en su cometido que sería culpar a la discoteca de estos actos denigrantes. Es así que Aura sostiene que la investigación del Indecopi no se habría ceñido a los principios de imparcialidad y objetividad, deviniendo en un acto nulo (artículo 10, incisos 1 y 4 de la Ley N° 27444).

IV. ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE

Para el análisis y toma de posición fundamentada sobre cada problema jurídico hallado en el expediente, vamos a hacer uso de la normativa aplicable en aquella época (2004) y también vamos a ofrecer nuestro punto de vista teniendo en cuenta la normativa que rige actualmente (2025). Consideramos que esto es importante, porque nos permitirá no solo observar cómo han evolucionado las normas, sino también actualizar el caso desde la perspectiva que tendría un abogado actual a 21 años de los hechos ocurridos.

Normativa aplicable en el 2004	Normativa aplicable en el 2025
Constitución Política del Perú	
Código Penal	
<i>Decreto Legislativo N° 716 (Ley de Protección al Consumidor)</i>	Ley N° 29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor)
Ley N° 27049 (Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, modificando diversos artículos del Decreto Legislativo N° 716)	
Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General)	
Decreto Legislativo N° 807 (Facultades, normas y organización del Indecopi)	
<i>Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI (aprueba Textos Únicos Ordenados de las Leyes de Protección al Consumidor, de Represión de la Competencia Desleal y de Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor)</i>	Decreto Legislativo N° 1033 (aprueba la Ley de organización y funciones del Indecopi)
	Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444)

	Decreto Supremo N° 032-2021-PCM (aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia)
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**Las normas en cursiva se encuentran derogadas*

1. Posible nulidad del acta de inspección del 23 de octubre de 2004

En primer lugar, United Disco S.A sostiene que la participación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal (en adelante las instituciones sin fines de lucro) durante el operativo, haría de éste un acto administrativo nulo.

Para analizar si esta afirmación es correcta o no, analizaremos primero si se cumplieron los supuestos para considerar este acto como delictivo y posteriormente, comprobaremos si se produjo nulidad o no.

Podemos notar por la documentación en el expediente, que nos encontramos ante un vicio formal cuando el Indecopi se refiere al operativo como una “colaboración conjunta” realizada en compañía de las instituciones. Recordemos que esto no estaba permitido por ley, pues según el artículo 21 del Decreto Legislativo 807: "(...) Artículo 46.- La autoridad competente para conocer de los procedimientos administrativos y la imposición de las sanciones previstas en la presente norma, es la Comisión de Protección al Consumidor. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa de rango legal." En el caso que nos compete, no se produjo una colaboración conjunta, pues las instituciones no llevaron a cabo el operativo, sino que participaron de él en apoyo al Indecopi, lo cual no indica la comisión de un hecho ilícito e inconstitucional como veremos a continuación.

Ahora bien, si revisamos lo que dice nuestro Código Penal¹ y la doctrina sobre el delito de usurpación de función pública, podemos comprobar que no se cumplen los supuestos necesarios para indicar que se ha producido dicha conducta:

Usurpar función pública tiene en materia penal dos significados: a) la noción de asumir o tomar posesión física del cargo o empleo de manera arbitraria, es decir, sin que exista ley, orden o mandato legítimo; b) ejercer funciones o servicios oficiales relevantes que no le competen al agente. En la primera acepción jurídico-penal, el sujeto activo del delito se autoarropa sin derecho titularidades cautivas, dignidades y oficios, colocándose de hecho en un estado de disponibilidad para ejercer funciones de contenido público. En la segunda, el sujeto activo de delito actúa de facto como funcionario público. (Rojas, 2021, p. 451)

En este caso, no hubo, por parte de las instituciones toma de posesión del cargo de funcionario del Indecopi de manera arbitraria, pues en ningún momento ninguna de las instituciones se quiso adjudicar funciones que no le correspondían: recordemos que solo realizaron un rol de actores al pretender ser consumidores, papel que podría desempeñar cualquier ciudadano y que no se encuentra prohibido por ley. Por ejemplo,

¹ Artículo 361.- Usurpación de función pública

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al Artículo 36°, incisos 1° y 2°.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

pongámonos en el supuesto que el Indecopi necesita a un menor de edad para llevar a cabo un operativo donde se compruebe el expendio de bebidas alcohólicas a menores, está claro que no existen funcionarios del Indecopi menores de edad y el hecho de emplear menores y corroborar la existencia de esta conducta no haría del operativo menos válido. Por otra parte, las instituciones no ejercieron funciones inherentes al cargo de funcionario del Indecopi, ya que no habían acudido al operativo para cumplir un rol de fiscalización y sanción, sino para ayudar al Indecopi a llevar a cabo una simulación.

La participación de las instituciones no revestía atribuciones ni competencias de cargo público, ya que fueron actores pasivos que se quedaron al margen del deber del funcionario del Indecopi presente durante el operativo, quien sí llevó a cabo sus labores al levantar el Acta correspondiente y firmarla. Recordemos que ninguna de las instituciones firmó el Acta ni intervino al momento de hacerles saber a los encargados de la discoteca que se hallaban en medio de un operativo, el que tomó la palabra fue en todo momento el señor Fernando Yaya, funcionario del Indecopi.

De esta manera, la participación de las instituciones no deviene en ilegal, pues no configura un delito. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, se produjo un vicio formal, pero esto no necesariamente nulifica el acto administrativo, pues se trata de un vicio intrascendente: “Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes: 14.2.3: El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerado como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final, en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado” (Ley N° 27444 (2001), artículo 14, numeral 2.3).

En el presente caso, el Indecopi no actuó con diligencia al calificar al operativo de colaboración conjunta. Si bien las instituciones se encontraban presentes en ese momento, no pueden ser consideradas como colaboradoras porque no se trataban de entidades públicas, sino de sociedades civiles. Pero, no podemos desconocer que de no haber ocurrido esta informalidad y si se hubieran calificado a las instituciones como meras participantes del operativo, esto no hubiera alterado el sentido de la decisión final, que fue sancionar a la discoteca por la comisión de presuntos actos discriminatorios. Es así que podemos hablar de la conservación del acto administrativo: “14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora” (Ley N° 27444 (2001), artículo 14, numeral 1).

Por tanto, no correspondería la aplicación del artículo 361 del Código Penal ni tampoco lo establecido en el artículo 10 de la Ley N° 27444 (2001), pues no nos encontramos frente a usurpación de funciones ni a un acto administrativo nulo.

En segundo lugar, tenemos que Aura señala que el señor Gregory Pollet, extranjero que participó en la visita de inspección, contaba con un carnet de extranjería caduco al momento del operativo, además de que al ser participante estaba en la posibilidad de firmar el Acta, la cual, de haber contado con su firma pondría en peligro su validez, pues al tratarse de un agente incapaz, esto sería suficiente para nulificar el acto jurídico de ipso jure. Sin embargo, no nos encontramos de acuerdo con aquel argumento, pues la incapacidad de una persona no está relacionada de ninguna forma con la caducidad o vigencia de un documento de identidad. La capacidad de toda persona únicamente se encontraba restringida en el 2004 (artículos 42, 43 y 44 del Código Civil) por la edad, alguna discapacidad física o mental y otros escenarios muy específicos como que la persona fuera pródiga, ebria habitual, toxicómana, que incurre en mala gestión, que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil y que se encuentra en estado de coma.

Como podemos comprobar, el señor Pollet no se hallaba en ninguno de estos escenarios y por ello, no puede simplemente negársele su capacidad de actuación, así como tampoco sería de aplicación para un ciudadano nacional la limitación de su capacidad de ejercicio por poseer un DNI caduco.

En tercer lugar, Aura señala que el señor Fernando Yaya en ningún momento se identificó con DNI ni ninguna otra clase de documento; y que, además, había sido el único partícipe de la operación en firmar el acta de inspección, lo cual es confirmado por el Indecopi. En este punto, entonces, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 10 numeral 2 de la Ley N° 27444 (2001): “Son vicios del acto administrativo, que causan nulidad de pleno derecho, los siguientes: 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”.

Consideramos que la falta de presentación del documento de identidad configuraba un vicio en el acto administrativo, pero no uno trascendente. Si bien el señor Yaya no se identificó con DNI físico, en todo momento hizo saber al personal, al administrador y al abogado de Aura, que iba en calidad de funcionario del Indecopi, además portando y enseñando debidamente la carta N° 232-2004/PREV-CPC/INDECOPi firmada por el Secretario Técnico de la Comisión de Protección al Consumidor que informaba a United Disco S.A sobre el operativo.

Asimismo, debemos agregar que el hecho de que el señor Yaya no mostrara su DNI no alteró en ningún momento el objeto del acto administrativo, que era demostrar que se había producido un acto discriminatorio y, por ende, se procedía a dejar constancia de los hechos para posterior conocimiento de la Comisión. Por tanto, sería de aplicación lo estipulado en el artículo 14 numeral 14.2.3 de la misma Ley (2001): “Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes: 14.2.3: El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerado como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final, en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado”.

Por otra parte, tenemos que el único en firmar el acta de los cuatro participantes en el operativo, fue precisamente Fernando Yaya. Al respecto, Indecopi manifiesta que, según el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807 (1996), únicamente se exige como formalidad para un documento como el acta de inspección que esté firmado por el funcionario competente.

En este extremo nos encontramos de acuerdo, ya que dicho artículo menciona explícitamente que “el acta será firmada por quien estuviera a cargo de la [inspección]”, lo cual se cumplió en este caso. En adición a ello, como lo establece el artículo 156, numeral 1, de la Ley N° 27444 (2001): “El acta (...) debe ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación (...)”. Esto también se cumplió, debido a que quien declaró fue Fernando Yaya, quien a su vez era la autoridad administrativa presente en el operativo. Mientras que los partícipes como el señor Gregory Pollet, Pamela Ortiz y Mirtha Allende, podían también hacer constar su manifestación, pero ello no era requerido y no lo hicieron. Por lo que,

volviendo al punto de la caducidad del carnet de extranjería del señor Pollet, en efecto, aquello no enervó en ningún momento la intervención para acreditar los hechos.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

Concluimos que no se configuró una usurpación de funciones durante el operativo, pues tanto la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos como el Instituto de Defensa Legal son instituciones que, si bien no son asociaciones de consumidores, sí luchan en pro de los derechos humanos, entre ellos, el de igualdad y no discriminación y que fueron legalmente designadas por la Secretaría Técnica para participar de la visita inspectiva de acuerdo con el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807, normativa que se encontraba vigente en el 2004 así como también en la actualidad.

De otro lado, cabe mencionar el tema de la capacidad de ejercicio de las personas, el cual señalamos en el caso del señor Pollet, a quien se le quería tachar de agente incapaz por poseer un carnet de extranjería caduco, lo cual no era aplicable en el 2004 así como tampoco lo es en la actualidad. Debemos añadir que los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil, relativos a la plena capacidad de ejercicio, a la incapacidad absoluta y a la relativa, han sido vastamente modificados e incluso algunos de sus numerales se han visto derogados, lo cual permite hoy en día una mayor protección a la autonomía de las personas y una mayor inclusión de aquellas que padecen alguna discapacidad.

Asimismo, respecto a la no presentación del DNI del señor Fernando Yaya, afirmamos que se trató de un vicio administrativo, pero no uno trascendente, por lo que se pudo conservar el acto de acuerdo con lo estipulado por los artículos 10 numeral 2 de y 14 numeral 14.2.3 de la Ley N° 27444, los cuales aún se encuentran vigentes a la fecha.

En cuanto a la presencia de la firma únicamente del señor Yaya, al ser funcionario del Indecopi consideramos que es suficiente para dotar de validez al acta de acuerdo con los artículos 32 del Decreto Legislativo N° 807 y 156 numeral 1 de la Ley N° 27444, normas que también siguen vigentes en nuestros días.

2. La naturaleza del local y la forma en la que se les informa a los consumidores

United Disco S.A manifestó desde un principio que no consideraba a la discoteca de su propiedad (Aura) como un establecimiento comercial de acceso público, pues poseía un reglamento donde se daban a conocer las restricciones para el ingreso, junto a una serie de requisitos para poder convertirse en socio o ingresar de manera “excepcional” al local, los cuales citaremos a continuación:

ACCESO RESTRINGIDO

1. REQUISITOS PARA AFILIACIÓN
- Recabar formulario SOLICITUD DE AFILIACIÓN en las oficinas de la empresa.
- Para recabar el formulario el solicitante deberá demostrar que:
 - Si es hombre deberá ser mayor de 24 años.
 - Si es mujer deberá ser mayor de 21 años.
 - En ambos casos deberán ser laboralmente activos.
 - Ser titular por lo menos de una tarjeta de crédito.

(...)

- Para obtener los carnets de socios estándar o Socios VIP, en la "SOLICITUD DE AFILIACIÓN" el solicitante deberá presentar la recomendación de 4 socios, más la recomendación de un socio fundador, quien deberá tener la condición de accionista de la empresa.

(...)

2. DERECHOS DE LOS SOCIOS

(...)

- Los extranjeros que se encuentren en calidad de turistas en el país, ingresarán presentando su pasaporte pagando el cover de S/. 100.00 siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ingreso al local. Se les permitirá el ingreso de acuerdo a la capacidad de la discoteca teniendo los clientes de carnet plateado privilegio ante ellos.

3. ASPECTOS FINALES

Se deja constancia que el presente Reglamento no atenta contra el derecho a no ser discriminados debido a que la discoteca Aura no es un lugar abierto al público sino un lugar con acceso restringido reservado para sus socios.

(...)

4. REQUISITOS PARA EL INGRESO A LA DISCOTECA

Una vez obtenido el carnet de socio VIP o socio estándar, para poder ingresar a la discoteca dichos socios deberán cumplir obligatoriamente con los siguientes requisitos:

- Presentación obligatoria del carnet de socio.
- Sport elegante obligatorio.
- Hombres mayores de 24 años.
- Mujeres mayores de 21 años.
- No polos, no zapatillas, no shorts.
- Se prohíbe el ingreso con armas, cámaras de video o fotográficas.
- Se prohíbe el ingreso en estado etílico o bajo el efecto de sustancias ilegales.

5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

- Estar acompañado por un socio VIP (carnet negro).
- Estar incluido dentro de la lista de invitados de la empresa.
- En los grupos mayores de 4 personas al 75% de los clientes deberán portar carnet.
- En caso de no portar el carnet será buscado en la relación de clientes afiliados, previa identificación.

Pese a la divulgación de estas reglas a través del letrero del local, en la práctica pudimos apreciar que estas no se cumplían, pues el personal de seguridad que se encontraba en la puerta de ingreso a la discoteca la noche de los hechos, permitió el ingreso de la pareja N° 2 de rasgos caucásicos conformada por una ciudadana peruana y un extranjero, a quienes no les solicitaron en ningún momento demostrar que eran socios o siquiera invitados que figuraran en la lista. La propia discoteca menciona en sus descargos que el personal de seguridad suele ser confiado y permisivo al momento de permitir el ingreso de los consumidores pues "suponen" que son socios, invitados o extranjeros, sin corroborar en muchas ocasiones su condición de tal:

(...) el personal que se encuentra en la puerta de entrada por una situación de costumbre muchas veces no verifica exhaustivamente la condición de invitado de la discoteca, ya que el público al estar correctamente informado de los requisitos para el ingreso al local les hace suponer que se encuentran en lista, (...), sobre todo cuando hay mucha afluencia de público el personal permite el ingreso libremente.

Esto nos demuestra que el local evidentemente no es uno de acceso restringido como manifiesta, sino uno de acceso público como sostiene el Indecopi, al cual tiene acceso cualquiera que o bien compre una entrada o bien “parezca” socio o invitado de la discoteca. Si bien las reglas de ingreso han sido informadas al público en el letrero ubicado en las afueras del local, siguiendo así lo dispuesto por el artículo 5 inciso b): “Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios. (...)”; y artículo 15: “El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. (...)” del Decreto Legislativo N° 716, es innegable que tales reglas no se cumplían en la realidad por el propio descuido del personal que laboraba en la discoteca. Recordemos que dicho personal supuestamente contaba con el rol esencial de verificar que toda persona que ingresara cumpliera con los requisitos publicados en la entrada del local, los cuales según vimos líneas arriba son específicos y detallados.

Por tanto, es más que claro que la discoteca estaba incurriendo en un actuar discriminatorio al dejarse llevar por las apariencias de quienes llegaban al local dispuestos a entrar, sin previamente verificar el cumplimiento de las reglas preestablecidas.

Todo ello, sin mencionar que si se tratara realmente de un local de acceso restringido como alegaba la denunciada, no se hubiera permitido el acceso “libre” a todo aquel que fuera turista, lo cual incluso nos lleva una vez más a afirmar que el accionar de este establecimiento era discriminatorio y sesgado al hacer diferencias entre nacionales y extranjeros, requiriendo de los primeros una serie de requisitos para permitir su ingreso, mientras que a los últimos se les permitía el libre acceso luego de pagar un cover. Por ende, sí correspondería aplicar a la discoteca el artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716, toda vez que se trataba de un local de acceso público.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

El precepto aplicable sobre este extremo en el 2004 era el artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 807, sin embargo, en la actualidad ya se encuentra derogado por la entrada en vigor de la Ley N° 29571 “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, publicada el 2 de setiembre del 2010, la cual sigue vigente con algunas modificaciones al día de hoy. Este nuevo cuerpo normativo contiene una definición más amplia del término “discriminación en el consumo”, lo que permite una protección más intensificada a los consumidores en una relación de consumo. Esto debido a que, en la norma del 2004 se hacía la precisión del local abierto al público, mientras que en la actual no se hace esta distinción entre local de acceso restringido o de acceso público, sino que se establece una protección total a los consumidores sin importar la naturaleza del local:

Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

No obstante, sí se hace una mención expresa en el artículo 40 del Código de que los establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de acceso a sus instalaciones, tienen el deber de informarlas de manera directa, clara y oportuna.

Finalmente, en cuanto a la manera en la que se informó a los consumidores las reglas del establecimiento, debemos afirmar que esto sí se cumplió de acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 716 de aquella época, hecho que no ha cambiado en la normativa actual, ya que podemos encontrar una disposición muy similar en el artículo 1.1 b) (derecho de los consumidores a la información), el artículo 2.1, 2.2 (información relevante que debe brindar el proveedor) y el previamente citado artículo 40.

3. El empleo de diligencia mínima en el consumidor razonable (Fernando Yaya)

En aquella época, si bien el Decreto Legislativo N° 716 no señalaba específicamente al “consumidor razonable” dentro su cuerpo normativo, el Indecopi (2001) entendía y definía este término de la siguiente manera:

Se considera consumidores razonables a los que antes de tomar decisiones de consumo, adoptan precauciones comúnmente razonables y se informan adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecen los proveedores. El consumidor razonable actúa en el mercado con la diligencia ordinaria con que se desenvuelve en la vida diaria, juzgando la información a la cual tiene acceso, principalmente a partir de su experiencia, atendiendo al significado usual de las palabras, frases y oraciones, prefiriendo, de varias interpretaciones posibles, aquella que surge naturalmente a sus ojos.

En este caso, el señor Fernando Yaya jugó en el operativo el rol de consumidor que se acercaba al establecimiento de United Disco S.A para pasar una noche de diversión en sus instalaciones. Si nos detenemos a evaluar los hechos, el señor sí habría actuado diligentemente, pues no solo observó el letrero que contenía el reglamento de la discoteca, sino que además se aproximó al personal de seguridad del local para consultarle la forma en la que podía ingresar.

Estos actos han quedado evidenciados tanto en el acta de inspección de aquel día como en el video donde se aprecian las imágenes de lo ocurrido. Por un lado, en el acta consta que el señor Yaya notó y leyó el letrero colocado en la entrada del local y en el video se aprecia cuando le estaba haciendo las preguntas del caso al personal de seguridad. Así, podemos inferir que el señor Yaya actuó diligentemente al tomar la decisión de consumir en el local, ya que se informó previo ingreso sobre la forma en la que podía tener acceso a él y adoptó una actuación que normalmente apreciamos en la vida diaria: se detuvo a leer el letrero en la entrada, entendió el significado de las reglas contenidas en el mismo, así como la explicación brindada por el personal de seguridad. De no haber sido diligente, ni siquiera se hubiera tomado la molestia de informarse sobre los requisitos para el ingreso al local ni muchos menos se hubiera percatado de la existencia del letrero.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

A lo largo de los años se ha debatido lo que implica el término “consumidor razonable”. En la década de los noventa, el Indecopi ya se había pronunciado respecto a este término en su jurisprudencia, sin embargo, esta definición no fue reconocida legislativamente hasta años después (Bullard, 2008, p.7). En el momento de los hechos (2004), el Decreto Legislativo N° 716 únicamente mencionaba como concepto de consumidor lo siguiente: “Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”. En el año 2008, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1045, a través del cual se modificó el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, lo cual trajo una nueva definición de consumidor que aludía específicamente al consumidor razonable: “(...) La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias”.

En cuanto a la doctrina, tenemos que para inicios de los 2000, esta nos indicaba que se trataba de un término que describía a un ser poco realista y que en la práctica difícilmente podíamos hallar: “El ideal del hombre razonable o diligente es pues un ser especial que no existe en nuestra realidad, no es el consumidor promedio, sino alguien que está por encima del promedio” (Durand, 2008, p. 328). Sin embargo, otra parte de la doctrina sí estaba de acuerdo con este término pues consideraba que era una manera idónea de incentivar al consumidor a actuar con mínima diligencia y no ampararse en el proteccionismo que la ley podría ofrecerle:

El estándar de consumidor razonable busca formar consumidores cuidadosos y responsables, siendo la desprotección jurídica de su propia imprudencia una invitación a actuar precavidamente antes de tomar una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la ley protegería aun en situaciones producidas por sí mismos. (Espinoza, 2004)

En años más recientes, la postura en contra del uso del término se ha seguido manteniendo al manifestar que si lo pusiéramos en práctica se desprotegería a gran parte de la población, la cual difícilmente contaría con las características que describen al consumidor razonable:

(...) se requiere de un alto grado de educación en nuestra población, y lamentablemente ni nuestro país ni los demás de nuestra región se encuentran lo suficientemente

preparados para ello. Por ello, tomar la posición del “consumidor razonable” sería algo incoherente con nuestra realidad y dejaría en un estado de desprotección a la mayoría de la población. (Como se citó en Quinteros, 2023, p. 287)

Y, por otra parte, también se ha evidenciado la postura a favor:

¿Quién les ha dicho que el estándar debe ser una foto de la realidad? El estándar tutela al consumidor razonable porque queremos incentivar la actuación o conducta razonable de los consumidores. Si al consumidor le bastara ser torpe para ser tutelado, carecería de incentivos para superar su estado de torpeza. Así de simple y duro. (Como se citó en Rodríguez, 2014)

En el año 2010 se derogó el Decreto Legislativo N° 1045 y se adoptó una nueva definición del consumidor que fue plasmada en el nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor que estipula lo siguiente:

Consumidores o usuarios.- las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

Esta nueva definición se ha mantenido hasta nuestros días. Consideramos que el término “consumidor razonable” es de suma importancia, pues es una forma de incentivar al consumidor a actuar con la diligencia debida al momento de adquirir un producto. No podemos esperar a encontrarnos en el escenario ideal para demandar del consumidor una conducta más razonable, sino que debemos exigírselo desde este momento, pues de lo contrario se estaría dando cabida a que el consumidor actúe de manera irresponsable, ya que estaría seguro de que no se le va a sancionar, sino que incluso se le va a defender cuando no debería ser de esa manera. Como señala Bullard (2008), así como queremos conductores cuidadosos, también queremos consumidores que se informen adecuadamente y no personas que teniendo un contrato en frente opten por no leerlo y esperen a que luego se les proteja por su negligencia. Sin embargo, debemos precisar que también somos de la idea que debe promoverse una mejor educación en el consumo a nivel nacional y hacerse campañas que permitan al consumidor de a pie conocer los criterios mínimos que debe tener en cuenta al momento de adquirir un producto o servicio.

4. La configuración de un acto discriminatorio por parte de Aura por razones étnicas, de procedencia geográfica y socioeconómicas

En primer lugar, tenemos que el personal de seguridad de la discoteca, le informó a la pareja N° 1 de rasgos mestizos que para el ingreso al local necesariamente debían ser socios o formar parte de la lista de invitados, condición con la que no contaban; sin embargo, la pareja N° 2 de rasgos caucásicos, en ningún momento fue informada de ello y además pudo adquirir boletos para ingresar a la discoteca sin verificar que contara con los requisitos que el reglamento del propio establecimiento solicitaba. Esto claramente denota un trato discriminatorio que no encuentra justificación alguna. Aura se defendió diciendo que no era un local de acceso público, por lo que no le era aplicable el artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716 y además señaló que el personal de

seguridad no trabajaba directamente para ellos, sino que era un tercero contratado y que no podían hacerse cargo de sus acciones.

Antes de proceder al análisis, nos gustaría señalar en qué consiste el derecho a la igualdad, cuál es su contenido protegido, su ámbito de aplicación, su carácter relacional, su consideración como principio, y posteriormente, cuál es la diferencia entre trato diferenciado y trato discriminatorio.

Para comenzar, nuestra Constitución establece el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación en su artículo 2.2 según el cual: "(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole". La doctrina, por su lado, señala que

La igualdad, al ser reconocida como un derecho fundamental, adopta la forma de un derecho subjetivo, esto es, una relación jurídica en donde se puede identificar a un sujeto titular (quien reclama se le brinde un trato igual al de otra persona con la que comparte una misma o similar situación o condición), un sujeto obligado (a quien el titular le reclama recibir el mismo tratamiento que otra persona, generalmente el Estado, pero también otros sujetos privados), y el contenido (el tratamiento que se reclama). (Landa, 2021, p. 74)

En cuanto al contenido protegido de este derecho se puede dividir en tres:

- Igualdad formal que se divide a su vez en una igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El primer ámbito formal de la igualdad es un mandato dirigido al legislador para que no introduzca diferenciaciones arbitrarias o carentes de justificación. Esto significa que el legislador sí puede diferenciar entre sujetos y situaciones de hecho otorgándoles un régimen jurídico diferenciado, pero tal tratamiento tendría que estar justificado en el cumplimiento de objetivos constitucionales igualmente valiosos, con lo cual un tratamiento legislativo diferenciado se convierte en arbitrario cuando carece toda justificación o, si teniéndola, está constituido por un motivo prohibido por el artículo 2.2 de la Constitución. (...) Por otro lado, la igualdad en la aplicación de la ley se entiende como un mandato dirigido a la administración pública y a los jueces, en tanto órganos de aplicación de la ley y del derecho en general. Les exige que los casos con características objetivas y subjetivas que presenten similitudes relevantes similares sean resueltos de la misma forma, porque "a igual derecho, igual razón", con lo cual una solución distinta de un caso con características similares a uno ya resuelto anteriormente (término de comparación) podría ser contraria al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. (...)
- Prohibición de discriminación: mandato dirigido al Estado y a los privados, que tiene una dimensión negativa, que prohíbe a toda autoridad o persona o empresa privada toda diferenciación arbitraria, carente de justificación o basada en los motivos prohibidos por la Constitución, que por ello constituirá discriminación. (...)
- La igualdad material (sustancial) o dimensión positiva del principio de igualdad supone una activa intervención del Estado frente a su clásica comprensión abstencionista, con el fin de superar desigualdades estructurales para brindar mayores oportunidades de desarrollo a colectivos históricamente invisibilizados (...). (Landa, 2021, p. 80-82)

Por otra parte, este derecho tiene un amplio ámbito de aplicación, pues la igualdad puede presentarse en diversas circunstancias como en el derecho a la salud, educación, trabajo, acceso a la justicia, entre otros; sin embargo, algunas de las más importantes son el ámbito jurídico: "El primer ámbito formal de la igualdad es un mandato dirigido al legislador para que no introduzca diferenciaciones arbitrarias o carentes de justificación"

(Landa, 2021, p. 80); el ámbito laboral y de relaciones públicas: “la igualdad también rige en el ámbito de las relaciones privadas, así, por ejemplo, en el ámbito laboral ha tenido un desarrollo interesante, en la medida que, por ejemplo, despidos basados en el embarazo de una mujer han sido declarados nulos por discriminatorios” (Landa, 2021, p. 81).

Asimismo, no podemos olvidar el carácter relacional del derecho a la igualdad, ya que “(...) funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan” (STC 1604-2009-PA/TC, fundamento 9).

Pero además de ser un derecho, cabe mencionar que se trata también de un principio como lo señala el Tribunal Constitucional:

(...) la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. (...) (STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 20)

Esto significa que además de ser un derecho inherente a toda persona, es también un principio rector de la actuación del Estado y su interpretación. En ambos casos cobra importancia la distinción entre trato diferenciado y trato discriminatorio, pues no comportan lo mismo y uno de ellos sí se encuentra permitido por ley.

Julio Durand (2010), precisa que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable [...]. (como se citó en Amaya, 2015, p. 28)

Esto nos indica que, pese a que se prohíbe la discriminación y se exige la igualdad ante la ley, no todo trato desigual constituye necesariamente un acto discriminatorio siempre y cuando se realice por razones justificadas:

(...) debe precisarse que la *diferenciación* está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se estará frente a una *discriminación* y, por tanto, ante una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (STC 02861-2010-PA/TC, fundamento 5)

Un ejemplo claro de trato diferenciado es apreciable cuando se les ofrece a las personas con discapacidad, niños pequeños, embarazadas o adultas mayores un trato y atención especiales cuando acuden a establecimientos públicos, pues estas personas por razones de salud no pueden ser expuestas a ciertas situaciones a las que una persona que no cuente con estas características podría hacerlo. Ello no involucra un trato discriminatorio, sino uno diferenciado. Igualmente sucede cuando se le prohíbe a un

menor de edad ingresar a una licorería, ya que lo que se pretende en ese caso es protegerlo del acceso a bebidas alcohólicas que podrían ocasionar un grave daño a su salud. Situaciones como estas justifican que se limite el derecho a la igualdad de algunas personas, pero cuando entramos al terreno de ir en contra directamente de lo dispuesto por nuestra Constitución como es negarle igualdad de trato a las personas por sus características físicas, ideológicas, sexuales, entre otras, es en este caso que sí podemos hablar de discriminación.

A continuación, verificaremos si nos encontramos ante un acto de discriminación en el consumo por las tres razones señaladas en el enunciado o si, por el contrario, se produjo un trato diferenciado lícito. En primer lugar, podemos confirmar que hubo un trato racista con respecto a las parejas, ya que precisamente fue la pareja N° 1 (de rasgos mestizos) la que se vio perjudicada y que en ningún momento tuvo acceso a la compra de boletos, mientras que la pareja N° 2 (de rasgos caucásicos), pudo comprar sin reparos sus boletos de entrada y sin verificarse que se encontraran en la lista de socios o de invitados. Lo señalado constituye una diferenciación basada en características meramente raciales, pues estas personas se encontraban en igualdad de condiciones al momento de denegarles el acceso a la discoteca (ninguna cumplía con los requisitos solicitados por la discoteca en su propio reglamento), pero, aun así, se hizo esta diferencia sin argumento válido de por medio. Esto deviene en inconstitucional, pues va directamente en contra del contenido protegido por el principio-derecho de igualdad que es la prohibición de la discriminación (la discoteca vulneró lo establecido por nuestra Constitución al diferenciar de manera arbitraria e injustificada a los consumidores). Además, si la Administración Pública no actúa conforme a derecho se vulneraría la igualdad material, pues es su deber intervenir para evitar este tipo de situaciones.

En segundo lugar, también podemos observar que se configuró un acto discriminatorio por razón de procedencia geográfica, debido a que uno de los ciudadanos que pudo ingresar, perteneciente a la pareja N° 2, contaba con carnet de extranjería que lo identificaba como foráneo, ante lo cual se le permitió el ingreso sin ninguna clase de traba, creando nuevamente un trato discriminatorio en comparación con los ciudadanos nacionales que conformaban la pareja N° 1 a los cuales se les negó la entrada por el hecho de no ser extranjeros y/o de no "lucir" lo suficientemente foráneos. Debemos agregar que esta diferenciación no solamente se produjo en la práctica, sino también se evidenciaba en las reglas de acceso al local de público conocimiento para todos los consumidores, donde una vez más confirmamos que Aura favorecía a los extranjeros por sobre los nacionales sin mediar una razón justificada. Este trato también deviene en inconstitucional al contravenirse lo establecido por nuestra Carta Magna (prohibición de discriminación sin razón proporcional ni justificada).

En tercer lugar, nos toca analizar si se configuró un acto discriminatorio por razón socioeconómica, en este caso, discrepamos de la opinión del Indecopi al respecto, pues, United Disco S.A tenía la potestad de asignar los valores económicos que considerara adecuados a sus servicios, tanto más si se tiene en cuenta que la discoteca funcionaba en uno de los distritos más exclusivos de Lima, lo cual sin duda implicaba mayores costos y gastos de mantenimiento para los propietarios del local, tales como la contratación de personal de seguridad y el que atendía en el interior del establecimiento, además de los costos de iluminación, decoración, bebidas, alimentos, mobiliario, entre otros gastos necesarios para el correcto funcionamiento de la discoteca, lo que

justificaba las reglas establecidas por Aura para que alguien pueda convertirse en socio de la discoteca (ser laboralmente activo y contar con una tarjeta de crédito). Es evidente que para que un negocio subsista sus ingresos deben superar sus gastos, de lo contrario, no sería rentable. Es por ello que, únicamente en este tercer extremo disintimos con lo concluido por el Indecopi y no consideramos que se haya realizado un acto discriminatorio por razón socioeconómica.

De esta manera, concluimos que sí le es aplicable a Aura el artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716 (anteriormente comprobamos que se trata de un local de acceso público) y no puede escudarse en que el personal de seguridad es un tercero contratado, ya que la propia Sala del Indecopi en el caso de la discoteca Asia Rock tiene resuelto que:

(...) las normas de protección al consumidor no distinguen la responsabilidad de los proveedores entre aquellos que prestan sus servicios directamente y quienes lo hacen a través de dependientes o terceros. En ese sentido, la responsabilidad recae en el proveedor que se vale de estos para brindar su servicio, pues en las relaciones de consumo los proveedores suelen actuar a través de sus empleados, independientemente de su régimen laboral o contractual (Amaya, 2015, p. 65).

Es decir, United Disco S.A, aun cuando contaba con seguridad externa prestada por un tercero, mantenía su responsabilidad respecto de los servicios que brindaba al público, pues, el personal de seguridad no actuaba por cuenta propia, sino bajo las instrucciones de Aura.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

Tanto aplicando la normativa del 2004 como la actual podemos llegar a la conclusión de que en efecto se produjo un acto de discriminación en el consumo por razones de raza y de procedencia geográfica. Resulta evidente, según lo expuesto anteriormente, que hubo un trato diferenciado que carecía de razón objetiva para denegar el ingreso de la pareja N° 1 con rasgos mestizos.

Por otro lado, quedó evidenciado que a la pareja N° 2 se le permitió la compra de tickets sin cuestionamiento alguno, pese a que se encontraba en las mismas condiciones que la pareja N° 1 (ninguna era socia ni figuraba en la lista de invitados de la discoteca), por lo cual no había motivo justificado para este trato diferenciado. Por el contrario, en lo que sí se diferenciaban las parejas era tanto en los rasgos étnicos como en la procedencia geográfica, dándole la discoteca de esta manera, preferencia a las personas caucásicas, extranjeras o que “lucieran como tales”, creando un trato discriminatorio entre ciudadanos nacionales y foráneos.

Retornando a la normativa aplicable, debemos señalar que, tanto en el 2004 como en la actualidad, la Constitución peruana (artículo 2.2) y el Código Penal (artículo 323), protegen, reconocen, prohíben y sancionan la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación. Si bien, estas normas han experimentado sus respectivas incorporaciones y modificaciones a lo largo de los años, su esencia principal referida a la protección del derecho en mención, se mantiene.

En cuanto al caso específico de la discriminación en el consumo, tenemos que el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor (artículos 5 d) y 7-B) sancionaba y prohibía cualquier clase de acto discriminatorio en el consumo, además, debemos recalcar que estos artículos fueron incluidos gracias a la Ley N° 27049. Mientras que en la actualidad el Código de Protección y Defensa del Consumidor (artículos 1.1, 38.1, 39, 40, 64.1 e), 105 y 125) y el Decreto Legislativo N° 1033 (artículo 27) tratan sobre dicha prohibición y señalan el importante rol del Indecopi para evitar su comisión.

Esto nos permite comprobar que la ley sigue del lado correcto y que incluso ahora se preocupa con mayor intensidad por la defensa de los derechos humanos, en este caso específico, de la defensa de la igualdad y no discriminación. En cuanto a los instrumentos internacionales que también apoyan la protección de este derecho, tenemos a:

La Carta de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 55 dispone:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades;

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece en su artículo 2.1 que:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". // Artículo 7: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación;

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 26 dice que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señala en su artículo 2.2 que:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". // Artículo 3: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto;

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que prescribe en su artículo II que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 24 se establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Por todos estos motivos, confirmamos que estamos de acuerdo con la aplicación de la normativa señalada en párrafos anteriores para este caso, pues efectivamente nos encontramos ante un acto discriminatorio por razones étnicas y de procedencia geográfica.

5. La presunta vulneración del derecho a la libre contratación

United Disco S.A alega que, durante la diligencia de inspección, se le vulneró su derecho a la libertad de contratación.

Comencemos analizando la presunta vulneración a la libertad de contratación. Primero debemos definir qué se entiende por “libertad de contratación”, esta es

el poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, para elegir a su contraparte y para determinar libremente el contenido de sus contratos. (...) se exterioriza mediante dos clases de libertades: a) la libertad de contratar o libertad de conclusión [concebida como un derecho fundamental en el artículo 2, inciso 14 de la Constitución al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”]; y b) la libertad contractual o libertad de configuración interna [a través de la cual las personas que han decidido contratar acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, y que se encuentra garantizada en el artículo 62 de nuestra Constitución]. (Soto, p. 104-107)

(...) *“el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público”.* (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47) (como se citó en Tribunal Constitucional, 2012, p. 2-3)

En relación al caso materia de análisis, los propietarios de la discoteca contaban con la facultad de decidir con quién contratar, la materia sobre la cual contratar y el contenido de su contrato, esto incluso se ve reflejado en la creación de su propio reglamento. Eso no es lo que pretende cuestionar el Indecopi, sino la manera en la que Aura habría decidido actuar en el caso en concreto, generando una brecha en la forma de trato al consumidor, sin mediar razón objetiva para ello.

La noche de los hechos, el personal de seguridad de la discoteca le preguntó a la pareja mestiza si sus nombres figuraban en la lista de invitados para ingresar al local, mientras que a la pareja caucásica no se le hizo ninguna pregunta y pudo acceder a la compra de tickets sin ningún problema. Por tanto, Indecopi no se encuentra cuestionando el ejercicio de la libertad de contratación de United Disco S.A, no está tratando de imponerle con quiénes debe contratar y con quiénes no, sino que sus argumentos, más bien, seguían la línea de la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a un establecimiento abierto al público con el que cuentan los consumidores afectados.

El Indecopi apuntaba a velar por que las condiciones contractuales dispuestas por Aura fueran justas y que no escondieran fines discriminatorios, en este caso en particular, por cuestiones de raza, socioeconómicas y de procedencia geográfica. Esto debido a que, además de la diferencia de trato ejercida sobre las dos parejas, también existirían elementos discriminatorios en el reglamento de la discoteca al no requerir que los extranjeros deban figurar en una lista de invitados para poder ingresar al local, mientras que los ciudadanos nacionales obligatoriamente debían o bien ser socios o constar como invitados (acto discriminatorio por cuestión de procedencia geográfica). Mientras que el acto discriminatorio por razones socioeconómicas, según Indecopi, se evidenciaría en que una persona que no contara con los recursos económicos como para convertirse en socio o siquiera formar parte de la lista de invitados, se vería discriminada al no alcanzar el estatus social y económico con el que contaban las personas que asistían a Aura. Sin embargo, como analizamos en el punto 4, descartamos que se haya configurado un acto discriminatorio por razones socioeconómicas.

Ahora bien, toca también mencionar la existencia de límites a la libertad de contratación, pues si bien estamos ante un derecho fundamental de la persona humana dispuesto por la Constitución, existen escenarios en los que se vería limitado.

(...) creemos que existen tres grandes categorías jurídicas que limitan el ejercicio de la autonomía privada: a) las normas legales imperativas [aquellas que ordenan o prohíben conductas]; b) el orden público [conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares]; y c) las buenas costumbres [elementos existenciales acordes con la moral, pero entendida como una moral social]. No obstante, existen otras figuras jurídicas que de una manera u otra también limitan el ejercicio de la libertad de contratación. Estas figuras, a nuestro criterio, son: (...), el abuso del derecho (...). (Soto, 2008, p. 115-122)

Si nos referimos a las normas legales imperativas como unos de los límites a la libertad de contratación, debemos precisar que nos encontraríamos efectivamente en este supuesto, pues el derecho a la igualdad y no discriminación no es solo un derecho de mandato constitucional, sino también de carácter internacional amparado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros instrumentos normativos.

En cuanto al orden público, también se estaría configurando este límite en el caso en estudio, ya que, el pretender vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación, es un acto repudiado severamente por la ley y que es contrario a los principios de nuestro ordenamiento social.

Si nos referimos a las buenas costumbres, es más que evidente que nos encontramos una vez más ante un límite a la libertad de contratación, porque, la realización de un acto diferencial sin razón objetiva y fundamentada (trato discriminatorio), no solo es reprobada por la ley sino también por nuestra sociedad, la cual no admite la discriminación de ningún tipo.

Por otro lado, un último límite que consideramos se ha configurado en este caso es el de abuso del derecho, pues si bien United Disco S.A cuenta con la facultad y derecho de definir el contenido de sus contratos, como en este caso el reglamento de la discoteca con sus requisitos para admitir clientes, no puede ampararse en su derecho a la libertad

de contratación para realizar acciones ilícitas, como es actuar discriminatoriamente. Bajo ninguna circunstancia esto debe ser admitido. La existencia de locales de uso exclusivo para ciertas personas es válida, pero no debe perderse de vista que las razones para ello no deben basarse en razones discriminatorias, sino en un verdadero trato diferenciado amparado en razones objetivas.

Por todas estas razones y al configurarse todos estos límites, es que consideramos que no hubo vulneración al derecho de libre contratación, sino que existió una conducta discriminatoria por parte de la discoteca y por ello, el Indecopi se vio obligado a actuar y sancionarla.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

En lo que respecta a la normativa aplicable, tanto en el 2004 como en la actualidad, se encuentra vigente el artículo 2, inciso 14 de la Constitución (derecho a la libertad de contratación) y el artículo 62 (libertad de contratar), así como también el artículo 2 c) del Decreto Legislativo 807 (facultad del Indecopi de realizar inspecciones en locales). Asimismo, se suma al cuerpo normativo vigente en la actualidad el Decreto Legislativo N° 1033, artículo 2.1 literal d), que dispone específicamente como una de las funciones del Indecopi el proteger los derechos de los consumidores evitando la discriminación en el consumo. Esta adición nos permite comprobar una vez más que nuestras leyes están implementándose a medida que pasan los años para poder proteger de una manera más completa al consumidor y se encuentran abordando el tema de la discriminación, al cual no se le brindó la importancia debida durante una época.

6. De si fue adecuada la aplicación de la sanción de 35 UIT a Aura y la imposición de medidas correctivas

Coincidimos con el Indecopi respecto a la aplicación de la sanción de 35 UIT impuesta a Aura, ya que se configuró un acto discriminatorio que afectó la dignidad e integridad humanas de los afectados. Es así que debemos aplicar el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 716 que establece que, al momento de graduar la sanción, la Comisión deberá tener en cuenta la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar la Comisión.

En este caso, no estamos hablando de un perjuicio menor, sino de una vulneración a un derecho constitucional importante que es la igualdad y no discriminación, por lo tanto, la falta es indudablemente grave y el daño resultante también.

En cuanto a los efectos que pudiesen ocasionar en el mercado, debemos enfatizar en que se debe atender al número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona, en este caso, muchas personas acudían al centro comercial Larcomar, ante lo cual corresponde que la sanción impuesta por la práctica sea elevada (Indecopi, 2004). Además, debemos de tener en cuenta que "(...) el consumo dentro de toda sociedad constituye un factor económico de alta relevancia, que, al verse perjudicado por actos de discriminación impide el desarrollo económico de la sociedad (Indecopi, 2004, p.10)".

En adición, nos gustaría citar como ejemplos los casos de Pub Mamá América, Ukukus Pub y Café del Mar, en los cuales se configuró un acto discriminatorio, tal como ocurrió en el caso de Aura. La forma en la que fueron sancionados fue la siguiente:

Local	Expediente	Resolución	Año de resolución	Sanción	Motivo
Pub Mamá América	Nº 022-2003/CPCSUR/CUS	Nº 0221-2004/TDC-INDECOPI	2004	20 UIT	Discriminación racial, socioeconómica y de procedencia geográfica
Ukukus Pub	Nº 043-2003/CPCSUR/CUS	Nº 0565-2004/TDC-INDECOPI	2004	5 UIT	Discriminación racial, socioeconómica y de procedencia geográfica
Café del Mar	Nº 176-2006/CPC	Nº 0911-2006/CPC	2006	37 UIT (primera vez)	Discriminación debido a etnicidad
	Nº 2188-2006/CPC	Nº 2174-2006/CPC		70 UIT (segunda vez)	

En los tres casos, la Sala aplicó básicamente el mismo análisis para determinar las sanciones en aplicación del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 716. Sin embargo, tanto para Pub Mamá América como para Café del Mar las sanciones fueron ejemplares, mientras que para el caso de Ukukus Pub, se consideró que, de ser legal, se hubiera elevado la sanción, pero debido a la existencia de la *reformatio in pejus*, la Sala tenía la obligación de no modificar la sanción impuesta de manera tal que perjudicara más al administrado, aclarando la Sala que en casos anteriores de discriminación las multas sí habían sido mayores.

Como vemos, cuando se trata de la vulneración a un derecho constitucional tan importante como es la igualdad y no discriminación, la sanción es elevada, con la finalidad de desincentivar este tipo de conductas. Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia de la época, a los análisis tomados en cuenta, al tope máximo establecido por multa de hasta 100 UIT (artículo 41 del Decreto Legislativo N° 716) y a los principios del procedimiento administrativo y de la potestad sancionadora administrativa (artículo IV incisos 1.2, 1.4, 1.15; y artículo 230.2, 230.3, 230.6 de la Ley N° 27444), estamos de acuerdo con la imposición de la multa de 35 UIT en el caso de Aura.

En cuanto a la aplicación de medidas correctivas, también estamos de acuerdo, ya que, en efecto, se configuró un acto discriminatorio el día de los hechos, por lo que correspondía, en aplicación del artículo 42 inciso k) del Decreto Legislativo N° 716, que el Indecopi ordenara al proveedor (United Disco S.A) la adopción de las medidas necesarias para revertir los efectos que la conducta infractora ha ocasionado, en este caso las medidas que corresponden según decisión de la Comisión son que Aura se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores y de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas.

De esta manera, lo que le correspondería hacer a la discoteca es permitir el acceso de personas de todo color de piel y características étnicas, así como de cualquier estatus socioeconómico y procedencia geográfica, únicamente haciendo excepciones cuando

realmente exista una razón justificada para ello, por ejemplo: una persona de cualquier etnia que pretenda ingresar al local con armas de fuego, lo cual pondría en peligro la vida de los otros consumidores presentes, y por tanto, sí justificaría una prohibición de entrada al establecimiento.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

A lo largo de los años transcurridos, entraron en vigencia nuevas normas que modificaron la manera en la que se gradúa una sanción, es por ello que consideramos que la manera en la que se sancionó a Aura en aquella época (2004) no coincidiría con los valores a aplicar en el 2010, año en el que entró en vigencia la ley que transformó el ámbito de Protección al Consumidor, ni tampoco coincidiría con los valores a aplicar en la actualidad (2025).

En primer lugar, en el año 2010 se publicó el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual trajo consigo muchos cambios y modificaciones. Así tenemos que, para la graduación de las sanciones a partir de esa fecha, se empezó a tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 108, 110 y 112 de esta ley. Un caso que nos gustaría citar es el de Asia Rock, el cual data del año 2013 y que al igual que el de Aura, trata sobre prácticas discriminatorias en su establecimiento sin mediar razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes o cualquier otra razón objetiva que justificara el hecho. Para la graduación de la sanción, que resultó ser de 50 UIT, se tomaron en cuenta los artículos previamente citados y los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad dictados por la Ley N° 27444, aún vigente.

Si tomáramos en cuenta estos nuevos artículos del Código, el análisis del caso Aura podría ser diferente. Veámoslo desde una perspectiva del 2010:

El artículo 108 claramente sería de aplicación pues el proveedor (Aura) violó un derecho constitucional de los consumidores (derecho a la igualdad y no discriminación) y no cumplió con las obligaciones que la norma le impone al proveedor (el trato justo y equitativo de los consumidores en toda transacción comercial y a no discriminarlos).

En lo que respecta al artículo 112, tendríamos como criterios de graduación para Aura los siguientes:

- 1. La probabilidad de detección de la infracción:** en este caso es muy baja, pues la configuración de prácticas discriminatorias es de difícil probanza. La Comisión pudo tomar conocimiento de este hecho gracias a las quejas anónimas que llegaron al Indecopi señalando que presuntamente se cometía este trato discriminatorio en la discoteca y por ello fue que se ordenó una visita inspectiva al local donde se confirmaron los hechos.
- 2. El daño resultante de la infracción:** la vulneración del derecho constitucional de igualdad y no discriminación, lo cual a su vez genera un grave daño a la dignidad e integridad de la persona.

3. **Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado:** los efectos generados en el mercado son nocivos pues impide el correcto desarrollo económico de la sociedad.
4. **La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores:** alto nivel de afectación a la integridad de los consumidores de rasgos mestizos y nacionales.
5. **Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar:** el Indecopi suele colocar sanciones ejemplares en casos donde se producen prácticas discriminatorias para así desincentivar la generación de nuevas conductas.

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 110, cabe citar otros casos de discriminación como el de la Rosa Náutica², la discoteca Mood³ y la clínica San Pablo⁴. Todos estos tienen en común que se les aplicó una sanción de 50 UIT al ser consideradas las infracciones cometidas por los proveedores como faltas graves. Recordemos que el artículo 110 literal b) señala que las: “Infracciones graves, [pueden ser sancionadas] con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT”. En todos estos casos se hizo un análisis similar al de Asia Rock tomando en cuenta el artículo 112 y 108 del Código.

Por lo que se llegó a la conclusión de que al vulnerarse un derecho fundamental tan importante como el de la igualdad y no discriminación (por diversas razones en cada caso), era necesario que el Indecopi impusiera una sanción ejemplar a los proveedores en falta para desincentivar este tipo de prácticas discriminatorias en un futuro. Además del grave daño al mercado y al interés colectivo de los consumidores, quienes tuvieron que enfrentar esta clase de tratos durante años en algunos casos.

Por todas estas razones y, además, en atención a los principios de razonabilidad y predictibilidad dictados por la Ley N° 27444, consideramos que si el caso Aura hubiera

² Caso de discriminación por razón de género seguido contra el restaurante La Rosa Náutica en perjuicio de la Asociación de Consumidores Indignados Perú (ACIP), tras constatar que el local ofrecía cartas de comida diferenciadas para hombres y mujeres, sin justificación válida. La de los hombres contaba con los precios de los platos, mientras que la de las mujeres no. Indecopi falló a favor de los denunciantes y ordenó la sanción del restaurante con una multa de 50 UIT, la imposición de medidas correctivas (dejar de entregar cartas distintas, cumplir con brindar trato igualitario a hombres y mujeres, brindar capacitación sobre prevención de discriminación a todos los trabajadores, colocar de forma permanente un cartel al interior del local donde se prohíba la discriminación de cualquier tipo), el pago por concepto de costas y procedimiento, la inscripción del local en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi y la participación del ACIP en el 31,25% de la multa impuesta.

³ Caso de discriminación por orientación sexual seguido contra la discoteca Mood en perjuicio del señor Joseph Saucedo, a quien personal de seguridad del local decidió retirarlo junto a su acompañante tras haberse dado un beso en los labios dentro de las instalaciones. Indecopi falló a favor de Saucedo ordenando como medida correctiva que cese la aplicación de prácticas discriminatorias en contra del denunciante. Sancionó a la discoteca con una multa de 50 UIT por la infracción, ordenó a la denunciada el pago de costas y costos del procedimiento y su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

⁴ Caso de discriminación por discapacidad seguido contra la clínica San Pablo en perjuicio de un menor de edad que padecía de Trastorno del Espectro Autista, a quien se le negó injustificadamente el acceso al Plan Familiar Salud San Pablo por dicha condición y además no se le atendió su reclamo. Indecopi falló a favor de los denunciantes (padres del menor) ordenando que se multara al establecimiento con una multa de 51 UIT, que el mismo devolviera a los denunciantes el monto cancelado por concepto de pagos a cuenta de plan familiar más los intereses legales, que cumpliera con atender la solicitud de afiliación del menor, que se abstuviera de realizar actos discriminatorios en vulneración a los derechos de los consumidores, y finalmente, su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

ocurrido en la década del 2010, la decisión de la autoridad administrativa de imponer una sanción tan alta sería proporcional con el grave daño generado y la sanción debería ser congruente con los antecedentes administrativos que hemos visto en los otros casos mencionados, por lo que concluimos que a Aura también se le impondría una multa similar de 50 UIT.

Sin embargo, esta graduación de la sanción cambia si tomamos en cuenta las normas que se emitieron después del 2020. En el año 2021, se publicó el Decreto Supremo N° 032-2021-PCM, que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi respecto de infracciones sancionables en el ámbito de su competencia. En el caso de la discoteca Titanium Club que también versa sobre trato discriminatorio en el consumo ocurrido en el 2023, se aplicó esta nueva metodología, por lo que la tendremos en cuenta para hacer nuestro propio análisis sobre el caso Aura visto desde una perspectiva del 2025:

De acuerdo con el Anexo del Decreto Supremo N.º 032-2021-PCM, la multa preliminar (M) se estima en función de la multiplicación de una multa base (m) por un componente que captura el efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en cada caso (F), conforme a la siguiente fórmula: $M = m \times F$. Finalmente, dicho monto (M) es ajustado conforme a los topes máximos legales pertinentes, hasta obtener una multa final (M^*). (Indecopi, 2023, p. 14)

De otro lado, se tiene en cuenta que para calcular la sanción se utilizan dos tipos de métodos: el método basado en valores preestablecidos y el método ad hoc. El primero de ellos se elegirá siempre que la infracción cumpla la totalidad de las siguientes tres características: i) se desarrolló por un periodo menor a 2 años (los hechos ocurrieron el 23 de octubre del 2004); ii) no dañó ni puso en riesgo la vida y/o salud de las personas (se dañó la dignidad de los consumidores, mas no se vio en peligro la vida ni la salud físicas de los mismos⁵); iii) tuvo un alcance geográfico menor al nivel nacional (la infracción solo se produjo en Miraflores, Lima). Por tanto, correspondería utilizar el método de valores preestablecidos.

“(…) la Multa Base (m) se estima multiplicando un primer componente de valores preestablecidos según la afectación y el tamaño del infractor ($k_{i,j}$) por un segundo componente que denominamos factor de Duración (Df) (…) (Decreto Supremo N° 032-2021-PCM)”.

“El primer componente ($k_{i,j}$) se determina a partir de un cuadro de doble entrada ordenada por filas conforme el nivel de afectación (subíndice i) y en columnas según el tamaño de infractor (subíndice j). (Decreto Supremo N° 032-2021-PCM)”.

Niveles de afectación	Tipo de infracción
Muy alta	- Infracciones donde se produzca una afectación al trato diferenciado o

⁵ Para este análisis tomamos como ejemplo el caso Titanium Club donde el Indecopi considera como daño y puesta en riesgo de la vida y/o salud únicamente a las agresiones físicas, pero no a aquellas que podrían encontrarse más ligadas con el ámbito psicológico. En el citado caso, se consideró que hubo dos infracciones principales: i) la discriminación de un consumidor por la forma en la que iba vestido, lo cual conllevó a que le impidieran el ingreso al local; y ii) la forma violenta y agresiva en la que fue tomado del cuello y expulsado de la discoteca. Para el análisis de la sanción de la infracción (i) no se consideró que se hubiera presentado daño o puesto en riesgo la vida ni la salud, a pesar de que sin duda se produjo una afectación a la dignidad de la persona; mientras que para el análisis de la infracción (ii) sí se consideró ello debido a la naturaleza física del maltrato infligido. Por esta razón es que optamos por no considerar como un daño a la vida ni a la salud el acto cometido en el caso Aura, pues si bien el impedimento del ingreso a la discoteca afectó la dignidad de los consumidores, en ningún momento se produjo una agresión física ni altercado verbal.

	discriminación, dignidad y/o reputación y normas de convivencia.
--	------------------------------------------------------------------

En este caso la infracción es **muy alta**. En cuanto al tamaño del infractor, no contamos con los datos suficientes para poder determinar el tipo de empresa del que se trataba Aura, para ello necesitaríamos un informe de su ingreso anual del 2004, pero para el ejercicio asumiremos que se trataba de una pequeña empresa. El cuadro que tomaremos en cuenta es el N° 21 el cual corresponde a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, ya que fue su homónima la que emitió la resolución final del caso Aura.

Tipo de afectación	Tamaño del infractor			
	Micro empresa o persona natural	Pequeña empresa	Mediana empresa	Gran empresa
Muy alta	9,29	49,14	115,70	211,43

De esta manera, tenemos que el primer componente sería de **49,14 UIT**.

“[El segundo componente que es el factor de duración (Dt)] se encuentra asociado al tiempo de duración de la infracción medido en meses hasta el tope de dos años (o 24 meses) (Decreto Supremo N° 032-2021-PCM)”.

Duración de la infracción	Factor de duración (Dt)
Si la infracción duró hasta 4 meses	1,0

En este caso consideraremos el factor de duración como de **1,0**, pues los hechos se constataron de manera instantánea el 23 de octubre del 2004.

Ahora, aplicando los valores preestablecidos, la multa base (m) tiene un valor de 49,14 UIT:

$$\text{Multa base } (m) = k_{i,j} \times Dt = 49,14 \times 1 = \mathbf{49,14 \text{ UIT}}$$

En lo correspondiente a las circunstancias agravantes y/o atenuantes (F), consideramos que se aplica el agravante f_6 , pues se alteró el interés colectivo de todas las personas de rasgos mestizos y de nacionalidad peruana que asistieron al local:

Circunstancias agravantes	f_i
f_6: Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso	
1. No afectó el interés colectivo o difuso	0%
2. Afectó el interés colectivo o difuso	30%

En caso de verificar circunstancias agravantes o atenuantes (f_i), se debe establecer el porcentaje en que cada atenuante y/o agravante disminuye y/o aumenta, respectivamente, el valor de m . Para esto, se debe sumar todos los porcentajes (f_i) y se le agrega la unidad (o 100%). De esta forma, tendríamos que sumar el 30% correspondiente al agravante señalado. (Decreto Supremo N° 032-2021-PCM)

$$F = 100\% + 30\% = 130\%$$

(...) la multa preliminar (M) es el resultado de multiplicar el valor estimado de la multa base (m) por un componente que captura el efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en cada caso (F), conforme a la siguiente fórmula: $M = m \times F$. (Decreto Supremo N° 032-2021-PCM)

$$M = 49,14 \text{ UIT} \times 130\% = \mathbf{63,882 \text{ UIT}}$$

Finalmente, dicho monto (M) es ajustado conforme a los topes máximos legales pertinentes, hasta obtener una multa final (M*).

“Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente” (Ley N° 29571).

Por tanto, procedimos a estimar el tope legal en función a la facturación máxima para una pequeña empresa (1700 UIT), por lo que el límite máximo para imponer la sanción asciende al 20% de dicho monto (1700 UIT*20% = 340 UIT).

Ahora toca aplicar la fórmula correspondiente para determinar la multa preliminar (M):

$$M^* \cong \text{Mín} \{M, N^{\circ} \text{UIT}, \%IT\}$$

$$M^* \cong \text{Mín} \{63,882, 340\}$$

$$M^* = \mathbf{63,882 \text{ UIT}}$$

Al no exceder el tope legal, la multa a imponer en este caso sería de 63,882 UIT. Es así que en concordancia con los artículos 108, 110, 112 del Código, el artículo 248.3 del TUO de la Ley N° 27444 y el artículo IV de la Ley N° 27444, concluimos que, si el caso Aura ocurriera en el 2025, la multa a imponer como **mínimo** (a falta de algunos datos exactos) sería de 63,882 UIT.

Finalmente, en cuanto a las medidas correctivas, consideramos que también se han producido algunos cambios en la normativa a lo largo de los años, principalmente se han modificado artículos y añadido algunos nuevos. Se tienen, por ejemplo, los artículos 114, 115 y 116 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que dividen las medidas correctivas en reparadoras y complementarias. Por un lado, definen las medidas correctivas reparadoras como aquellas que “tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. (...)”, mientras que las medidas correctivas complementarias “tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro (...)”.

En el caso de Aura, se impusieron lo que denominaríamos actualmente medidas correctivas complementarias (artículo 116 f) del citado Código), pues lo que se buscó fue ordenar a la denunciada que se abstuviera de seguir con las prácticas discriminatorias en su local y así evitar que la conducta infractora se repita en un futuro.

Por otro lado, se modificó el artículo 232 de la Ley N° 27444 en el 2016, en el cual se incluyó la mención de las medidas correctivas y cómo estas son compatibles con las sanciones administrativas que se impongan al administrado. Y si bien el Decreto Legislativo 716 fue derogado en el 2010, en cuyos artículos 41 y 42 se trataba el tema de las medidas correctivas, actualmente se encuentra vigente el Decreto Supremo 039-2000 en cuyos artículos 41, 41-A y 42, aún se aborda este tema e incluso se amplía, conservando su esencia principal.

7. Posibles deficiencias en la actuación y sesgos en la investigación del Indecopi

En el procedimiento administrativo, Aura señaló algunos defectos que se habrían producido en el actuar del Indecopi. Entre ellos, mencionó en primer lugar un CD que la discoteca empleó como medio probatorio, que contenía una serie de fotografías de los asistentes en las que se apreciaría que los consumidores asiduos al local serían personas de distintas características étnicas. Sin embargo, Indecopi no se pronunció acerca de ello en la Resolución Final N° 1255-2004-CPC, lo cual para United Disco S.A. significó una vulneración de lo establecido en el artículo 163 numeral 1 de la Ley N° 27444 (“[La Administración] solo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (...)”).

Es en la Resolución N° 0939-2005/TCD-INDECOPI que el Indecopi recién se pronuncia acerca de dicho medio de prueba señalando que en las fotografías lo que se apreciaría en realidad sería a un conjunto de personas de rasgos faciales caucásicos o similares, lo cual daría la impresión de que los asistentes a este establecimiento serían personas que comparten identidad racial, cultural y económica, además de que no habría certeza de que las fotografías hubieran sido tomadas con anterioridad a la visita inspectiva.

Ahora bien, colocándonos al margen de si las fotografías realmente demostraban que los consumidores eran de distintas etnias o de la misma, lo que sí podemos afirmar es que el Indecopi no cumplió con pronunciarse oportunamente acerca del medio probatorio ofrecido por Aura. Esto afectó la posibilidad de defensa de la sancionada, la cual no tuvo la oportunidad de conocer la opinión de la Comisión al respecto en aquel momento ni tampoco poder argumentar o contraargumentar según lo considerara necesario, contraviniendo de esta manera el principio del debido procedimiento. Por ende, cabría preguntarnos si sería posible que se considerara entonces a este acto administrativo como nulo. Para ello, primero debemos preguntarnos si nos hallamos frente a un vicio del acto administrativo trascendente o intrascendente. Recordemos que el artículo 14 numeral 2 de la Ley N° 27444 hace mención de la conservación del acto y lista aquellos vicios que pueden ser considerados no trascendentes, entre ellos encontramos el acto emitido con una motivación insuficiente o parcial. En este caso, consideramos que la resolución emitida por el Indecopi adoleció de una motivación completa, ya que únicamente no se pronunció respecto al medio probatorio relativo a las fotografías contenidas en un CD, pero sí respecto a todos los demás medios probatorios. Por tanto, creemos que sin duda se produjo un vicio, pero uno subsanable según lo establecido por la propia ley, como citamos anteriormente, así como lo confirma también la doctrina al respecto:

El incumplimiento de motivación administrativa puede dar lugar a consecuencias sobre los actos administrativos mismos y sobre las autoridades que los emiten. La consecuencia sobre los actos es la nulidad (cuando se omite la motivación o ella revele contravención legal o normativa) o **la necesidad de dictar un nuevo acto para enmendarlo (en caso de motivación incongruente, imprecisa, insuficiente o parcial)**. (Morón, 2019, p. 244) (El resaltado es nuestro).

Asimismo, creemos que la motivación parcial por parte del Indecopi, pese a tratarse de un vicio, se encuentra dentro de los parámetros de conservación del acto administrativo que señala Guzmán (2017), ya que no nos encontramos ante un vicio que no pueda

subsanarse a través de un acto de enmienda (el vicio no se produjo por falta de competencia ni tampoco es proveniente de un objeto ilegal o imposible); el acto de enmienda no modifica el sentido o los alcances de la decisión que ha sido tomada por la autoridad administrativa (como pudimos comprobar al leer la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI posterior al Recurso de Apelación presentado por Aura, el Indecopi se pronuncia al respecto del CD y su contenido, y no altera en ningún momento su decisión, pues incluso recalca que las fotografías no hacen más que demostrar que la discoteca tiene una preferencia por consumidores de rasgos caucásicos y de cierto nivel socioeconómico, corroborando una vez más su posición); la enmienda genera similares efectos que los del acto que se pretende corregir; y el vicio que se corrigió no generó perjuicio alguno a la entidad o a terceros que constituyeran responsabilidad administrativa, civil o penal.

De otra parte, en lo concerniente al video del operativo catalogado de “complementario” por el Indecopi, en este extremo, debemos mencionar que nos encontramos de acuerdo con la afirmación de que se trata de un sucedáneo que **complementa** el valor probatorio del Acta y no que lo **sustituye**, pues no se le puede restar valor probatorio al Acta de Inspección, la cual reviste de poder legal (artículo 32 del Decreto Legislativo 807) y ha sido firmada por un funcionario del propio Indecopi. Asimismo, al ser la discriminación un hecho de difícil corroboración por su propia naturaleza, es importante contar con todas las pruebas necesarias que demuestren que se ha configurado este hecho.

Por tanto, creemos que el video sin duda posee una gran importancia, pues de él se pudo transcribir un diálogo que arroja a todas luces fundados elementos de convicción de que se trató de un acto discriminatorio. En la filmación se puede observar cómo la pareja N° 2 de rasgos caucásicos compra sin problemas los tickets de entrada a la discoteca, mientras que a la pareja N° 1 le cuestionan su ingreso por no encontrarse en la lista de invitados y que solo de esa manera podría entrar. Todo esto no hace más que confirmar lo que ya había sido expuesto en el Acta, medio probatorio principal, y sin duda, sirve como un excelente complemento audiovisual que ofrece mayor peso y veracidad a la prueba.

Por otro lado, en cuanto al pedido de extensión de la duración del uso de la palabra solicitado por Aura y al acceso a facilidades técnicas como un écran, VHS, televisor y proyector multimedia a fin de exponer de manera idónea su defensa ante la Sala, debemos mencionar que consideramos que aparentemente se habría producido un atentado contra los derechos a la defensa y al debido procedimiento en perjuicio de United Disco S.A. Postulamos esto debido a que Indecopi no se pronunció respecto al pedido hecho por la discoteca para que se le brinden las facilidades técnicas que necesitaba para defenderse adecuadamente, ni tampoco contestó al pedido de la extensión del uso de la palabra de cinco minutos a quince.

Sin embargo, es menester señalar que sí se le otorgó el derecho de uso de la palabra oportunamente, al cual tuvo acceso la sancionada según consta en la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI. Pero no tenemos claro cuál fue la duración exacta de este uso en el Informe Oral, ya que no contamos con esta información, así como tampoco con la referente a si se le llegaron a brindar las facilidades técnicas solicitadas a Aura. Al no tener manera de comprobar si Indecopi accedió o no estas solicitudes durante el Informe Oral, no podemos concluir que en efecto se produjo una vulneración a los derechos de defensa y debido procedimiento, pero lo que podemos mencionar es

nuestra opinión al respecto colocándonos en el escenario de que sí se hubiera producido esta vulneración.

Recordemos que los derechos de debido procedimiento y de defensa están amparados constitucionalmente en el artículo 139 numerales 3 y 14 de nuestra Carta Magna. Además, la Ley N° 27444 también establece en su artículo IV numerales 1.1 y 1.2 como principios del procedimiento administrativo el de legalidad y el de debido procedimiento. El debido proceso es descrito en la doctrina como: “un principio constitucionalmente consagrado, una garantía de la Administración de Justicia y, sobre todo, un derecho constitucional. (...) [Es] (...) el conjunto de garantías indispensables para que un proceso pueda ser considerado justo” (Guzmán, 2001, p. 340). Es preciso adicionar que, el debido proceso se trata de “(...) una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico” (Rojas, 2011, p. 184).

Por su parte, la jurisprudencia lo describe como: “(...) el conjunto de garantías formales y materiales que deben ser respetadas en todo tipo de proceso judicial o administrativo con la finalidad de expedir una resolución acorde al ordenamiento jurídico, pero sobre todo justa” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018).

Y, por otro lado, el Tribunal Constitucional lo interpreta como:

“(...) un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales, a su vez, son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja), entre los cuales se encuentran el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etcétera”. (STC 359/2025, fundamento 5) (como se citó en Tribunal Constitucional, 2025 p. 3)

Asimismo, tenemos que el derecho de defensa:

Es el derecho a defenderse de la demanda de un tercero o acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el **derecho a ser oído**, derecho a elegir a su defensor, obligatoriedad del defensor y si es el caso de contar con un defensor de oficio y con **una defensa eficaz**, facultades comprendidas en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución. (Landa, 2002, p. 450) (El resaltado es nuestro).

En la misma línea el Tribunal Constitucional considera que:

El ejercicio del derecho de defensa, (...), tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. (STC 02028-2004-PHC/TC, fundamento 3)

Ahora bien, si el Indecopi realmente no hubiera concedido una extensión de la duración del uso de la palabra y el acceso a las facilidades técnicas que la sancionada solicitaba, consideramos que estaríamos ante la vulneración de estos derechos, pues Aura argumentó en su solicitud que requería de estas concesiones para poder defenderse

adecuadamente y exponer de manera idónea. Si bien la Administración Pública tiene la potestad de negarle al administrado ciertas solicitudes, debe fundamentar razonablemente su decisión. En ese sentido, de haberse configurado la vulneración a dichos derechos, nos encontraríamos frente a un acto administrativo nulo según lo establecido en el artículo 10 numeral 1 de la Ley N° 27444, pues se trataría de una contravención a la Constitución y a la ley.

Como último punto a analizar tenemos la abstención de la pareja N° 3 en el operativo de inspección. Para ello debemos señalar que no nos encontramos de acuerdo con lo especulado por Aura al decir que el Indecopi no se habría ceñido al principio de imparcialidad durante la inspección y que supuestamente lo único que buscaba era demostrar a toda costa que en su local se configuraban actos discriminatorios y que por eso habría planeado emplear dos parejas de rasgos mestizos, por si una “llegaba a fallar” en su cometido que sería culpar a la discoteca de racista.

En primer término, cabe mencionar a qué se le denomina Principio de Imparcialidad. Este consiste en que “Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general” (artículo IV, numeral 1.5 de la Ley N° 27444). Sin embargo, cabe notar que “Dicho mandato establece que únicamente puede establecerse diferencias entre las personas derivadas de criterios objetivos y motivos razonables. Evidentemente, la Administración solo puede establecer tratamientos desiguales en circunstancias objetivamente diferentes” (Guzmán, 2009, p. 240).

Como podemos apreciar, en ningún momento se configuró vulneración alguna a este principio, por el contrario, se le brindó a la discoteca la oportunidad de demostrar que no se trataba de un local racista, como ya habían denunciado varios consumidores en quejas presentadas previamente ante el Indecopi. Si éste hubiera actuado de manera sesgada e ilícita, no hubiera siquiera realizado la inspección. Si bien al inicio se consideró pertinente hacer uso de tres parejas para el operativo, resultó no ser necesario al momento de los hechos debido a que lo que buscaba comprobar el Indecopi era si se producían hechos discriminatorios entre personas de distinta etnia, con lo que se optó por utilizar solo a dos parejas: dos personas mestizas y dos personas caucásicas. Dichas parejas se aproximaron al local e intentaron ingresar al mismo tiempo, obteniéndose el resultado esperado, por lo que resultaba innecesario que la tercera pareja formara parte del operativo. En todo caso, si la primera pareja no hubiere sido discriminada, cabía dos alternativas con la tercera pareja, que les impidan el ingreso, con lo cual corroboraba el acto de discriminación, o que les permitan el ingreso, supuesto en el cual, no se habría configurado el acto discriminatorio y el caso hubiere sido archivado.

Sobre la evolución de la normativa del 2004 a la actualidad

La normativa aplicable tanto en el 2004 como en la actualidad para este caso, se encuentra vigente. El cuerpo normativo más importante que empleamos fue la Constitución en cuyo artículo 139 numerales 3 y 14, aún se garantizan el derecho de debido procedimiento y el derecho de defensa.

Asimismo, respecto a la omisión del Indecopi sobre el pronunciamiento del CD entregado como medio probatorio por Aura, esto constituyó una vulneración a lo dispuesto en el artículo 163 numeral 1 de la Ley N° 27444, norma vigente en la actualidad. Cabe agregar que, en el análisis de si ello se trataría de un acto administrativo nulo o no, nos valimos de lo dispuesto por el artículo 14 numeral 2 de la Ley N° 27444 que trata sobre la conservación del acto cuando existe un vicio en él, también aplicable a la fecha. Por otro lado, para afirmar que el video del operativo era un suceso probatorio utilizamos el artículo 32 del Decreto Legislativo 807, norma aún vigente. Finalmente, en lo concerniente a los principios aplicables en este punto, se encuentran el de legalidad, debido procedimiento e imparcialidad, todos los cuales aún se hallan estipulados en el artículo IV numerales 1.1, 1.2 y 1.5 de la Ley N° 27444.

V. SOBRE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Como parte final de nuestro análisis, debemos hacer mención a los principios que rigen el derecho al consumidor en la actualidad (artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor), en qué consisten y de qué manera algunos de estos podrían ser aplicables al presente caso.

1. Principio Pro Consumidor.- En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

Este principio es aplicable al caso, pues percibimos que el Indecopi actuó precisamente conforme a él cuando decidió realizar un operativo de inspección tras haber recibido quejas de consumidores que aludían a presuntas prácticas discriminatorias en el local de Aura. La función del Estado es velar por los ciudadanos y ante un indicio por más pequeño que sea de una vulneración tan grave a un derecho constitucional, era natural que se llevara a cabo dicha fiscalización. Además, en lo que respecta a las dudas que plantea Aura sobre la inexistencia de actos discriminatorios en su local, es claro que deben analizarse los indicios y pruebas que se presentaron durante el operativo que denotan la existencia de dichos actos, ya que al ser la discriminación un hecho de tan difícil probanza, en muchas ocasiones, es conveniente que cada prueba sea tomada en cuenta en pro del consumidor.

2. Principio de Transparencia.- En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código.

Este principio se relaciona con el caso en la medida que la información brindada por la discoteca no fue veraz ni transparente al colocar en el letrero de entrada que solo se permitía el ingreso de socios al local, cuando en la práctica, cualquiera que reuniera las características “adecuadas” podía ingresar como se evidenció al momento en que se permitió la compra de entradas por parte de la pareja N° 2, que contaba con rasgos caucásicos y uno de ellos era extranjero, mientras que a la pareja N° 1 de rasgos mestizos se le prohibió el ingreso. Esto sin mencionar que el letrero también omitía una de las reglas de la discoteca que era la prohibición de asistencia con polos, shorts y

zapatillas, regla que “por una falla de impresión” no se encontraba en el letrero, pero que sí figuraba en el reglamento escrito del local que fue entregado de manera física a los funcionarios del Indecopi tras la diligencia y que también se podía evidenciar por el vacío en el letrero donde debía aparecer la frase. Si Aura hubiera sido transparente desde el inicio, hubiera hecho cumplir las reglas estipuladas en su reglamento en la entrada, sin hacer diferencias entre unos y otros, permitiéndose realmente solo el ingreso de socios sin importar la raza ni la nacionalidad; así como también hubiera sido más cuidadosa y reparado el error en el letrero para evitar futuros inconvenientes y confusiones entre sus potenciales clientes.

3. Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.

Este principio también puede aplicarse al caso, dado que si Aura hubiera sido honesta y hecho cumplir de buena fe sus reglas de ingreso, no se habría presentado el trato discriminatorio al que se vio expuesta la pareja. La discoteca debió velar porque el personal de seguridad acatará a cabalidad el reglamento y que no hiciera diferencias entre las parejas, permitiéndole a una el ingreso y a la otra no, cuando ninguna cumplía el requisito de estatus de socios. Asimismo, al momento de establecer sus reglas, la discoteca debió actuar con buena fe y no estipular una regla discriminatoria que permitía el ingreso de extranjeros solo por su condición de tal, mientras que a los nacionales se les exigía una serie de requisitos adicionales sin mediar una justificación razonable para ello.

4. Principio de Primacía de la Realidad.- En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.

Este es otro principio aplicable al caso, porque en la realidad ocurrieron hechos que no se correspondían con lo que indicaba la discoteca en su reglamento: se presumía que solo socios del local podían ingresar, sin embargo, en los hechos se permitía la admisión de cualquier persona de tez blanca o características físicas caucásicas extranjeras. Para la correcta determinación de la naturaleza de la conducta discriminatoria, es importante que esto sea tomado en cuenta.

VI. OPINIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LA FORMA DE RESOLUCIÓN DEL CASO

Para brindar nuestra opinión con respecto a la resolución del caso, vamos a pronunciarnos sobre cada uno de los extremos de la Resolución 0939-2005/TDC-INDECOPI:

1. Confirmar en todos sus extremos la Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre del 2004 expedida por la Comisión de Protección al Consumidor:
 - 1.1 Declarar fundado el procedimiento de oficio iniciado por la Comisión de Protección al Consumidor contra United Disco S.A por infracción al artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor

Nos encontramos de acuerdo en este extremo, pues en efecto, se produjo un acto de discriminación por parte del proveedor (Aura), el cual brindó un trato desigual a sus clientes sin mediar causa justificada u objetiva. En este caso, Aura permitió la compra de tickets para ingresar a su local a una pareja de rasgos caucásicos, compuesta además por un extranjero, mientras que a la pareja de rasgos mestizos y de nacionalidad peruana, se le impidió el ingreso a la discoteca.

Cabe destacar que las 4 personas se encontraban en las mismas condiciones, es decir, no eran socios de Aura ni tampoco se encontraban en la lista de invitados, sin embargo, el personal de seguridad empleó esta excusa para negarle el ingreso a la pareja mestiza, lo que no ocurrió con la pareja caucásica. Asimismo, debemos indicar que se trataba de un local de acceso público, lo cual en su momento la discoteca negó amparándose en su propio reglamento, manifestando que solo podían ingresar las personas que cumplieran con los requisitos establecidos, pero concluimos que dichos requisitos no eran más que una forma de encubrir la selección discriminatoria que realizaba la discoteca para determinar quiénes podían ingresar o no a sus instalaciones. Se pudo comprobar que había restricciones de ingreso y se solicitaba una serie de requisitos a los ciudadanos nacionales, pero a los extranjeros, por el contrario, no se les imponían las mismas condiciones, sino que incluso podían ingresar libremente a cambio de la compra de un ticket de entrada.

Es menester recordar también que, para que se presente la figura lícita de trato diferenciado, como mencionamos anteriormente, debe existir una razón objetiva que justifique tal distinción, como por ejemplo, que el ingreso de determinadas personas al local suponga un riesgo para la vida o la salud de los otros consumidores o que ponga en riesgo la seguridad del establecimiento, hechos que no se presentaron en el caso en estudio, por lo que efectivamente nos encontramos ante un trato discriminatorio por razones étnicas y de posición geográfica y por ende, cabe la aplicación del artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716.

- 1.2 Sancionar a United Disco S.A con una multa ascendente a 35 UIT, la cual será rebajada en 25% si la denunciada consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma dentro del plazo de 5 días de su notificación

Coincidimos con esta decisión, porque al tratarse de una infracción tan grave como la de discriminación, la sanción debe ser ejemplar para desincentivar a potenciales infractores a cometer la misma clase de prácticas en el futuro. Por tanto, debe imponérsele a la discoteca una sanción elevada acorde con el daño provocado y también similar a aquellas impuestas a otros proveedores por conductas similares en el pasado.

Como comprobamos en nuestro análisis, el Indecopi solía imponer multas que rondaban las 37 UIT por la misma clase de prácticas discriminatorias y que incluso podían incrementarse mucho más en casos de reincidencia. Por ende, considerando la

gravedad de la infracción (principios de razonabilidad y proporcionalidad), su difícil probanza, la gran afectación que produce a las víctimas, los precedentes que datan de la misma época (principio de predictibilidad) y el tope máximo establecido por multa de hasta 100 UIT (artículo 41 del Decreto Legislativo N° 716), nos parece razonable que se haya sancionado en este caso con 35 UIT y que se otorgue la posibilidad de ser rebajada en concordancia con lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto Legislativo 807.

- 1.3 Ordenar a United Disco S.A como medida correctiva que, desde la fecha de recepción de la presente resolución, se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas

Esta decisión es muy importante, ya que, como vimos en nuestro análisis, nos hallamos frente a un trato discriminatorio, no ante un trato diferenciado que se encuentre justificado por la defensa de algún bien jurídico o derecho como la vida, la salud o la seguridad, sino que se trata de una infracción grave, ilícita e inconstitucional.

Por ello, coincidimos con la medida correctiva impuesta (artículo 42 k) del Decreto Legislativo N° 716). Sin embargo, nos parece que no debió haber sido la única aplicada, sino que también pudieron haberse dictado otras en conjunto, como por ejemplo: colocar de manera permanente un letrero visible tanto dentro como fuera de las instalaciones de la discoteca donde se mencione que se trata de un local que no admite actos discriminatorios de ninguna clase y que los prohíbe terminantemente; capacitar al personal del establecimiento sobre prevención de discriminación en el consumo y cómo esta puede significar un grave daño a la integridad y dignidad de los afectados; crear un nuevo reglamento que elimine toda clase de tratos desiguales, publicarlo en su página web (hoy en día también sería de aplicación en redes sociales) y colocarlo con letras grandes en las afueras del local de modo que todo consumidor pueda tener acceso a él; e implementar políticas de no discriminación en la atención al público y difundirlo con todos los trabajadores y directivos de la empresa (Indecopi 2023 y 2019). De esta manera consideramos que se erradicaría más efectivamente la conducta infractora y se podría prevenir acertadamente.

- 1.4 Disponer que la Secretaría Técnica remita copias de la presente resolución al Directorio del Indecopi para su publicación en El Peruano

Nos parece una decisión adecuada en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 43 del Decreto Legislativo 807, en concordancia con el principio de publicidad. Recordemos que

(...) un Estado social y democrático de derecho se basa en el principio de publicidad (artículo 39 y 40 de la Constitución), según el cual los actos de los poderes públicos y la información que se halla bajo su custodia son susceptibles de ser conocidos por todos los ciudadanos. (STC 5812-2006-HD/TC, fundamento 4)

Por lo tanto,

[...] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales,

de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. (CIDH citada en Orrego, 2011, p. 319)

Al tratarse esta de una resolución que vela por la defensa de los derechos de los consumidores y que puede servir de ejemplo para que otros proveedores no cometan la misma infracción y así sean conscientes de los derechos que les asisten en su calidad de tales, es importante que sea dada a conocer a la ciudadanía.

2. Disponer que la Comisión de Protección al Consumidor organice y realice periódicamente operativos con el fin de evitar que la conducta identificada como infracción en la presente resolución pueda volver a producirse

Esta decisión nos parece acertada, pues ya se han producido en el pasado casos de reincidencia de las conductas infractoras en otros locales, por lo que es preciso llevar una constancia de que Aura se encuentra cumpliendo con lo ordenado y no vuelva a repetirse una conducta como la sancionada nuevamente.

Además, debemos tener en cuenta que la visita inspectiva se llevó a cabo atendiendo a diversas quejas anónimas de consumidores que señalaban las prácticas discriminatorias de Aura, es decir, probablemente era una conducta que se llevaba realizando a menudo en dicho local.

Por otro lado, si se produjera por segunda vez esto abriría paso a la expedición de una nueva resolución donde se le podría incrementar de manera considerable la sanción a la discoteca, debido a que la reincidencia es un acto que el Indecopi no pasa por alto y mucho menos cuando se trata de prácticas discriminatorias, las cuales no solo afectan al consumidor directamente agraviado, sino también al interés de los demás consumidores y al propio funcionamiento adecuado del mercado.

Esto sin mencionar que una conducta como la discriminatoria, dada su difícil probanza y su grave afectación a un derecho constitucional como es el derecho a la igualdad y no discriminación, es aún más castigable.

3. Proponer al Directorio del Indecopi la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano

Nos parece razonable que se haga esta proposición al Directorio, puesto que se trata de una resolución que contiene temas de importante relevancia para los consumidores y cuyo contenido debe ser difundido para evitar que esta clase de prácticas discriminatorias se sigan produciendo y el mercado pueda seguir funcionando adecuadamente.

VII. CONCLUSIONES

Como primera conclusión tenemos que la participación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal durante el operativo no convierte el acto administrativo en nulo ni configura una usurpación de funciones, pues se avoca a lo establecido por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807.

La Secretaría Técnica fue la que dispuso que se realizara el operativo después de recibir varias quejas anónimas de consumidores que afirmaban haber sido víctimas de

discriminación en la discoteca. Asimismo, fue la propia Secretaría Técnica la que consideró oportuna la participación de las instituciones previamente mencionadas, las cuales se dedican precisamente a la defensa de los derechos humanos, tema trascendental en la visita inspectiva.

En segundo lugar, concluimos que si bien el funcionario del Indecopi, Fernando Yaya, no se identificó con DNI ni ningún otro documento similar al momento de la visita, esto constituiría un vicio del acto administrativo, pero uno no trascendente, así como lo señala el artículo 14 numeral 14.2.3 de la Ley N° 27444. En este caso se omitió la presentación del DNI, sin embargo, esto no alteró el objeto del acto administrativo en sí que era demostrar la existencia de tratos discriminatorios. Por tanto, este vicio no nulificaría el acto administrativo, sino que, a pesar de todo, se conservaría tal como dispone el artículo 10 numeral 2 de la misma ley.

En tercer lugar, concluimos que si bien el único en firmar el acta de los cuatro participantes en el operativo, fue el funcionario del Indecopi, el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807 únicamente exige como formalidad para un documento como el acta de inspección que esté firmado por tal, así como el artículo 156 numeral 1 de la Ley N° 27444.

En cuarto lugar, llegamos a la conclusión de que el local no era uno de acceso restringido, sino uno de acceso público, debido a que tenía acceso a él cualquiera que comprara un ticket y “pareciera” socio o invitado, fuera extranjero o “luciera” como tal, por lo que le era aplicable el artículo 7-B del Decreto Legislativo N° 716. En cuanto al deber de información, este se cumplió, porque Aura en todo momento puso a disposición de los consumidores las reglas de su local, esto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5 inciso b) y el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 716.

En quinto lugar, en lo concerniente a la actuación del funcionario del Indecopi partícipe de la operación, como “consumidor razonable”, esto también se cumplió en tanto que el señor Yaya se detuvo a leer el reglamento de la discoteca e incluso consultó al personal de seguridad del local qué debía hacer para ingresar.

En sexto lugar, concluimos que no se configuró un trato diferenciado, ya que no hubo razones objetivas para que la discoteca impidiera el ingreso a la pareja N° 1 de rasgos mestizos y sí permitiera la entrada a la pareja N° 2 de rasgos caucásicos, recordemos que ambas se encontraban en igualdad de condiciones (no eran socios ni invitados, requisito indispensable para el ingreso según el reglamento del local), por lo que, en todo caso, se les debió denegar el acceso a ambas. Lo que se configuró entonces fue un trato discriminatorio por razón étnica (se permitió solo el ingreso de la pareja caucásica) y de procedencia geográfica (todos los extranjeros tenían permitido ingresar al local, mientras que para los ciudadanos nacionales había una serie de restricciones).

En séptimo lugar, arribamos a la conclusión de que no se vulneró el derecho a la libertad de contratación de Aura, debido a que lo que pretendía el Indecopi, dentro de sus funciones preestablecidas, era inspeccionar el local para comprobar que se estuvieran cometiendo o no actos discriminatorios, por ende, queda descartado que dicha institución pretendiera ordenarle a United Disco S.A con quiénes, cómo y sobre qué contratar.

En octavo lugar, concluimos que la imposición de medidas correctivas fue correcta, pues se configuró un acto discriminatorio por parte de Aura hacia la pareja N° 1 de rasgos mestizos, por lo que corresponde según el artículo 42 inciso k) del Decreto Legislativo N° 716, que el Indecopi ordene al proveedor las medidas necesarias para revertir los efectos que la conducta infractora haya ocasionado.

En noveno lugar, llegamos a la conclusión de que se vulneró lo dispuesto en el artículo 163 numeral 1 de la Ley N° 27444, ya que Indecopi omitió pronunciarse respecto al CD ofrecido como medio de prueba por United Disco S.A, afectando de esta manera la posibilidad de defensa de la sancionada y el principio del debido procedimiento. Sin embargo, no se trataría de un acto administrativo nulo, debido a que consideramos que el vicio de motivación parcial por parte del Indecopi se encuentra dentro de los parámetros de conservación del acto administrativo, pues no nos encontramos ante un vicio que no pueda subsanarse a través de un acto de enmienda que además no modifica el sentido o los alcances de la decisión que ha sido tomada por la autoridad administrativa, no altera en ningún momento su decisión, genera similares efectos que los del acto que se pretende corregir; y el vicio que se corrigió no generó perjuicio alguno a la entidad o a terceros que constituyeran responsabilidad administrativa, civil o penal.

En décimo lugar, concluimos que el video del operativo es un sucedáneo que complementa el valor probatorio del Acta y no lo sustituye, pues no se le puede restar valor probatorio al Acta de Inspección (artículo 32 del Decreto Legislativo 807) que ha sido firmada por un funcionario del propio Indecopi.

En undécimo lugar, respecto al pedido de extensión de la duración del uso de la palabra solicitado por Aura y al acceso a facilidades técnicas como un écran, VHS, televisor y proyector multimedia a fin de exponer de manera idónea su defensa ante la Sala, concluimos que no contamos con los medios suficientes para determinar si hubo o no un atentado contra los derechos debido procedimiento y de defensa (artículo 139 numerales 3 y 14 de la Constitución) en perjuicio de United Disco S.A. Sin embargo, de haber sido ese el caso, el acto administrativo devendría en nulo según lo estipulado en el artículo 10 numeral 1 de la Ley N° 27444 e iría en contra de los principios señalados por la Ley N° 27444 en su artículo IV numerales 1.1 y 1.2.

En duodécimo lugar, pudimos vislumbrar que algunos de los principios del Derecho de Protección al Consumidor que figuran en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, pueden ser aplicables al caso, dichos principios son: el principio pro consumidor, el principio de buena fe, el principio de transparencia y el principio de primacía de la realidad.

Finalmente, concluimos que la abstención de la pareja N° 3 en el operativo de inspección no supondría un atentado al principio de imparcialidad (artículo IV, numeral 1.5 de la Ley N° 27444) ni nulificaría el acto administrativo, porque esto no impidió a la discoteca demostrar que no se trataba de un local donde se realizaban prácticas discriminatorias.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Amaya, L. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2016/07/Discriminacion-en-el-consumo-y-trato-diferenciado-ilicito-en-la-jurisprudencia-del-Indecopi-Legis.pe-Pasion-por-el-derecho.pdf>

Bullard, A. (2008). ¿Es el consumidor un idiota? El Falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Derecho*, (10), 5-58.

<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/76/74/188>

Congreso de la República (1991, 11 de setiembre). *Decreto Legislativo 716. Aprueba norma sobre Protección al Consumidor.*

[https://galvezconsultores.com/pdf/L.Prot.Cons.\(D.Leg.716\).pdf](https://galvezconsultores.com/pdf/L.Prot.Cons.(D.Leg.716).pdf)

Congreso de la República de Perú (1996, 18 de abril). *Decreto Legislativo 807. Facultades, normas y organización del Indecopi.*

<https://lpderecho.pe/facultades-normas-organizacion-indecopi-decreto-legislativo-807/>

Congreso de la República de Perú (1999, 6 de enero). *Ley N° 27049. Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, modificando diversos artículos del Decreto Legislativo N° 716.*

<https://galvezconsultores.com/pdf-normas/Ley%20Discrim.consumo.pdf>

Congreso de la República de Perú (2001, 21 de marzo). *Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.*

<https://peru.gob.pe/normas/docs/ley-27444.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación Laboral N° 15284-2018.

<https://drive.google.com/drive/home?dmr=1&ec=wgc-drive-globalnav-goto>

Decreto Supremo N° 011-2011-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano, 18 de febrero del 2011.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/662494/Decreto_Supremo_N_011-2011-PCM.pdf?v=1588006949

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano, 25 de enero del 2019.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf?v=1560434051

Decreto Supremo N° 032-2021-PCM, Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia. Diario Oficial El Peruano, 25 de febrero del 2021.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1692068/DECRETO%20SUPREMO%20N%C2%BA%20032-2021-PCM.pdf.pdf?v=1614268947>

Durand, J. (2008). El consumidor razonable y diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos. *Derecho & Sociedad*, (31), 327-335.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17415/17696/0>

Espinoza, J. (2004). ¡Oh! ... y ahora ¿quién nos podrá defender del Tribunal Constitucional? (Sobre los parámetros del standard del “consumidor razonable”). *Ius et Veritas*, 14(29), 310-318.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11779/12350>

Guzmán, C. (2001). El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?. *IUS ET VERITAS*, 11(22), 339-347.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16008>

Guzmán, C. (2009). Los principios generales del derecho administrativo. *IUS ET VERITAS*, 19 (38), 228-249.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203>

Guzmán, C. (2017). La validez y la nulidad del acto administrativo. *Manual del procedimiento administrativo general* (pp. 429-475). Instituto Pacífico.

<https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/04/R%C3%A9gimen-Juridico-de-los-actos-administrativos-Concepto-y-definici%C3%B3n-Procedimiento-administrativo-general-Christian-Guzm%C3%A1n-Napur%C3%AD.pdf>

<https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/XIV.-La-validez-y-la-nulidad-del-acto-administrativo.pdf>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2001). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Resolución Final N° 001-2001-LIN-CCD-INDECOPI.

<https://aadecc.wordpress.com/wp-content/uploads/2011/02/lineamientos-ccd-2001.pdf>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2004). Resolución N° 0221-2004/TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2004). Resolución N° 0407-2004/TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2004). Resolución N° 0565-2004/TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2006). Resolución Final N° 2174-2006/CPC.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2006). Resolución Final N° 0911-2006/CPC.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2013). Resolución Final N° 1145-2013/CC2.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2016). Resolución Final N° 3241-2016/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2013). Resolución Final N° 3167-2017/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2019). Resolución Final N° 2758-2019/SPC-INDECOPI.

https://drive.google.com/file/d/1NTdabcsX_Zc8G5CuPdUIH3opcdA5QH9R/view

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2023). Resolución Final N° 030-2023/CC3.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/07/Resolucion-Final-030-2023-CC3-LPDerecho.pdf>

Landa, C. (2002). Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, 8 (8), 445-461.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287>

Landa, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 309-327.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/12702/13255/>

Landa, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios Constitucionales*, 9 (2), 71-101.

<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v19n2/0718-5200-estconst-19-02-71.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/LEGIS.PE-Minjus-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>

Morón, J. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. Tomo I. *Gaceta Jurídica*.

<https://es.scribd.com/document/488014104/Comentarios-a-la-Ley-de-Procedimiento-Administrativo-General-1-Moron-Urbina>

Orrego, C. (2011). Principio de publicidad y el sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública en el Perú. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 315-340.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3969/3486>

Puente y Lavalle, M. de la. (1996). La libertad de contratar. *THEMIS Revista De Derecho*, (33), 7-14.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11856>

Quinteros, A. (2023). La protección del consumidor a través de la Constitución Política del Perú y la jurisprudencia del tribunal Constitucional. *Athina*, (15), 280-299.

Rodríguez, G. (2014). El apogeo y la decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor. *Themis Revista De Derecho*, (65), 303-314.

Rojas, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 177-188.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.008>

Rojas, F. (2021). Delito contra la Administración Pública, Tomo II. *Gaceta Jurídica*, 441-471.

<https://drive.google.com/drive/home?hl=es>

Roque, L. (2008). Teoría del Acto Jurídico y concepto del negocio jurídico. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 55-71.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3a7dd48046cbc83f8ab68b44013c2be7/4.+D%20+Luz+Gladys+Roque+Montesillo.pdf?MOD=AJPERES>

Soto, C. (2008). La libertad de contratación: ejercicios y límites. *Revista de Economía y Derecho*, 5 (17), 103-145.

<https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/3e0fd5df-da34-413b-95e2-de223b37f48a/content>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 028-2004-PHC/TC, 5 de julio de 2004.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02028-2004-HC.pdf>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 5812-2006-HD/TC, 18 de abril de 2007.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05812-2006-HD.pdf>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 01604-2009-PA/TC, 14 de octubre de 2009.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/03/Expediente-01604-2009-PA-TC-LPDerecho.pdf>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 03071-2009-PA/TC, 18 de agosto de 2010.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03071-2009-AA.html>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 02861-2010-PA/TC, 9 de noviembre de 2011.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02861-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 03299-2016-PA/TC, 6 de agosto de 2020.

<https://drive.google.com/drive/home?dmr=1&ec=wgc-drive-globalnav-goto>

Tribunal Constitucional (Perú). Sentencia recaída en el Expediente N° 04296-2023-PA/TC, 11 de abril de 2025.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/04296-2023-AA.pdf>

IX. ANEXOS

Anexo 1: Acta de Inspección fecha 23 de octubre de 2004

Anexo 2: Reglamento de la Discoteca Aura

Anexo 3: Informe N° 332-2004/CPC presentado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Área de Prevención y Fiscalización, de fecha 3 de noviembre de 2004

Anexo 4: Resolución N° 1 de la Comisión de Protección al Consumidor de fecha 3 de noviembre de 2004

Anexo 5: Acta de Conocimiento y Entrega de fecha 15 de noviembre del 2004

Anexo 6: Escrito de descargos presentado en representación de United Disco S.A, de fecha 17 de noviembre de 2004

Anexo 7: Resolución Final N° 1255-2004-CPC de la Comisión de Protección al Consumidor de fecha 24 de noviembre de 2004

Anexo 8: Recurso de Apelación presentado por United Disco S.A de fecha 7 de diciembre de 2004

Anexo 9: Escrito presentado por United Disco S.A de fecha 1 de julio de 2005 solicitando facilidades técnicas al Indecopi

Anexo 10: Acta de Audiencia de Informe Oral de fecha 8 de julio de 2005

Anexo 11: Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI de fecha 26 de agosto de 2005



AREA DE FISCALIZACIÓN

Investigación N° 041-2004/PREV-CPC

ACTA

En Lima, a los 23 días del mes de octubre del 2004, siendo las 00:30 horas, Fernando Yaya Espinoza, miembro del Área de Fiscalización del INDECOPI, con delegación de facultades de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor, nos constituimos en el local denominado *Disco-teca Aura* conducido por *United Dero SA* ubicado en *Máscara La Reserva 610-236* en tal virtud en presencia de *Gianni Dasso Uraveg* identificado con DNI N° *10219042*, quien manifestó ser *Administrador* del local visitado se procedió a la diligencia con el siguiente

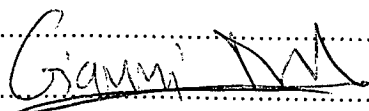
resultado:

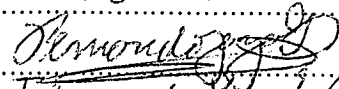
ppp
Nos constituimos como consumidores a la disco-teca referida en parejas distribuidas en pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Martha Allende Zúñiga y pareja N° 2 conformada por Gregory Pullet Barbier y Pamela Ortiz Gómez De la Torre, ubicándonos de la siguiente forma: la pareja N° 2 detrás de la pareja N° 1 en la fila para el ingreso a la referida disco-teca por la misma puerta. Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingreso a la disco-teca indicada, se constató que el miembro de seguridad de la disco-teca *Franco Poygada Corujano* identificado con DNI *10613465* impidió al susrito

y a Martha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pallet Barber y Pamela Ortiz Gomez de la Torre que se encontraba atrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca. A continuación, nos identificamos como funcionarios del INDECOPÍ ante la vigilancia de la discoteca solicitando conversar con el administrador o la persona encargada entrevistándonos con el Sr. Giovanni Dasso Chavez quien manifestó ser el administrador explicándole los alcances de la diligencia. Cabe señalar que se filmó y grabó la ocurrencia de los hechos descritos en la presente acta, anexándose dichos soportes a la acta. Se adjunta los tickets N° 021049 y 021050 los cuales forman parte del acta. Se deja constancia que los siguientes personas: Martha Allende Zúñiga, Gregory Pallet Barber, Pamela Ortiz Gomez de la Torre, vienen con el personal del INDECOPÍ. Se notifica la acta N° 232-2004 / PREV-CPC-INDECOPÍ del 15 de octubre de 2004. Asimismo

al ingreso de la discoteca se observó un letrero que indica "Buna noche restringido", con una literatena, entregándose una hoja la cual contiene el mismo texto del letrero con excepción de una frase del punto 4 que dice "No polos no zapatillos, no short" que aparece en la hoja mas no en el letrero; adjuntándose dicha hoja, señalando el inspeccionado que hubo una falla de impresión en el letrero pudiéndose apreciar un vacío donde debería aparecer esta frase. En este acto el Sr. Robert Orlando Castillo Larena con CAL 31985 quien manifestó ser abogado de la empresa señaló que el letrero ubicado al ingreso del establecimiento tiene como función orientar a todos aquellos que asisten como consumidores a la discoteca; asimismo señaló respecto a dicho letrero que en el punto 5 de la hoja informativa que se adjunta se señalan claramente los requisitos para el ingreso sin carnet con lo cual se informa a los consumidores para el procedimiento, y normas a seguir precisando que la hoja corresponde al letrero ubicado en la entrada de la discoteca; asimismo el Dr. Orlando Castillo señaló que se consignara que el Sr. Pollet Gregory Laurent se identificó con

el carnet de extranjería N° 000017470 con fecha de vencimiento a la venta 17 oct 2004 por lo que señaló que a la fecha de la presente diligencia la presente identificación carecía de validez reservándose el derecho de ejercer los acciones legales correspondientes; asimismo el Dr. Cortillo señaló que en el tenor del acta se consignó "se filmó y grabó" solicitando se exhiba el video y/o la grabación indicando personal del INDECOPÍ que en estos momentos no era posible por lo que ante esta requerida la empresa no exhibe, acepta ni reconoce video y/o grabación alguna. Finalmente el Dr. Cortillo señaló que la primera página en ingresar fue la página N° 2 y que la página N° 1 no ejerció el derecho que le facultaba el reglamento que se exhibe ubicado en la parte exterior del local a simple vista. siendo los 02h24 se dio por concluida la diligencia señalando el Dr. Cortillo que se reservan el derecho de acciones legalmente por encontrar ciertas desconformidades con el tenor del acta.


 Gianni Dasso Chavez
 DNI: 10219042


 Fernando Cortillo
 INDECOPÍ
 14/08/95
 Robert Cortillo

ACCESO RESTRINGIDO

1. REQUISITOS PARA AFILIACIÓN

- Recabar formulario "SOLICITUD DE AFILIACIÓN" en las oficinas de la empresa.
- Para recabar el formulario el solicitante deberá demostrar que:

- Si es hombre deberá ser mayor de 24 años.
- Si es mujer deberá ser mayor de 21 años.
- En ambos casos deberán ser laboralmente activos.
- Ser titular por lo menos de una tarjeta de crédito

- El solicitante deberá completar los datos de manera veraz, lo cuales podrán estar sujetos a verificación por parte de la empresa, en caso se encuentren datos falsos el solicitante perderá el derecho de afiliación.

- Para obtener los carnets de socios estándar o Socios VIP, en la "SOLICITUD DE AFILIACIÓN" el solicitante deberá presentar la recomendación de 4 socios, mas la recomendación de un socio fundador, quien deberá tener la condición de accionista de la empresa.

- El solicitante deberá presentar la "SOLICITUD DE AFILIACIÓN" dentro los 15 días siguientes a la fecha de haberla recabado de las oficinas de la empresa.

- Luego de presentada la solicitud cumpliendo con los requisitos exigidos en la misma, la empresa tendrá un plazo de tres (3) meses para evaluarla y emitir el carnet correspondiente. En caso la empresa encuentre alguna observación, esta podrá ser subsanada por el solicitante dentro de los tres días siguientes de comunicada, caso contrario el solicitante deberá reiniciar nuevamente el trámite.

2. DERECHOS DE LOS SOCIOS

- Los clientes con carnet VIP (color negro) tendrán derecho a ingresar con un acompañante sin el pago del cover.

- A los clientes con carnet plateado solo se les permitirá el ingreso mas no la exoneración del pago del cover normal. Tampoco les da derecho a traer invitados. El ingreso con carnet plateado es con capacidad limitada.

- Los extranjeros que se encuentren en calidad de turistas en el país, ingresaran presentando su pasaporte pagando el cover de S/.100.00, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ingreso al local. Se les permitirá el ingreso de acuerdo a la capacidad de la discoteca teniendo los clientes de carnet plateado privilegio ante ellos.

- El cover extraordinario para personas sin carnet es de S/. 100.00 siendo el tope de 15 personas por noche siempre que cumplan con los requisitos para el ingreso.

3. ASPECTOS FINALES

Se deja expresa constancia que el presente Reglamento no atenta contra el derecho a no ser discriminados debido a que la discoteca Aura no es un lugar abierto al público sino un lugar con acceso restringido reservado para sus socios.

En este sentido, los requisitos de afiliación para la discoteca y, principalmente, el concepto de "ACCESO RESTRINGIDO" se encontraran debidamente señalados tanto en la publicidad que, eventualmente realice la discoteca así como en la puerta de acceso a la misma.

Bajo este esquema, es deber de la empresa informar debidamente que la discoteca Aura, no esta abierta al público en general sino que cuenta con "ACCESO RESTRINGIDO" para aquellas personas que, cumpliendo con los requisitos señalados en el presente reglamento contratan con la empresa para pasar un momento de sano esparcimiento.

No habiendo mas asuntos que tratar, se levanto la sesión siendo las 13:00 horas, previa redacción, lectura, aprobacion y suscripción de la presente acta en señal de conformidad.

4. REQUISITOS PARA EL INGRESO A LA DISCOTECA

Una vez obtenido el carnet de socio VIP o socio estándar, para poder ingresar a la discoteca dichos socios deberán cumplir obligatoriamente con los siguientes requisitos:

- Presentación obligatoria del carnet de socio.
- Sport elegante obligatorio.
- Hombres mayores de 24 años.
- Mujeres mayores de 21 años.
- No Polos, No zapatillas, No Shorts.
- Se prohíbe el ingreso con armas, cámaras de video o fotográficas.
- Se prohíbe el ingreso en estado etílico o bajo el efecto de sustancias ilegales.

5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

- Estar acompañado por un socio VIP (carnet negro)
- Estar incluido dentro de la lista de invitados de la empresa.
- En los grupos mayores de 4 personas al 75% de los clientes deberán portar carnet.
- En caso de no portar el carnet será buscado en la relación de clientes afiliados, previa identificación.



13

INFORME N° 332-2004/CPC

A : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

DE : SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - ÁREA DE PREVENCIÓN Y FISCALIZACIÓN

ASUNTO : INVESTIGACIÓN SOBRE PRESUNTAS PRACTICAS DISCRIMINATORIAS EN ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

FECHA : 3 DE NOVIEMBRE DE 2004

I. ANTECEDENTES

En el marco de las acciones de prevención que viene realizando la Comisión, la Secretaría Técnica dirigió una actividad de fiscalización en la discoteca "AURA" ubicada en el Centro Comercial Larcomar que tuvo como objetivo verificar la existencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público.

La metodología empleada para la realización de la investigación consistió en emplear dos parejas como supuestos usuarios: la pareja N° 1 con rasgos mestizos y la pareja N° 2 con rasgos caucásicos. Al acercarse al establecimiento a verificar, la pareja N° 2 se colocó en fila detrás de la pareja N° 1 mientras ésta trataba de ingresar al local.

Constatado el impedimento de ingreso de la pareja N° 1 al local y las razones informadas, la pareja N° 2 procedió a solicitar su ingreso, y a adquirir el ticket de entrada al local. Adquiridos los tickets de ingreso, la pareja N° 2 procedió a verificar que la pareja N° 1 seguía siendo impedida de ingresar, momento en el cual se acercó a ésta para proceder a identificarse al haberse verificado los hechos investigados. Seguidamente, el personal de Indecopi procedió a identificarse y a levantar el acta correspondiente dejando constancia de los hechos sucedidos, así como de la filmación de los mismos, conforme se procederá a desarrollar en el análisis de los hechos del presente Informe.

II. NORMATIVA APLICABLE

La Ley de Protección al Consumidor consagra en el artículo 7B lo siguiente:

Artículo 7-B.- *Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.*

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad.

del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio.

Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios¹.

En tal sentido, la Comisión se encuentra facultada para velar y promover el respeto de los derechos ciudadanos como consumidores. De este modo, también corresponde a la Comisión promover y fiscalizar el cumplimiento de la obligación de los proveedores de no seleccionar, mediante un acto de discriminación, a los consumidores.

Por su parte, el artículo 2 numeral 2) de la Constitución establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En una economía de mercado, en la que se procura que la leal y honesta competencia facilite una adecuada asignación de recursos entre los agentes del mercado, la selección de los consumidores que se manifiesta a través de prácticas discriminatorias por motivos de raza, condición socioeconómica u otras similares, desnaturaliza el sentido y la lógica comercial que debe aplicarse en las relaciones de consumo.

Específicamente en los casos de locales abiertos al público, los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen. Únicamente se permitiría una práctica de selección en los casos donde medie una causa objetiva y justificada.

El órgano facultado para velar y promover el respeto de los derechos de los consumidores es la Comisión de Protección al Consumidor, fiscalizando el cumplimiento de la obligación de los proveedores de no seleccionarlos mediante un trato discriminatorio.

Lo anterior no contraviene el derecho a la libertad de contratación consagrado en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución de acuerdo con el cual los proveedores se encuentran en libertad para decidir con qué personas contratar, diferenciando de la masa de consumidores al público objetivo al cual dirigirán sus opciones de consumo. Tal como se establece en la propia norma, este derecho a la libertad de

¹ Artículo agregado por el artículo 2 de la Ley 27049, publicada el 6 de enero de 1999 en el diario oficial "El Peruano".

15

contratar puede ejercerse siempre que no se contravengan leyes de orden público² y una de estas normas es precisamente la que consagra el derecho a la no discriminación en el consumo.

Así, en el mercado existen dos mecanismos que son empleados por los proveedores para restringir el acceso del público a los productos o servicios que ofrecen:

- (i) el *trato diferenciado* que constituye un método **lícito** al existir una razón objetiva que justifica dicha diferenciación; y,
- (ii) el *trato discriminatorio* que es en esencia **ilícito** en tanto que, en ese caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas.

Sobre el particular, debe precisarse que la Ley de Protección al Consumidor no establece ningún tipo de excepciones o exoneraciones respecto del derecho a la no discriminación en el consumo, constituyendo este un hecho ilícito y, por lo tanto, prohibido y susceptible de sanción conforme a lo establecido por la Ley.

Sin embargo, a fin de no vulnerar la libertad de contratación que tienen los proveedores, es la misma Ley la que establece determinadas reglas para que éstos puedan ejercer un trato diferenciado de los consumidores, impidiendo su acceso o limitando su permanencia en el establecimiento; ello, atendiendo a causas de seguridad del establecimiento o de tranquilidad de otros consumidores, razones objetivas que justifican la aplicación de medidas restrictivas en el acceso a los productos o servicios ofrecidos³.

No obstante lo indicado, al constituir estas excepciones circunstancias objetivas y justificadas que pueden ser oponibles por los consumidores y, que además pueden ser utilizadas por los proveedores para incurrir en *tratos discriminatorios* bajo la apariencia del empleo de *tratos diferenciados*, resulta necesario que el proveedor acredite la existencia de dicha causa objetiva y justificada a fin de eximirse de responsabilidad, más aún cuando la comisión de prácticas discriminatorias constituye un hecho que reviste particular gravedad en tanto se afecta un derecho protegido constitucionalmente.

En tal sentido, no se puede dejar de reconocer que si bien los proveedores se encuentran impedidos de excluir a los consumidores que soliciten acceder a los servicios que ofrecen en locales abiertos al público, sin que medien razones objetivas, ello no implica que las empresas deban prestar sus servicios sin

² CONSTITUCIÓN

Artículo 2o.- Toda persona tiene derecho (...):

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

³ Así, por ejemplo se justificaría la restricción en el acceso de una persona que pretende ingresar a un establecimiento abierto al público con armamento o con material inflamable que pueda afectar la seguridad física de las personas de dicho establecimiento, o con la clara intención de agredir a otros consumidores o afectar su tranquilidad.

tomar en cuenta elementos objetivos que incidan directamente en aspectos fundamentales de la prestación misma del servicio, tales como seguridad, tranquilidad o control de riesgos.

No obstante lo indicado, al constituir estas excepciones circunstancias objetivas y justificadas que pueden ser oponibles por los consumidores y, que además pueden ser utilizadas por los proveedores para incurrir en *tratos discriminatorios* bajo la apariencia del empleo de *tratos diferenciados*, resulta necesario que el proveedor acredite la existencia de dicha causa objetiva y justificada a fin de eximirse de responsabilidad, más aún cuando la comisión de prácticas discriminatorias constituye un hecho que reviste particular gravedad en tanto se afecta un derecho protegido constitucionalmente.

Sobre lo señalado, el artículo 7B de la Ley establece que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

III. ANÁLISIS DE LOS HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Hechos Investigados

A las 00:30 del 23 de octubre de 2004, personal del INDECOPI, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, realizaron un operativo conjunto en la discoteca "AURA" del Centro Comercial Larco Mar, procediéndose a constatar lo siguiente conforme obra en el acta correspondiente:

"Nos constituimos como consumidores a la discoteca referida en parejas distribuidas en pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga y pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre, ubicándonos de la siguiente forma: la pareja N° 2 detrás de la pareja N° 1 en la fila para el ingreso a la respectiva discoteca por la misma puerta. Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constató que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Coriglioni identificado con DNI 10613465 impidió al suscrito [Fernando Yaya Espinoza] y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca. [...] Cabe señalar que se filmó y grabó la ocurrencia de los hechos descritos en la presente acta, anexándose dichos soportes al acta. Se adjunta los tickets N° 021049 y 021050 los cuales forman parte del acta. Se deja constancia que las siguientes personas: Mirtha Allende Zúñiga, Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre, vienen con el personal de INDECOPI. Se notificó la

14

carta N° 232-2004/PREV-CPC-INDECOPI del 15 de octubre de 2004. asimismo al ingreso de la discoteca se observó un letrero que indica 'Aura Acceso Restringido' con una literatura, entregándose una hoja la cual contiene el mismo texto del letrero con excepción de una frase del punto 4 que dice 'No polos no zapatillas, no short' que aparece en la hoja mas no en el letrero, adjuntándose dicha hoja, señalando el inspeccionado que hubo una falla de impresión en el letrero pudiéndose apreciar un vacío donde debería aparecer esta frase. En este acto el señor Robert Orlando Castillo Larrea con CAL 31985 quien manifestó ser abogado de la empresa señaló que el letrero ubicado al ingreso del establecimiento tiene como función orientar a todos aquellos que asisten como consumidores a la discoteca, asimismo señaló respecto a dicho letrero que en el punto 5 de la hoja informativa que se adjunta se señalan claramente los requisitos para el ingreso sin carnet con lo cual se informa a los consumidores para el procedimiento y normas a seguir precisando que la hora corresponde al letrero ubicado en la entrada de la discoteca. [...] asimismo el Dr. Castillo señaló que en el tenor del acta se consignó 'se filmó y grabó' solicitando se exhiba el video y/o la grabación indicando personal del INDECOPI que en estos momentos no era posible por lo que ante esta respuesta la empresa no suscribe, acepta ni reconoce video y/o grabación alguna. Finalmente el Dr. Castillo señaló que la primera pareja en ingresar fue la pareja N° 2 y que la pareja N° 1 no ejerció el derecho que le faculta el reglamento que se exhibe ubicado en la parte exterior del local a simple vista."

El letrero aludido en el acta de constatación señala, entre otros aspectos, lo siguiente:

"3. ASPECTOS FINALES

Se deja expresa constancia que el presente reglamento no atenta contra el derecho a no ser discriminado debido a que la discoteca Aura no es un lugar abierto al público sino un lugar de acceso restringido reservado para sus socios.

En este sentido, los requisitos de afiliación para la discoteca y, principalmente, el concepto de "ACCESO RESTRINGIDO" se encontrarán debidamente señalados tanto en la publicidad que, eventualmente realice la discoteca así como en la puerta de acceso a la misma.

Bajo este esquema, es deber de la empresa informar debidamente que la discoteca Aura no está abierta al público en general sino que cuenta con "ACCESO RESTRINGIDO" para aquellas personas que, cumpliendo con los requisitos señalados en el presente reglamento contratan con la empresa para pasar un momento de sano esparcimiento. [...]

5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

- *Estar acompañado por un socio VIP (carnet negro).*
- *Estar incluido dentro de la lista de invitados de la empresa.*
- *En los grupos mayores de 4 personas al 75% de los clientes deberán portar carnet.*
- *En caso de no portar el carnet será buscado en la relación de clientes afiliados previa identificación.*

3.2. La naturaleza del establecimiento inspeccionado.

El Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor – en adelante la Ley –, establece el ámbito de aplicación subjetivo de la norma. Así, el artículo 1° de la Ley de Protección al Consumidor dispone que están sujetas a la Ley todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios⁴ en el territorio nacional. En ese sentido el artículo 3° literal b.4 de dicha norma, contempla a los “prestadores”⁵ de servicios, como proveedores sujetos a los alcances de la misma.

Adicionalmente, el artículo 39 de la Ley de Protección al Consumidor establece que la autoridad competente para conocer de los procedimientos administrativos y la imposición de las sanciones previstas en dicha norma es la Comisión de Protección al Consumidor.

De la investigación realizada en el local de “AURA”, se desprende que la pareja N° 2, que pudo ingresar al mismo, adquirió dos tickets en los cuales se consigna la siguiente información:

*“UNITED DISCO S.A.
JOSE GONZALES 514/516
MALEC.RESERVA610-236MIRAF
RUC: 20380766397”*

De acuerdo a ello, “AURA” es un establecimiento a través del cual opera United Disco S.A., sociedad anónima dedicada a “Otras actividades de esparcimiento” conforme consta en la información de su número de RUC en la página web de la SUNAT.

Asimismo, conforme pudo verificarse, contrariamente a lo informado en el cartel ubicado en las afueras de sus instalaciones, en “AURA” se permite el ingreso de personas que no son socios de la empresa y que no están en lista de invitados, como fue el caso de la Pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre.

⁴ El literal d del artículo 3° del Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor define los “Servicios” como “Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia.

⁵ Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

19

Al ser una sociedad anónima que brinda servicios de esparcimiento, se constituye en proveedor de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Protección al Consumidor, y por tanto, le resulta aplicable las normas sobre protección al consumidor.

3.3. Sobre los presuntos actos de discriminación

Conforme obra en el acta de inspección de fecha 23 de octubre, se constató lo siguiente:

“Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constató que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Corigliano identificado con DNI 10613465 impidió al suscrito [Fernando Yaya Espinoza] y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca.” (subrayado nuestro).

Asimismo, en la filmación realizada en las instalaciones del local de “AURA” se pueden apreciar los siguientes hechos:

EN EL LOCAL DE INDECOPI

- Filmación e identificación de las parejas que participaron en los operativos.
- Se identificó la pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya y Mirtha Allende.
- Se identificó la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet y Pamela Ortiz.

Cada pareja que intervino en la investigación presentan características raciales diferenciadas. La pareja N° 1 de rasgos mestizos y la pareja N° 2 de raza caucásica, conforme puede apreciarse en la filmación realizada en las instalaciones de INDECOPI.

- Asimismo se dejó constancia de la forma en que fueron vestidas las parejas.

EN LARCOMAR DIRIGIÉNDOSE A LA DISCOTECA “AURA”

La pareja N° 1 se acerca al punto de ingreso a “AURA”, seguida por la pareja N° 2. El diálogo entablado entre Fernando Yaya (de la pareja N° 1) y el señor Franco Raygada Corigliano (miembro de seguridad de la discoteca) es el siguiente:

- Indecopi: *Hola*
- Aura: *Buenas noches*

- Indecopi: *¿Para entrar?*
- Aura: *Eh... ¿Están en alguna lista de invitados?*
- Indecopi: *No*
- Aura: *Hoy día sólo ingresan la lista de invitados, caballero.*
- Indecopi: *Que, no hay? Este...*
Ah, solamente lista de invitados..
- Aura: *Solamente lista de invitados ...*

Seguidamente, puede apreciarse el ingreso de la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet y Pamela Ortiz.

Asimismo, Fernando Yaya (pareja N° 1) entabla el siguiente diálogo con uno de los vigilantes de la discoteca:

- Indecopi: *Maestro ¿cómo se hace para estar en la lista?*
- Aura: *este cuando (...) llama y manda un correo ... este ... con tu nombre y la persona que (...) ingresen*
- Indecopi: *¿Tenemos que llamar para (...) poder estar en la lista?*
- Aura: *... nos traes una lista completa (...)*
Para la gente (...) se acercan ahí, pagan y pagan y nada mas (...)

IDENTIFICACIÓN DEL PERSONAL DE INDECOPI

Seguidamente, la pareja N° 2, luego que adquirieron los tickets de ingreso N° 021049 y 021050, regresan donde se encuentra ubicada la pareja N° 1 con los vigilantes. A continuación, el señor Fernando Yaya y los integrantes del equipo de fiscalización proceden a identificarse y a solicitar la presencia de la persona responsable para dejar constancia de los hechos verificados:

- Indecopi: *Ahí vienen.* (Dirigiéndose a la pareja N° 2): *Maestro, déjame decirle tus datos... déjame ver tus datos*
- Indecopi: (al vigilante de Aura) *Somos de Indecopi estamos en un operativo (...)*

Conforme puede apreciarse de la diligencia realizada, del acta de inspección, de la filmación y grabación realizadas, en el establecimiento "AURA" de Larcomar se produjeron los siguientes hechos:

- Se denegó el ingreso de la pareja N° 1 de rasgos mestizos aludiendo que el ingreso era solamente para las personas integrantes de una supuesta "lista de invitados".
- Se permitió el ingreso de la pareja N° 2 de rasgos caucásicos sin ninguna restricción; siendo que, no eran socios ni formaban parte de ninguna lista de invitados.
- No se hizo ningún tipo de verificación del cumplimiento de los requisitos establecido por "AURA" para permitir el ingreso de la pareja N° 2.

- La pareja N° 2 adquirió sin ningún inconveniente los tickets de ingreso N° 021049 y 021050.

En consecuencia, no existen indicios de que la denegatoria del ingreso de la pareja N° 1 se haya debido por un *trato diferenciado* al no evidenciarse la existencia de alguna razón objetiva que justifique la diferenciación para permitir o denegar el acceso al establecimiento. Por el contrario, los hechos constatados reflejan la existencia de un *trato discriminatorio* en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población por razones meramente subjetivas e injustificadas, lo cual constituye presuntas infracciones al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a los antecedentes y al análisis efectuado, dichos hechos podrían constituir infracciones a las normas de protección al consumidor; y, de acuerdo a las facultades contenidas en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807⁶, la Comisión de Protección al Consumidor se encuentra facultada a iniciar procedimiento de oficio contra United Disco S.A. que administra la discoteca denominada "AURA" por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.


ENRIQUE FERRAND RUBINI
Secretario Técnico
Comisión de Protección al Consumidor

⁶ **LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

Artículo 23.- El procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo de dar cuenta a la Comisión.

DENUNCIANTE : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (LA COMISIÓN)
DENUNCIADA : UNITED DISCO S.A. (UNITED DISCO)
MATERIA : PROCEDIMIENTO DE OFICIO
DISCRIMINACION
RESOLUCIÓN N° : 1

Lima, 3 de noviembre de 2004

I. ANTECEDENTES

Mediante Informe N° 332-2004/CPC de fecha 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión los resultados de la investigación realizada en la discoteca "AURA" ubicada en el Centro Comercial Larcomar, que tuvo como objetivo verificar la existencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público.

La metodología empleada para la realización de la investigación consistió en emplear dos parejas como supuestos usuarios: la pareja N° 1 con rasgos mestizos y la pareja N° 2 con rasgos caucásicos. Al acercarse al establecimiento a verificar, la pareja N° 2 se colocó en fila detrás de la pareja N° 1 mientras ésta trataba de ingresar al local.

Constatado el impedimento de ingreso de la pareja N° 1 al local y las razones informadas, la pareja N° 2 procedió a solicitar su ingreso, y a adquirir el ticket de entrada al local. Adquiridos los tickets de ingreso, la pareja N° 2 procedió a verificar que la pareja N° 1 seguía siendo impedida de ingresar, momento en el cual se acercó a ésta para proceder a identificarse al haberse verificado los hechos investigados. Seguidamente, el personal de INDECOPI procedió a identificarse y a levantar el acta correspondiente dejando constancia de los hechos sucedidos, así como de la filmación de los mismos, conforme se describe a continuación.

A las 00:30 del 23 de octubre de 2004, personal del INDECOPI, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, realizaron un operativo conjunto en la discoteca "AURA" del Centro Comercial Larco Mar, procediéndose a constatar lo siguiente conforme obra en el acta correspondiente:

"Nos constituimos como consumidores a la discoteca referida en parejas distribuidas en pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga y pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre, ubicándonos de la siguiente forma: la pareja N° 2 detrás de la pareja N° 1 en la fila para el ingreso a la respectiva discoteca por la misma puerta. Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constató que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Corigliano identificado con DNI 10613465 impidió al suscrito [Fernando Yaya Espinoza] y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory

Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca. [...] Cabe señalar que se filmó y grabó la ocurrencia de los hechos descritos en la presente acta, anexándose dichos soportes al acta. Se adjunta los tickets N° 021049 y 021050 los cuales forman parte del acta. Se deja constancia que las siguientes personas: Mirtha Allende Zúñiga, Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre, vienen con el personal de INDECOPI. Se notificó la carta N° 232-2004/PREV-CPC-INDECOPI del 15 de octubre de 2004. Asimismo al ingreso de la discoteca se observó un letrero que indica 'Aura Acceso Restringido' con una literatura, entregándose una hoja la cual contiene el mismo texto del letrero con excepción de una frase del punto 4 que dice 'No polos no zapatillas, no short' que aparece en la hoja mas no en el letrero, adjuntándose dicha hoja, señalando el inspeccionado que hubo una falla de impresión en el letrero pudiéndose apreciar un vacío donde debería aparecer esta frase. En este acto el señor Robert Orlando Castillo Larrea con CAL 31985 quien manifestó ser abogado de la empresa señaló que el letrero ubicado al ingreso del establecimiento tiene como función orientar a todos aquellos que asisten como consumidores a la discoteca, asimismo señaló respecto a dicho letrero que en el punto 5 de la hoja informativa que se adjunta se señalan claramente los requisitos para el ingreso sin carnet con lo cual se informa a los consumidores para el procedimiento y normas a seguir precisando que la hora corresponde al letrero ubicado en la entrada de la discoteca. [...] Asimismo el Dr. Castillo señaló que en el tenor del acta se consignó 'se filmó y grabó' solicitando se exhiba el video y/o la grabación indicando personal del INDECOPI que en estos momentos no era posible por lo que ante esta respuesta la empresa no suscribe, acepta ni reconoce video y/o grabación alguna. Finalmente el Dr. Castillo señaló que la primera pareja en ingresar fue la pareja N° 2 y que la pareja N° 1 no ejerció el derecho que le faculta el reglamento que se exhibe ubicado en la parte exterior del local a simple vista."

El letrero aludido en el acta de constatación señala, entre otros aspectos, lo siguiente:

"3. ASPECTOS FINALES

Se deja expresa constancia que el presente reglamento no atenta contra el derecho a no ser discriminado debido a que la discoteca Aura no es un lugar abierto al público sino un lugar de acceso restringido reservado para sus socios.

En este sentido, los requisitos de afiliación para la discoteca y, principalmente, el concepto de "ACCESO RESTRINGIDO" se encontrarán debidamente señalados tanto en la publicidad que, eventualmente realice la discoteca así como en la puerta de acceso a la misma.

Bajo este esquema, es deber de la empresa informar debidamente que la discoteca Aura no está abierta al público en general sino que cuenta con "ACCESO RESTRINGIDO" para aquellas personas que, cumpliendo con los requisitos señalados en el presente reglamento contratan con la empresa para pasar un momento de sano esparcimiento. [...]

5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

- *Estar acompañado por un socio VIP (carnet negro).*
- *Estar incluido dentro de la lista de invitados de la empresa.*
- *En los grupos mayores de 4 personas al 75% de los clientes deberán portar carnet.*
- *En caso de no portar el carnet será buscado en la relación de clientes afiliados previa identificación."*

II. CUESTION EN DISCUSION

Conforme a los antecedentes expuestos, la Comisión considera que debe determinar si corresponde iniciar un procedimiento de oficio contra United Disco por la presunta comisión de actos discriminatorios conforme a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor; ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

III. ANALISIS DE LA CUESTION EN DISCUSION

3.1. Cuestión previa: sobre la naturaleza del establecimiento inspeccionado

El Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor – en adelante la Ley –, establece el ámbito de aplicación subjetivo de la norma. Así, el artículo 1° de la Ley de Protección al Consumidor dispone que están sujetas a la Ley todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios¹ en el territorio nacional. En ese sentido el artículo 3° literal b.4 de dicha norma, contempla a los "prestadores"² de servicios, como proveedores sujetos a los alcances de la misma.

¹ El literal d del artículo 3° del Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor define los "Servicios" como "Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia.

² Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

Adicionalmente, el artículo 39 de la Ley de Protección al Consumidor establece que la autoridad competente para conocer de los procedimientos administrativos y la imposición de las sanciones previstas en dicha norma es la Comisión de Protección al Consumidor.

De la investigación realizada en el local de "AURA", se desprende que la pareja N° 2, que pudo ingresar al mismo, adquirió dos tickets en los cuales se consigna la siguiente información:

"UNITED DISCO S.A.
JOSE GONZALES 514/516
MALEC.RESERVA610-236MIRAFLORES
RUC: 20380766397"

De acuerdo a ello, "AURA" es un establecimiento a través del cual opera United Disco S.A., sociedad anónima dedicada a "Otras actividades de esparcimiento" conforme consta en la información de su número de RUC en la página web de la SUNAT.

Asimismo, conforme pudo verificarse, contrariamente a lo informado en el cartel ubicado en las afueras de sus instalaciones, en "AURA" se permite el ingreso de personas que no son socios de la empresa y que no están en lista de invitados, como fue el caso de la Pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre.

Al ser una sociedad anónima que brinda servicios de esparcimiento, se constituye en proveedor de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Protección al Consumidor, y por tanto, le resulta aplicable las normas sobre protección al consumidor.

3.2. Normativa aplicable

La Ley de Protección al Consumidor consagra en el artículo 7B lo siguiente:

Artículo 7-B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la

existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio.

Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios³.

En tal sentido, la Comisión se encuentra facultada para velar y promover el respeto de los derechos ciudadanos como consumidores. De este modo, también corresponde a la Comisión promover y fiscalizar el cumplimiento de la obligación de los proveedores de no seleccionar, mediante un acto de discriminación, a los consumidores.

Por su parte, el artículo 2 numeral 2) de la Constitución establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En una economía de mercado, en la que se procura que la leal y honesta competencia facilite una adecuada asignación de recursos entre los agentes del mercado, la selección de los consumidores que se manifiesta a través de prácticas discriminatorias por motivos de raza, condición socioeconómica u otras similares, desnaturaliza el sentido y la lógica comercial que debe aplicarse en las relaciones de consumo.

Específicamente en los casos de locales abiertos al público, los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen. Únicamente se permitiría una práctica de selección en los casos donde medie una causa objetiva y justificada.

El órgano facultado para velar y promover el respeto de los derechos de los consumidores es la Comisión de Protección al Consumidor, fiscalizando el cumplimiento de la obligación de los proveedores de no seleccionarlos mediante un trato discriminatorio.

Lo anterior no contraviene el derecho a la libertad de contratación consagrado en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución de acuerdo con el cual los proveedores se encuentran en libertad para decidir con qué personas contratar, diferenciando de la masa de consumidores al público objetivo al cual dirigirán sus opciones de consumo. Tal como se establece en la propia norma, este derecho a la libertad de contratar puede ejercerse siempre que no se contravengan leyes de orden público⁴ y una de

³ Artículo agregado por el artículo 2 de la Ley 27049, publicada el 6 de enero de 1999 en el diario oficial "El Peruano".

⁴ **CONSTITUCIÓN**

Artículo 2o.- Toda persona tiene derecho (...):

estas normas es precisamente la que consagra el derecho a la no discriminación en el consumo.

Así, en el mercado existen dos mecanismos que son empleados por los proveedores para restringir el acceso del público a los productos o servicios que ofrecen:

- (i) el *trato diferenciado* que constituye un método **lícito** al existir una razón objetiva que justifica dicha diferenciación; y,
- (ii) el *trato discriminatorio* que es en esencia **ilícito** en tanto que, en ese caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas.

Sobre el particular, debe precisarse que la Ley de Protección al Consumidor no establece ningún tipo de excepciones o exoneraciones respecto del derecho a la no discriminación en el consumo, constituyendo este un hecho ilícito y, por lo tanto, prohibido y susceptible de sanción conforme a lo establecido por la Ley.

Sin embargo, a fin de no vulnerar la libertad de contratación que tienen los proveedores, es la misma Ley la que establece determinadas reglas para que éstos puedan ejercer un trato diferenciado de los consumidores, impidiendo su acceso o limitando su permanencia en el establecimiento; ello, atendiendo a causas de seguridad del establecimiento o de tranquilidad de otros consumidores, razones objetivas que justifican la aplicación de medidas restrictivas en el acceso a los productos o servicios ofrecidos⁵.

No obstante lo indicado, al constituir estas excepciones circunstancias objetivas y justificadas que pueden ser oponibles por los consumidores y, que además pueden ser utilizadas por los proveedores para incurrir en *tratos discriminatorios* bajo la apariencia del empleo de *tratos diferenciados*, resulta necesario que el proveedor acredite la existencia de dicha causa objetiva y justificada a fin de eximirse de responsabilidad, más aún cuando la comisión de prácticas discriminatorias constituye un hecho que reviste particular gravedad en tanto se afecta un derecho protegido constitucionalmente.

En tal sentido, no se puede dejar de reconocer que si bien los proveedores se encuentran impedidos de excluir a los consumidores que soliciten acceder a los servicios que ofrecen en locales abiertos al público, sin que medien razones objetivas, ello no implica que las empresas deban prestar sus servicios sin tomar en cuenta elementos objetivos que incidan directamente en aspectos

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁵ Así, por ejemplo se justificaría la restricción en el acceso de una persona que pretende ingresar a un establecimiento abierto al público con armamento o con material inflamable que pueda afectar la seguridad física de las personas de dicho establecimiento, o con la clara intención de agredir a otros consumidores o afectar su tranquilidad.

fundamentales de la prestación misma del servicio, tales como seguridad, tranquilidad o control de riesgos.

No obstante lo indicado, al constituir estas excepciones circunstancias objetivas y justificadas que pueden ser oponibles por los consumidores y, que además pueden ser utilizadas por los proveedores para incurrir en *tratos discriminatorios* bajo la apariencia del empleo de *tratos diferenciados*, resulta necesario que el proveedor acredite la existencia de dicha causa objetiva y justificada a fin de eximirse de responsabilidad, más aún cuando la comisión de prácticas discriminatorias constituye un hecho que reviste particular gravedad en tanto se afecta un derecho protegido constitucionalmente.

Sobre lo señalado, el artículo 7B de la Ley establece que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

3.3. Sobre el inicio de un procedimiento de oficio por los presuntos actos de discriminación

Conforme obra en el acta de inspección de fecha 23 de octubre, se constató lo siguiente:

"Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constató que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Coriglioni identificado con DNI 10613465 impidió al suscrito [Fernando Yaya Espinoza] y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca." (subrayado nuestro).

Asimismo, en la filmación realizada en las instalaciones del local de "AURA" se pueden apreciar los siguientes hechos:

EN EL LOCAL DE INDECOPI

- Filmación e identificación de las parejas que participaron en los operativos.
- Se identificó la pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya y Mirtha Allende.
- Se identificó la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet y Pamela Ortiz.

Cada pareja que intervino en la investigación presentan características raciales diferenciadas. La pareja N° 1 de rasgos mestizos y la pareja N° 2 de raza caucásica, conforme puede apreciarse en la filmación realizada en las instalaciones de INDECOPI.

- Asimismo se dejó constancia de la forma en que fueron vestidas las parejas.

EN LARCOMAR DIRIGIÉNDOSE A LA DISCOTECA "AURA"

La pareja N° 1 se acerca al punto de ingreso a "AURA", seguida por la pareja N° 2. El diálogo entablado entre Fernando Yaya (de la pareja N° 1) y el señor Franco Raygada Corigliano (miembro de seguridad de la discoteca) es el siguiente:

- Indecopi: *Hola*
- Aura: *Buenas noches*
- Indecopi: *¿Para entrar?*
- Aura: *Eh... ¿Están en alguna lista de invitados?*
- Indecopi: *No*
- Aura: *Hoy día ingresan sólo la lista de invitados, caballero.*
- Indecopi: *Que, no hay? Este...
Ah, solamente lista de invitados..*
- Aura: *Solamente lista de invitados ...*

Seguidamente, puede apreciarse el ingreso de la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet y Pamela Ortiz.

Asimismo, Fernando Yaya (pareja N° 1) entabla el siguiente diálogo con uno de los vigilantes de la discoteca:

- Indecopi: *Maestro ¿cómo se hace para estar en la lista?*
- Aura: *este cuando (...) llama y manda un correo ... este ... con tu nombre y la persona que (...) ingresen*
- Indecopi: *¿Tenemos que llamar para (...) poder estar en la lista?*
- Aura: *... nos traes una lista completa (...)
Para la gente (...) se acercan ahí, pagan y pagan y nada mas (...)*

IDENTIFICACIÓN DEL PERSONAL DE INDECOPI

Seguidamente, la pareja N° 2, luego que adquirieron los tickets de ingreso N° 021049 y 021050, regresan donde se encuentra ubicada la pareja N° 1 con los vigilantes. A continuación, el señor Fernando Yaya y los integrantes del equipo de fiscalización proceden a identificarse y a solicitar la presencia de la persona responsable para dejar constancia de los hechos verificados:

- Indecopi: *Ahí vienen.* (Dirigiéndose a la pareja N° 2): *Maestro, déjame decirte tus datos... déjame ver tus datos*
- Indecopi: (al vigilante de Aura) *Somos de Indecopi estamos en un operativo (...)*

Conforme puede apreciarse de la diligencia realizada, del acta de inspección, de la filmación y grabación realizadas, en el establecimiento "AURA" de Larcomar se produjeron los siguientes hechos:

- Se denegó el ingreso de la pareja N° 1 de rasgos mestizos aludiendo que el ingreso era solamente para las personas integrantes de una supuesta "lista de invitados".
- Se permitió el ingreso de la pareja N° 2 de rasgos caucásicos sin ninguna restricción; siendo que, no eran socios ni formaban parte de ninguna lista de invitados.
- No se hizo ningún tipo de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos por "AURA" para permitir el ingreso de la pareja N° 2.
- La pareja N° 2 adquirió sin ningún inconveniente los tickets de ingreso N° 021049 y 021050.

En consecuencia, no existen indicios de que la denegatoria del ingreso de la pareja N° 1 se haya debido por un *trato diferenciado* al no evidenciarse la existencia de alguna razón objetiva que justifique la diferenciación para permitir o denegar el acceso al establecimiento. Por el contrario, los hechos constatados reflejarían la existencia de un *trato discriminatorio* en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población por razones meramente subjetivas e injustificadas, los cuales constituyen presuntas infracciones al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor⁶.

⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

Artículo 7B°.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la

Por ello, y conforme a las facultades contenidas en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807, la Comisión considera que corresponde iniciar un procedimiento de oficio contra United Disco por presunta infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

V. RESOLUCION

PRIMERO: iniciar procedimiento de oficio contra United Disco S.A. por presuntas infracciones al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, correr traslado del Informe N° 332-2004/CPC de fecha 3 de noviembre de 2004 a la denunciada, y poner a disposición de la denunciada en las oficinas de la Secretaría Técnica la filmación realizada con motivo de la investigación llevada a cabo en la discoteca "AURA" el 23 de octubre de 2004, para que, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, contados a partir de la recepción de la presente Resolución, cumpla con presentar sus descargos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

SEGUNDO: requerir a United Disco S.A. para que conjuntamente a su escrito de descargos de conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 442 del Código Procesal Civil, cumpla con señalar su domicilio procesal.

TERCERO: requerir a United Disco S.A. que, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 943, cumpla con informar cual es su número de Registro Unico de Contribuyente (RUC) y, con presentar el Comprobante de Información Registrada y/o los documentos que acrediten su inscripción en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT.

Con la intervención de los señores comisionados: Dr. Juan Espinoza, Ing. Fernando Cillóniz, Dr. Uriel García, Sra. Mercedes García Belaúnde, Dra. Adriana Giudice.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios



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

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

ACTA DE CONOCIMIENTO Y ENTREGA

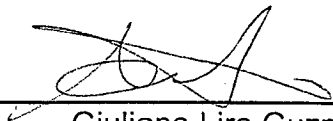
Siendo las 13:20 horas del día 15 de noviembre de 2004, en las oficinas de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPÍ, se presentó en representación de UNITED DISCO S.A. el abogado Daniel Martín Linares Prado identificado con C.A.C. N° 5302, a fin de tomar conocimiento de la cinta de video mencionada en el Informe que obra en el expediente.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se dispensa de notificar al administrado cuando éste tome conocimiento del acto respectivo mediante su acceso directo y espontáneo al expediente, recabando su copia y dejando constancia de esta situación en el expediente.

En consecuencia, mediante la presente acta se deja constancia que UNITED DISCO S.A. tuvo acceso directo al Expediente N° 1356-2004/CPC, entregándosele copia del video señalada anteriormente.



Daniel Martín Linares Prado
UNITED DISCO S.A.



Giuliana Lira Guzmán
En Representación de la Secretaría Técnica
De la Comisión de Protección al Consumidor

043138 40
JPC

Exp. N°: 1356-2004
Sum. Presenta descargos, señala domicilio procesal
y adjunta documentación requerida.

INDECOPI

2004 NOV 17 PM 3 14

Señores:

Comisión de Protección al Consumidor
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia
y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI
Calle de la Prosa N° 138
San Borja.-

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

UNITED DISCO SOCIEDAD ANÓNIMA, con Registro Único de Contribuyentes N° 20380766397, con domicilio real en Centro Larco Mar Nivel Plaza 2-36 distrito de Miraflores, debidamente representada por su Gerente General don **Alexander von Ehren Campos**, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 10269159, con domicilio real en calle José Gonzáles N° 514 distrito de Miraflores, señalando domicilio procesal en las Acacias N° 274 Urbanización Armendáriz distrito de Miraflores, en el procedimiento de Oficio sobre presuntas prácticas discriminatorias, ante Usted decimos:

Que, hemos sido notificados con la Resolución N° 1 de fecha 3 de noviembre de 2004, el día 10 de noviembre de 2004 (en adelante simplemente la Resolución), mediante la cual se inicia el Procedimiento de Oficio por la presunta infracción del artículo 7B del Decreto Legislativo 716 (Ley de Protección al Consumidor) y se nos otorga el término de 5 días (hábiles) para efectos de efectuar los descargos correspondientes contra la citada Resolución, asimismo se nos requiere el señalamiento de domicilio procesal para dichos efectos y a informar el número del Registro Único de Contribuyentes y a remitir copia del Comprobante de Información Registrada que acrediten nuestra inscripción en al Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; en cumplimiento de lo ordenado venimos a señalar lo siguiente:

I. CUESTIÓN PREVIA

Para efectos de formular nuestros descargos seguiremos la Metodología de la Resolución.

II. RESPECTO DE LA METODOLOGÍA EMPLEADA

1.- Conforme se señala en la Resolución materia de este recurso, la metodología empleada por el la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante simplemente La Comisión) consistió en emplear dos parejas¹ denominadas pareja N° 1 conformada por personas de rasgos mestizos y la Pareja N° 2 conformada por personas de rasgos caucásicos. Al acercarse al establecimiento la pareja N° 2 se puso detrás de la pareja N° 1 mientras esta trataba de ingresar al local. Señala la Resolución, que la pareja N° 2 procedió a ingresar al local luego de corroborar el impedimento de ingreso de la Pareja

¹ Conforme se aprecia en el video que forma parte del Proceso de Oficio iniciado, se preparan tres (3) parejas las cuales son filmadas en el local del INDECOPI, sin embargo siguiendo lo señalado por la Resolución es que hacemos mención solo a dos (2) parejas.

INDECOPI
COMISION DE PROTECCION
AL CONSUMIDOR
17 NOV 2004
RECIBIDO

Nº 1; luego de adquirir los tickets la pareja Nº 2 volvió donde se encontraba la pareja Nº 1 y procedió a identificarse, junto con el personal del INDECOPI. Además de quedar constancia de lo sucedido en la filmación de los hechos y cuya descripción consta en la mencionada Resolución.

2.- Con fecha 12 de noviembre de 2004, tomamos conocimiento del video a que se hace mención en el acta, a través de su visualización en las instalaciones del INDECOPI, en la misma fecha solicitamos el duplicado de la cinta de video, la cual nos fue proporcionada el día 15 de noviembre de 2004. En ella se puede apreciar claramente que se preparó para el operativo nos dos (2) parejas sin o tres (3) parejas; la denominada pareja Nº 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga, la pareja Nº 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre y la pareja Nº 3 conformada por Alberto Tirado y Elizabeth Ariano (sic) Bustamante, esto es que las tres parejas iban a participar en el operativo. Debemos anotar que tanto la pareja Nº 1 como la pareja Nº 3 que aparecen en el video, tienen similares características étnicas diferenciándose de ellas la pareja Nº 2 que tiene rasgos caucásicos. Por otro lado tanto en la Resolución como en el informe se señala que se deja constancia de la forma como se encontraban vestidas las parejas, sin embargo en el video se menciona que se pondrán chompa de color negro la cual es filmada sobre un escritorio, no consta en el video que alguna de las personas se la haya puesto.

3.- Seguidamente al exponer los hechos, la Resolución, que toma casi de manera literal lo señalado en el informe sustentatorio, señala que el operativo iniciado contra la discoteca AURA se realizó de manera conjunta por el personal del INDECOPI, la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, lo que se corrobora por la participación de Mirtha Allende Zúñiga miembro de la Mesa de Contra el Racismo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos².

4.- La redacción del acta referida en la Resolución se inicia en primera persona del plural, refiriéndose a las parejas conformadas por la pareja Nº 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga y la pareja Nº 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gomez de la Torre, debemos mencionar que solo una de las cuatro (4) personas mencionadas suscribe el acta³ lo que tiene una relevancia significativa, pues el acta es una constatación de los hechos en los que las personas que en ella se consignan deben haber participado, sin embargo las personas mencionadas no suscriben el acta, por lo que esta adolece de defecto formal insubsanable, siendo por lo tanto nula en todos sus extremos, en aplicación de lo establecido por el artículo 156 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴.

² Mediante carta de fecha 5 de noviembre de 2004, la Coordinadora de Derechos Humanos junto con Instituto de Defensa Legal, las dos instituciones que participaron de manera "conjunta" en el operativo contra la discoteca AURA, nos enviaron una carta suscrita por Mirtha Allende, miembro de la Mesa contra el Racismo de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos; copia de la carta se anexa al presente recurso.

³ Únicamente suscriben el acta los señores Gianni Dasso Chávez identificado con DNI 10219042, el señor Fernando Yaya por el INDECOPI, quien no se identifica con DNI ni ningún otro tipo de documento y el Dr. Robert Castillo que se identifica con la su colegiatura del Colegio de Abogados de Lima Nº 31945.

⁴ Artículo 156º.- Elaboración del Acta

III. ANALISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Sobre la Naturaleza de nuestro establecimiento – Discoteca AURA

5.- Tal como lo señala la Resolución la Discoteca AURA es un local de acceso restringido, pudiendo acceder a ella únicamente las personas que cumplan con los requisitos establecidos por el reglamento que se exhibe en la parte exterior de nuestro local y que se aprecia claramente en la filmación tomada por el INDECOPI el día del operativo. Debe tenerse presente que la Discoteca admite excepcionalmente el ingreso de personas que no tienen la calidad de socios, como son los turistas y los invitados de los socios, tal como lo establece el citado Reglamento. Al analizar la naturaleza del establecimiento, la Resolución en el punto 3.1. hierra en su razonamiento al mencionar que el local de nuestra propiedad es uno abierto al público, lo que no se ajusta a la verdad pues este solo esta destinado a brindar servicios a los socios y a sus invitados, los que deben cumplir ciertos requisitos para acceder a ello, la excepcionalidad del ingresos de personas que no son socios no nos convierte en un local abierto al público, por ello nos denominados "Discoteca con Acceso Restringido", la naturaleza de local de acceso restringido ha sido puesto en conocimiento de los consumidores de manera suficiente y oportuna a través de la publicación de las condiciones para el ingreso, lo que consta no solo en el acta levantada ese día sino en la filmación efectuada. La publicación de los requisitos para la afiliación (lo que le dar la característica de ser un local destinado solo a los afiliados) de los derechos de los socios y de los requisitos que se deben cumplir para el acceso a la discoteca, es la **manera idónea de informar a los consumidores de las características del local** lo que se ha efectuado en cumplimiento de lo establecido por el artículo 5º inciso b) y el artículo 15º de la Ley de Protección al Consumidor⁵. Lo que supone que cualquier consumidor bajo el estándar fijado por el propio INDECOPI como veremos más adelante, debe tener conocimiento de la forma en la que se puede hacer uso de las instalaciones de la discoteca, así pues toda persona que se acerque al local puede tomar conocimiento de las condiciones que se deben cumplir para acceder a los servicios que prestamos, lo que supone a su vez que cuando una persona se acerca a la puerta de ingreso es por que o **tiene la calidad de socio de la discoteca o se encuentra en la lista de invitados, o se trata de un turista** de otra forma no se acercaría a la puerta de ingreso de la discoteca.

Las **declaraciones de los administrados**, testigos, peritos y las **inspecciones** serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirán las siguientes reglas:

1. El acta indica el lugar, fecha, nombre de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y **firmada inmediatamente** después de la actuación, **por los declarantes**, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación. (el subrayado es nuestro).

(...)

⁵ **Artículo 5º.-** (...)

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un **uso** o consumo adecuado de los productos o servicios. (el subrayado es nuestro)

Artículo 15º.- El proveedor esta obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumido o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados.

(...)

En la filmación se puede apreciar que el cartel se encuentra colocado de manera previa a la puerta de ingreso a la discoteca, al costado de un cajero automático y al lado de un restaurante (Pardo's Chicken), sitio en el cual se desarrolla todo el diálogo que consta en la filmación que acredita supuestamente los hechos consignados en el acta, el contenido del video será materia de análisis posterior. La Comisión establece erróneamente que por encontrarnos sujetos a las normas de la Ley de Protección al Consumidor tenemos la calidad de local abierto al público en general, así señala que el hecho de prestar servicios de manera habitual y "permitir" el ingreso de personas que no son socios nos convierte el local abierto, lo que es falso tal como lo señalamos previamente, nuestro local permite solo de manera excepcional el ingreso de personas que no tienen la calidad de socios **cuando son invitados de algún socio** o cuando se trata de turistas, en ambos casos deben pagar un cover excepcional de cien soles (S/. 100.00), ello, reiteramos no nos convierte de manera automática en local abierto al público, el hecho que Gegory Pollet Babier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre hayan supuestamente ingresado no corrobora la posición equívoca de la Comisión respecto de la naturaleza del local. En conclusión **no tenemos la calidad de local abierto al público** conforme a la normativa de la Ley de Protección al Consumidor.

IV. INDEBIDA PARTICIPACIÓN DE LA COORDINADORA NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

Conforme lo señala la Resolución, el artículo 39° de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante simplemente La Ley) establece que la Comisión de Protección al Consumidor es la única autoridad Competente para conocer de las infracciones a la Ley así como para imponer las sanciones administrativas o medidas correctivas, en tal sentido ni la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos ni el Instituto de Defensa Legal son organismos competentes para constatar hechos violatorios de la Ley por lo que no les corresponde a dichos entes el efectuar operativos **DE MANERA INDIVIDUAL O CONJUNTA**, pueden participar a título de observador sin intervenir en **NINGUN CASO** en operativos o en la inspecciones de maneta conjunta con La Comisión, su participación en el operativo es ilegal y representa un ilícito tipificado por la Ley penal como usurpación de funciones⁶, tal como lo establece el artículo 361° del Código Penal, lo que compromete a los funcionarios del INDECOPÍ al haber permitido su participación en tales actos,

⁶ **Artículo 361.-Usurpación de función pública**

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. (*)

(*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 25444, publicado el 23-04-92.

otorgándole prerrogativas no establecidas en ninguna norma, con el agravante que dichas instituciones no son Asociaciones de Consumidores inscritas como tales en el INDECOP ni son entidades con las que esta institución haya celebrado convenio de delegación de facultades. Por ello el acto de inspección adolece de nulidad conforme a lo establecido por el artículo 10º de la Ley del Proceso Administrativo General.

Por otro lado la afirmación efectuada por la Resolución en el sentido que "contrariamente a lo señalado en el cartel ubicado en las afueras de las instalaciones de la discoteca", se permite el ingreso de cualquier persona que no son socios de la empresa y que no tienen la calidad de invitados, no es cierta. En el video que sustenta los hechos materia de la inspección no se constata tales hechos como veremos más adelante, siendo FALSO lo afirmado por la Comisión en la Resolución.

V. ANALISIS DE LA NORMATIVA APLICABLE

6.- El artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor señala que los proveedores no pueden establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos o servicios que los **locales abiertos al público** presten, este mismo dispositivo admite la existencia de causales objetivas y justificadas para efectos de establecer un trato diferenciado a los consumidores, correspondiendo al usuario del servicio desvirtuar si las causales objetivas o justificadas son un mero pretexto a fin de establecer trato discriminatorio respecto de los usuarios de los servicios. Del análisis del video no se desprende en ningún momento que se haya impedido el ingreso de la pareja N° 1 al local simplemente se le informó que ese día se permitía el ingreso al local de la discoteca a aquellas personas que se encontrarán en **la lista de invitados**, la pareja N° 1 en ningún momento se acercó a la puerta de entrada de la discoteca a verificar si se encontraba en la lista de invitados a solicitar su ingreso al local, únicamente se ve que se acerca directamente sin formar cola alguna ni consecuentemente esperar su turno, a un miembro de seguridad de nuestro establecimiento a preguntarle como se hacía para ingresar, habiéndole informado el personal de la discoteca de manera muy gentil que solo ingresaban aquellas personas que se encontraban en lista de invitados. La pareja N° 2 en ningún momento hace el mismo cuestionamiento, se ve claramente que esta pasa en frente de la pareja N° 1, no se logra distinguir si se dirige a la puerta de entrada o se va a otro lado. Luego se aprecia que la pareja N° 2 vuelve a pasar en frente del personal de vigilancia de la empresa VIP'S (se nota claramente en los uniformes del personal de seguridad el nombre de la empresa grabado en las camisas) la que es contratada por nuestro local para mantener la seguridad interna y externa del local frente a posibles actos vandálicos o de desorden que pudieran ocurrir el mismo que no se encuentra autorizado por nuestra empresa a brindar información alguna, ya que para ello existe un Reglamento que se ha puesto al alcance de los consumidores a través del cartelón ubicado de manera previa a la puerta de ingreso y a la boletería del local.

Cabe mencionar que el trato diferenciado sustentado en causales objetivas y justificadas esta consignado en el cartelón antes aludido y en el que define

cuales son los requisitos que deben cumplir quienes deseen hacer uso de nuestras instalaciones los que en buena cuenta son:

- Ser socio de la discoteca.
- Encontrarse en la lista de invitados.
- Portar su carnet de socio en el caso que tenga tal calidad.
- Estar vestido con traje sport elegante
- Ser varón mayor de 24 años
- Ser dama mayor de 21 años.
- Si es extranjero pagar el cover de S/. 100.00
- No portar armas de fuego, cámara fotográfica o filmadora
- No encontrarse en estado etílico o bajo el efecto de sustancias ilegales.
- Pagar el cover extraordinario de S/. 100.00 en caso de no contar con Carnet

Todos estos requisitos obedecen a la naturaleza de la actividad que desarrollamos ya la naturaleza de nuestro local "Discoteca con ACCESO RESTRINGIDO", señalándose en el Reglamento que la discoteca **no es un local abierto al público**, lo que se ha puesto de conocimiento de manera oportuna y suficiente al alcance de los consumidores⁷.

Aplicar un criterio distinto sería obligarnos a admitir a todas las personas que no sean socios lo que atentaría contra el derecho de los socios que han pagado su derecho a formar parte de un local y que han cumplido además con las disposiciones de la discoteca para ser considerados dentro de la membresía de la misma, pretender cuestión inversa traería consigo que cualquier persona pretenda ingresar a clubes sociales sin ser socio aduciendo una supuesta discriminación.

En el presente caso corresponde al usuario la carga de la prueba a fin de determinar si existe respecto de él un trato discriminatorio basado en diferencias étnicas, culturales o económicas, en violación de lo dispuesto por el artículo 2º inciso 14 de la Constitución Política del Estado, en el presente caso el usuario no ha acreditado que se le haya dado un trato discriminatorio, ya que el sustento de la supuesta discriminación es la respuesta obtenida de un miembro del personal de seguridad de una empresa contratada por nuestra empresa que carece de autoridad alguna y una respuesta que se ajustaba a lo establecido en el Reglamento de ingreso a nuestro local, por otro el sucedáneo del medio probatorio empleado⁸ que es el la filmación empleada no causa

⁷ El INDECOPI ha establecido que la información que se le proporciona a los consumidores debe ser relevante y que el consumidor pueda tener acceso a ella empleando la diligencia ordinaria, empleándose con tal fin medios idóneos de publicidad, donde un consumidor razonable reciba la información que le permita tomar una decisión adecuada respecto del bien o el servicio a adquirir. En el presente caso en el cartel figuran de manera amplia y detallada en texto escrito en tipos grandes los requisitos que deben cumplir los consumidores para ingresar a nuestro local, lo que se aprecia en el video y consta en el acta, y donde un consumidor razonable puede tomar conocimiento de las condiciones para la contratación de nuestro servicio, un consumidor que no tenga la intención de procurar un pronunciamiento en tal o cual sentido, esto es sin prejuicios, situación que por cierto no es la de marras.

⁸ De acuerdo a lo establecido por el artículo 275º del Código Procesal Civil, los sucedáneos de los Medios Probatorios como los indicios o auxilios técnicos destinados a lograr la finalidad de los medios probatorios, inclusive sustituyendo el valor de estos medios. En el presente caso la filmación asume la función de medio probatorio fundamental en lugar del acta, y en el video se aprecia que lo establecido en

46

convicción sobre los hechos materia de la investigación por el contrario tiene serias contradicciones con lo afirmado por el personal del INDECOPI y las instituciones que han participado indebidamente en la inspección efectuada.

En el acta de inspección se señala lo siguiente:

*“Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constato que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Corigliano identificado con DNI 10613465 **impidió** al suscrito (Fernando Yaya Espinoza) y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Babier y Pamela Ortiz Gomez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca” (el subrayado es nuestro).*

Lo que se aprecia en el video y lo señalado en transcripción del mismo, que consta en la Resolución, existen sustanciales diferencias, primero que el señor Fernando Yaya Espinoza (a quien no se le aprecia en video al momento de acercarse a la discoteca, ni se aprecia tampoco a la señorita Allende) no se encontraba en cola, por lo que no tenía que esperar turno alguno, se ve claramente que quien porta la cámara atraviesa el patio de comidas que se encuentra delante de nuestras instalaciones y se dirige directamente al señor Franco Raygada Corigliano (en adelante simplemente el Sr. Franco) y lo interroga conforme aparece en la transcripción del diálogo, el Sr. Franco contesta muy amablemente indicándole que solo ingresaban los que se encontraban en **la lista de invitados**, no en la **lista de socios** como señala el acta. En ningún momento el Sr. Fernando Yaya Espinoza se acerca al letrero que se aprecia en el video y cuyo texto consta en el acta levantada en la inspección, para enterarse de cuales eran los requisitos de ingreso al local, actuando de manera irresponsable frente al servicio que pretendía adquirir⁹, no

el acta es absolutamente falaz no llegando en consecuencia el medio probatorio a cumplir su finalidad, que es acredita la existencia de una conducta discriminatoria, careciendo de sustento por tanto el inicio del Procedimiento de Oficio por parte de la Comisión.

⁹ El INDECOPI ha fijado el criterio del “consumidor razonable” para efectos de determinar cuando estamos frente a una situación de controversia, en tal sentido la conducta del consumidor debe actuar con la diligencia ordinaria previsible de acuerdo a las circunstancias. Así el consumidor debe tomar las precauciones necesarias para informarse de los bienes o servicios que va adquirir, esto es que tomen las precauciones necesarias antes de tomar una decisión de consumo, en caso que el consumidor actúe de manera diversa lo estará haciendo de manera irresponsable. En el presente caso el Sr. Fernando Yaya Espinoza, aún cuando existía un cartelón que establece cuales son los requisitos que debe cumplir para ingresar al local actúo de manera irresponsable al no haberse acercado a leer lo que en el se establece, en la inspección se ha reconocido la existencia del cartelón y se ha tomado conocimiento de su contenido. El Sr. Fernando Yaya Espinoza en ningún momento, conforme se aprecia en el video, ni tampoco consta en el acta, intento ingresar a la Discoteca por la puerta de entrada ni tomó conocimiento de los requisitos establecidos para el ingreso al local, actuando no como un “consumidor razonable”, sino por el contrario como un consumidor irresponsable, por lo que al no encontrarse dentro del estándar establecido por la Ley de Protección al Consumidor, no puede verse protegido por la misma, careciendo en consecuencia la Comisión de competencia para iniciar un Proceso de Oficio contra la Discoteca, ya que el supuesto consumidor afectado no es un “consumidor razonable”, siendo aún más grave el hecho que se trataba aparentemente de un funcionario del INDECOPI. No ha actuado el Sr. Fernando Yaya Espinoza con la diligencia ordinaria, establecida por el artículo 1314° del Código Civil, criterio asumido por la Ley y por la Jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI.

47

actuó con la diligencia mínima que un "consumidor razonable" debe emplear. El Sr. Franco no se encontraba en la puerta de ingreso del local, se aprecia claramente en el video que la puerta de ingreso se encuentra metros más allá donde se aprecia que hay un atril con la lista de invitados a la discoteca, y no podía ser de otra manera, ya que el Sr. Franco y parte del personal de seguridad de la empresa VIP'S se encontraban al costado de un cajero automático (si la puerta de ingreso a la discoteca se encontraría en el lugar que señala la Comisión estaría impidiendo el acceso al público al cajero) y al lado de la mesa de ingreso del Restaurante Pardo's Chicken, esa no es la puerta de ingreso de la discoteca, no podía pues haberse formado una cola delante de un cajero automático y menos al lado del acceso a otro local, por lo que la afirmación efectuada por el personal del INDECOPi que esa era la puerta de ingreso a la discoteca ES FALSA.

Por otro lado, en el mismo video se aprecia que en ningún momento el Sr. Franco le impide el acceso a la discoteca a Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende, no hay más que un intercambio de información entre el Sr. Franco y el Sr. Fernando Yaya Espinoza en respuesta a la pregunta efectuada por este último (suponiendo que es esta persona ya que repetimos en ningún momento se le ve en el video, por consiguiente no se puede apreciar si tenía características étnicas mestizas o caucásicas, en la presentación del video el Sr. Fernando Yaya Espinoza no responde a características étnicas mestizas estrictamente), luego de lo cual esta persona interroga a personal de seguridad de la empresa VIP'S ajeno a nuestra empresa, respecto de cómo puede hacer para estar en la lista de invitados. En este instante se aprecia que pasa la Pareja N° 2 y se ve claramente en el video que además pasan una serie de personas a las cuales no se les detiene en ningún momento ya que reiteramos esa parte no es la puerta de acceso a la discoteca, inclusive se ve que una persona vestida con casaca negra de cuero pasa directamente sin ser detenido ni interrogado por el personal de seguridad de la empresa y cuyas características étnicas son mestizas, esta persona no vuelve a pasar por esta parte pues ingreso a las instalaciones de la discoteca, **no es cierto entonces que en nuestro local se estén efectuando actos discriminatorios basados en diferencias étnicas**, esta persona se encontraba probablemente incluida en la lista de invitados y conocía de los procedimientos para ingresar al local por ello no se detuvo a preguntar como podía hacer para ingresar.

La pareja N° 1 no pretendió en ningún momento dirigirse a la puerta de ingreso de la discoteca, se quedó de manera voluntaria en la periferia del local interrogando al personal de la manera como podía hacer para ingresar al local.

En este punto debemos señalar que aún cuando aparece en la introducción del video una tercera pareja que responde a las mismas características de la supuesta pareja N°1 la que fue supuestamente impedida de ingresar al local, esta no aparece en ningún momento en la filmación que sustenta la inspección, lo que nos lleva a pensar que probablemente haya ingresado sin problema alguno ya que probablemente se dirigió directamente a la puerta de entrada del local y que la pareja N° 1 haya sido la que se dirigió con el ánimo de buscar una respuesta negativa a personal que no se encontraba en la periferia del acceso a la discoteca.

El solo hecho de existir dos parejas (Pareja N° 1 y Pareja N° 3) con rasgos étnicos mestizos y una sola con rasgos caucásicos, hace suponer que lo que se pretendía era que si una pareja fallaba en su afán de ser rechazada la otra buscaría a toda costa que se le impidiera el ingreso. Lo que aparentemente sucedió pues la pareja N° 3 no aparece durante la intervención probablemente por que logró ingresar o entendió que no se encontraba en la lista de invitados. Ello nos lleva a suponer que existía un ánimo de buscar ser rechazada toda costa lo que denota a su vez una tendencia marcada contra nuestro local a fin de acusarlo de discriminación. La discoteca AURA no tiene una sola denuncia de parte por discriminación en el INDECOPI, sin embargo en la carta dirigida por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal que participan de manera indebida en la inspección se señala temerariamente que nuestro local tiene una reiterada práctica de actos discriminatorios, ello deberá ser tomado en cuenta por la comisión así pues la conducta del consumidor supuestamente afectado denota una animadversión contra nuestro local, la que busca por todos los medios de acusarnos de tratos discriminatorios con el afán de desprestigiarnos.

Debemos indicar asimismo que el personal que se encuentra en la puerta de entrada por una situación de costumbre muchas veces no verifica exhaustivamente la condición de invitado de la discoteca, ya que el público al estar correctamente informado de los requisitos para el ingreso al local les hace suponer que se encuentran en lista, atendiendo a que en la actualidad las listas de invitados son manuales y que el tiempo empleado en la búsqueda de los nombres muchas veces exaspera a los invitados, sobre todo cuando hay mucha afluencia de público el personal permite el ingreso libremente, lo que ni siquiera fue intentado por la pareja N° 1 y sea lo que probablemente hizo la pareja N° 2 para ingresar, en el supuesto que lo haya hecho, ya que reiteramos ello no consta en el video. A la hora que se efectuó la inspección hay gran afluencia de público pues es la hora punta de ingreso al local, tal como se aprecia por el paso de público en el lugar donde se realizó la filmación.

Ello puede explicar que muchas veces ingresen personas que no se encuentran en la lista de invitados y que la pareja N° 2 haya sorprendido al personal de la empresa, máxime si luego de efectuada la diligencia se comprobó que el Sr. Gregory Pollet Babier tenía un Carnet de Extranjería caduco, pues había vencido el 17 de octubre de 2004, lo que hace devenir su participación en la diligencia en nula y acarrea la nulidad a su vez de la inspección efectuada.

VI. CONCLUSIONES

1.- El sucedáneo del medio probatorios constituido por el video de la filmación, constituye la prueba fundamental en este proceso, lo que sustituye el mérito probatorio del acta de inspección, y que demuestra fehacientemente que en ningún momento la denominada Pareja N° 1 fue víctima de actos discriminatorios.

2.- El Sr. Fernando Yaya Espinoza no actuó con la diligencia necesaria con la que debe actuar un consumidor razonable, al no tomar conocimiento de los requisitos para ingresar a la Discoteca que figuran en el cartelón ubicado en la entrada de la discoteca, con lo que queda invalidada la inspección efectuada por el personal del INDECOPI.

3.- La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal no son Asociaciones de Consumidores inscritos en el INDECOPI, su participación en un operativo conjunto es ilegal y nulifica la inspección efectuada a la discoteca.



4.- No consta en el video que la denominada Pareja N° 2 haya ingresado a la Discoteca, la presentación de los boletos no causan el convencimiento que esta pareja haya ingresado a la discoteca.

5.- El señor Gregory Pollet Babier, contaba al momento de la inspección con un Documento de Identidad caduco, lo que no le permitía contratar con la discoteca la prestación de sus servicios, siendo el contrato nulo por no haber sido celebrado con agente capaz.

6.- El acta de inspección no ha sido suscrita por los intervinientes en el operativo, lo que nulifica el acto que en ella constan.

7.- A pesar de estar incluida como participe del operativo la denominada Pareja N° 3, esta no aparece en el video y no se ha demostrado que haya sido rechazada o impedido de acceder al local.

8.- No consta en el video que la Pareja N° 1 haya sido impedida de ingresar al local.

9.- Se aprecia claramente en el video que una persona de rasgos similares a los señalados para la Pareja N° 1 ingresa libremente al local sin ser impedida en ningún momento de hacerlo.

10.- La información sobre la lista de invitados es tomada por el Sr. Fernando Yaya Espinoza de una persona ajena al local pues pertenece a una empresa contratada por nuestra empresa.


11.- Las conclusiones de la Resolución son erróneas, al haberse basado en un informe que tiene serias inconsistencias al momento de contrastarse con el video.

VII. MEDIOS PROBATORIOS

Para efectos de demostrar que los hechos que se refutan mediante el presente escrito, ofrecemos como medios probatorios lo siguiente:

1.- El mérito del video de la filmación efectuada en el operativo dirigido contra nuestra empresa con fecha 23 de octubre de 2004, en la que no se aprecia que

se haya ejercido actividad discriminatoria alguna contra el Sr. Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga, conforme a los argumentos desarrollados extensamente en el presente escrito y donde consta el ingreso de personas de características raciales mestizas que ingresan libremente al local.



2.- El mérito de la Carta de fecha 05 de noviembre de 2004, dirigida a nuestra empresa por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, misiva suscrita por Mirtha Allende miembro de la Mesa contra el racismo de la Coordinadora de Derechos Humanos, quien participó indebidamente en el operativo conjunto con el INDECOPI, con la que se demuestra que existe una tendencia acusar de manera infundada a nuestra empresa de prácticas racistas, aún cuando el Proceso de Oficio iniciado por la Comisión de Protección al Consumidor no tiene pronunciamiento definitivo y se encuentra en la etapa inicial de descargos, ellos nos lleva a concluir que las personas que participaron en la inspección lo hicieron de manera tendenciosa y prejuiciosa.

3.- El mérito del acta de fecha 23 de octubre de 2004, suscrita solo por el señor Fernando Yaya Espinoza a nombre del INDECOPI, por el Señor Gianni Dasso Chávez y el Dr. Robert Castillo por UNITED DISCO S.A., sin la participación de las personas mencionadas en el Acta, ni por los otros miembros del INDECOPI que participaron en la diligencia.

4.- Un CD con fotografías tomadas en las instalaciones de la discoteca donde se aprecia que hay personas de las más diversas características étnicas, esto es de raza mestiza, negra y caucásica.

5.- El mérito de la impresión de la página web (<http://www.dhperu.org/index.php?link=94>) de fecha 15 de noviembre de 2004, donde consta que existe una campaña contra el Racismo por parte de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, de la cual es miembro la Srta. Mirtha Allende Zúñiga, con la que demostramos que los operativos que tienen por finalidad establecer situaciones emblemáticas de discriminación racial, siendo que nuestra discoteca es una de las mejores del medio, los operativos se efectúan de manera prejuiciosa con una idea predeterminada de configurarlas como ejemplos emblemáticos de discriminación racial, pues el solo hecho que exista una campaña quita espontaneidad al operativo y lo llena de dudas sobre su validez. En ese mismo sentido ofrecemos la publicación efectuada en el Diario Correo el día 17 de noviembre de 2004.

6.- El informe que deberán efectuar los miembros de la Comisión de Protección al Consumidor de algún otro operativo efectuado el día 23 de octubre contra algún otro local por el personal del INDECOPI.

7.- Un ejemplar del Reglamento de ingreso de la Discoteca denominado ACCESO RESTRINGIDO que es transcripción del cartelón que existe en nuestra discoteca, y que consta en el video y en el acta de la inspección, donde se informa de manera fehaciente y suficiente a los consumidores de los requisitos que deben cumplir para ingresar a nuestro local.

VIII. DOMICILIO PROCESAL

De acuerdo a lo ordenado en la Resolución materia de este recurso procedemos a señalar domicilio procesal en LAS ACACIAS N° 274 URBANIZACIÓN ARMENDARIZ DISTRITO DE MIRAFLORES.

IX. DOCUMENTACIÓN REQUERIDA

Conforme a lo ordenado en la Resolución en el numeral 3, adjuntamos copia del Comprobante de Información Registrada de la SUNAT, siendo nuestro número de Registro Único de Contribuyente el 20380766397 con lo que se acredita nuestra inscripción en los registros de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

X. ANEXOS

Adjuntamos los siguientes anexos:


- 1.- Copia Legalizada de la anotación de inscripción, donde consta que el Sr. Alexander von Ehren Campos es el Gerente de la Sociedad, por lo que en aplicación de lo establecido por la Ley General de Sociedades en su calidad de Gerente General queda investido de las facultades señaladas en los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil.
- 2.- Copia del Documento Nacional de Identidad del Sr. Alexander von Ehren Campos nuestro Gerente General.
- 3.- Copia de la Carta mencionada en el ítem 2 del numeral VII de este escrito (medios probatorios).
- 4.- Impresión de la página web mencionada en el ítem 5 del numeral VII de este escrito.
- 5.- Un CD de fotografías mencionado en el ítem 4 del numeral VII de este escrito.
- 6.- Ejemplar del Diario Correo de fecha 17 de noviembre de 2004, mencionado en el numeral 4 del ítem VII de este escrito.
- 7.- Un ejemplar del Reglamento de Ingreso al local denominado Acceso Restringido mencionado en el ítem 7 del numeral VII de este escrito.

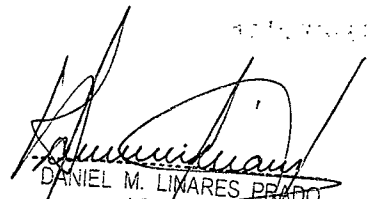
XI. DELEGACIÓN DE FACULTADES

Conforme a lo establecido por el artículo 115° inciso 115.1 de la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) otorgamos poder general al Dr. Daniel Martín Linares Prado con registro del Colegio de Abogados del Callao N° 5302, para la tramitación ordinaria del presente procedimiento. Siendo de aplicación lo establecido por el artículo 80° del Código Procesal Civil, en tal sentido ratificamos nuestra dirección domiciliaria señalada en el principal del

presente escrito, quedando investido el abogado designado de las facultades señaladas en los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil, declarando que quedamos instruidos de la representación y sus alcances que otorgamos.

Miraflores, 17 de noviembre de 2004.


ALEXANDER VON EHREN CAMPOS
GERENTE - GENERAL
UNITED DISCO SOCIEDAD ANÓNIMA.


DANIEL M. LIMARES PRADO
ABOGADO
Reg. C.A.C. 5302

DENUNCIANTE : COMISION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR (LA COMISION)
DENUNCIADA : UNITED DISCO S.A. (AURA)
MATERIA : DISCRIMINACION EN EL CONSUMO
PRUEBA INDICIARIA
SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS
GRADUACION DE LA SANCION
MULTA
MEDIDA CORRECTIVA
PUBLICACION DE LA RESOLUCIÓN
ACTIVIDAD : FUNCIONAMIENTO DE SALAS DE BAILE, DISCOTECAS, PARQUES DE DIVERSION Y LUGARES SIMILARES
PROCEDENCIA : LIMA

SUMILLA: *en el procedimiento sobre infracción a las normas de protección al consumidor¹ seguido de oficio contra United Disco S.A., la Comisión ha resuelto lo siguiente:*

- (i) *declarar fundado el procedimiento por infracción al artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor. Ha quedado acreditado que la denunciada incurrió en prácticas discriminatorias al realizar una política de selección de clientela para el acceso a la discoteca AURA, sin que medien razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas que justifiquen dicho accionar y basándose únicamente en sus características raciales; siendo que, dicha conducta vulnera expresamente lo establecido por la Ley de Protección al Consumidor.*
- (ii) *sancionar a Aura con 35 Unidades Impositivas Tributarias y, ordenarle, como medida correctiva, que se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas.*
- (iii) *ordenar la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, dado que los criterios de interpretación señalados contribuirán a una mejora eficiente del mercado para proteger los intereses de los consumidores; ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.*

SANCION: 35 Unidades Impositivas Tributarias

¹ El texto original del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor y sus modificatorias hasta el 11 de diciembre de 2000, se encuentran comprendidos en el Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

Lima, 24 de noviembre de 2004

I. ANTECEDENTES

Mediante Informe N° 332-2004/CPC de fecha 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión los resultados de la investigación realizada en la discoteca "AURA" ubicada en el Centro Comercial Larcomar, que tuvo como objetivo verificar la existencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público.

En el referido informe se dejó constancia de la metodología empleada para la investigación², así como de la constatación de indicios de la comisión de prácticas discriminatorias por parte del personal de la citada discoteca; ello, al impedir el ingreso de una de las parejas seleccionadas para el operativo³. El resultado de la investigación efectuada fue consignado en el acta correspondiente⁴, dejándose constancia de la filmación efectuada por el personal de INDECOPI.

² La metodología empleada para la realización de la investigación consistió en emplear dos parejas como supuestos usuarios: la pareja N° 1 con rasgos mestizos y la pareja N° 2 con rasgos caucásicos. Al acercarse al establecimiento a verificar, la pareja N° 2 se colocó en fila detrás de la pareja N° 1 mientras ésta trataba de ingresar al local.

³ Constatado el impedimento de ingreso de la pareja N° 1 al local y las razones informadas, la pareja N° 2 procedió a solicitar su ingreso, y a adquirir el ticket de entrada al local. Adquiridos los tickets de ingreso, la pareja N° 2 procedió a verificar que la pareja N° 1 seguía siendo impedida de ingresar, momento en el cual se acercó a ésta para proceder a identificarse al haberse verificado los hechos investigados. Seguidamente, el personal de INDECOPI procedió a identificarse y a levantar el acta correspondiente dejando constancia de los hechos sucedidos, así como de la filmación de los mismos, conforme se describe a continuación.

⁴ En la referida acta se consigna lo siguiente: "Nos constituimos como consumidores a la discoteca referida en parejas distribuidas en pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga y pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre, ubicándonos de la siguiente forma: la pareja N° 2 detrás de la pareja N° 1 en la fila para el ingreso a la respectiva discoteca por la misma puerta. Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constató que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Coriglioni identificado con DNI 10613465 impidió al suscrito [Fernando Yaya Espinoza] y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que sólo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca. [...] Cabe señalar que se filmó y grabó la ocurrencia de los hechos descritos en la presente acta, anexándose dichos soportes al acta. Se adjunta los tickets N° 021049 y 021050 los cuales forman parte del acta. Se deja constancia que las siguientes personas: Mirtha Allende Zúñiga, Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre, vienen con el personal de INDECOPI. Se notificó la carta N° 232-2004/PREV-CPC-INDECOPI del 15 de octubre de 2004. Asimismo al ingreso de la discoteca se observó un letrero que indica 'Aura Acceso Restringido' con una literatura, entregándose una hoja la cual contiene el mismo texto del letrero con excepción de una frase del punto 4 que dice 'No polos no zapatillas, no short' que aparece en la hoja mas no en el letrero, adjuntándose dicha hoja, señalando el inspeccionado que hubo una falla de impresión en el letrero pudiéndose apreciar un vacío donde debería aparecer esta frase. En este acto el señor Robert Orlando Castillo Larrea con CAL 31985 quien manifestó ser abogado de la empresa señaló que el letrero ubicado al ingreso del establecimiento tiene como función orientar a todos aquellos que asisten como consumidores a la discoteca, asimismo señaló respecto a dicho letrero que en el punto 5 de la hoja informativa que se adjunta se señalan claramente los requisitos para el ingreso sin carnet con lo cual se informa a los consumidores para el procedimiento y normas a seguir precisando que la hora corresponde al letrero ubicado en la entrada de la discoteca. [...] Asimismo el Dr. Castillo señaló que en el tenor del acta se consignó 'se filmó y grabó' solicitando se exhiba el video y/o la grabación indicando personal del INDECOPI que en estos momentos no era posible por lo que ante esta respuesta la empresa no suscribe, acepta ni reconoce video y/o grabación alguna. Finalmente el Dr. Castillo señaló que la primera pareja en ingresar fue la pareja N° 2 y que la pareja N° 1 no ejerció el derecho que le faculta el reglamento que se exhibe ubicado en la parte exterior del local a simple vista."

En virtud a las pruebas actuadas durante la investigación, mediante Resolución N° 1 del 03 de noviembre de 2004, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de la denunciada, otorgándole un plazo de cinco (05) días hábiles para formular sus descargos y poniendo a su disposición la filmación efectuada durante la investigación realizada en el local de su empresa.

En sus descargos, Aura señaló lo siguiente:

- (i) que, el video de la filmación constituye prueba fundamental para la verificación de los hechos; siendo que, del mismo no se desprende que una de las parejas haya sido víctima de trato discriminatorio.
- (ii) que, el funcionario de INDECOPI que participó en la diligencia no actuó como un consumidor razonable, pues no tomó conocimiento del cartel ubicado en la entrada de la discoteca que informaba cuáles eran los requisitos para ingresar a su establecimiento.
- (iii) que, tanto la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos como el Instituto de Defensa Legal no son asociaciones de consumidores inscritas ante el INDECOPI y, por lo tanto, su participación en el operativo se torna en ilegal y nula.
- (iv) que, no consta en el video que una de las parejas haya logrado ingresar a la discoteca, dado que la simple presentación de los boletos no acredita dicha verosimilitud.
- (v) que, uno de los partícipes del operativo contaba con un carné de extranjería vencido, por lo que dicho acto queda invalidado al no haber sido celebrado por un agente capaz.
- (vi) que, el acta de inspección no ha sido suscrita por los intervinientes en el operativo, lo que nulifica el acto que en ella consta.
- (vii) que, a pesar de estar incluida en el operativo una tercera pareja, ésta no aparece en el video y no se ha demostrado que haya sido rechazada o impedido de acceder al local.
- (viii) que, en el video no consta que una de las parejas haya sido impedida de ingresar a la discoteca.
- (ix) que, en el video se aprecia claramente que una persona de rasgos similares a los señalados por la primera pareja ingresa libremente al local sin ser impedida en ningún momento de hacerlo.

- (x) que, la información sobre la lista de invitados es tomada por personal de INDECOPI de una persona ajena al local, pues pertenece a una tercera empresa contratada por su empresa.
- (xi) que, las conclusiones de la resolución son erróneas al haberse basado en un informe que tiene serias inconsistencias al momento de constatarse con el video.

II. CUESTIONES EN DISCUSION

Conforme a los antecedentes expuestos, la Comisión considera que debe determinar lo siguiente:

- (i) si, resultan atendibles las cuestiones probatorias planteadas por Aura en relación al desarrollo de la diligencia de inspección y al contenido de la filmación efectuada en dicha fecha y, de ser ello así, si corresponde declarar la nulidad del presente procedimiento;
- (ii) si, Aura ha incurrido en la comisión de prácticas discriminatorias y, en este sentido, si infringió lo establecido por el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor
- (iii) la sanción a imponer de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada;
- (iv) si corresponde ordenar de oficio a Aura, la implementación de determinadas medidas correctivas; y,
- (v) si corresponde solicitar al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

3. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSION

3.1 Sobre la nulidad del procedimiento

En su descargo, Aura indicó una serie de cuestiones formales referidas al desarrollo de la diligencia de inspección y al contenido de la filmación efectuada durante dicha diligencia que; a decir de la denunciada, invalidarían el referido acto administrativo y devendrían en la nulidad del procedimiento.

Sobre el particular, debe considerarse que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI⁵ y, el numeral

⁵ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del INDECOPI gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las

2) del artículo 235 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶, otorgan facultades al INDECOPI para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia.

En este mismo sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha establecido en anteriores precedentes administrativos⁷ que, en aplicación de lo dispuesto por la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil⁸, así como del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁹, es lícito el empleo en el procedimiento administrativo de los sucedáneos de los medios probatorios; esto es, de auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos¹⁰.

En relación a los actos de discriminación y, dada la dificultad probatoria que dicha infracción acarrea, el propio artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor establece que a fin de demostrar la existencia de este tipo de prácticas será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

En el presente caso, la diligencia de inspección desarrollada por el INDECOPI tuvo como finalidad identificar la existencia de prácticas discriminatorias en la discoteca Aura. Para tal fin, se conformaron tres (03) grupos de funcionarios de la institución y

Secretarías Técnicas o Jefes de Oficina y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

6 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 235°.- Procedimiento sancionador

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

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

⁷ Ver Resolución N° 276-1997-TDC, emitida en el expediente N° 029-96-CLC, seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura, el Comité de Productores de Pollos Carne, Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola El Rocio S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Avícola Rosmar S.A., Avícola San Fernando S.A., Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., F.Car S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Molinos Mayo S.A., Agropecuaria El Pilar S.A., Redondos S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A., Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A.

⁸ Código Procesal Civil, Primera Disposición Final.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)
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.

¹⁰ Código Procesal Civil, Artículo 275.- Finalidad de los sucedáneos.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

colaboradores externos con el objeto de desarrollar eficientemente el operativo programado.

En este sentido, los representantes de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal fueron invitados por el INDECOPI para participar en la diligencia de inspección; ello, dado el grado de especialización y conocimiento sobre este tipo de prácticas en el mercado peruano. Al respecto, si bien dichos órganos de la sociedad civil mantienen una posición contraria frente a todo tipo de práctica que involucre la vulneración a un derecho fundamental como la discriminación, dicha política es abiertamente compartida por el INDECOPI, pues en anteriores pronunciamientos públicos, la institución ha formulado su rechazo a este tipo de prácticas, realizando investigaciones periódicas con el objeto de evitarlas.

En relación a ello, son los proveedores quienes deben procurar que los derechos fundamentales de los consumidores sean debidamente cautelados y, en este mismo sentido, es la sociedad civil la encargada de velar porque el respeto a dichos derechos se ejerza de modo eficiente. El Estado tiene el deber de monitorear el adecuado ejercicio del mercado y sancionar las prácticas lesivas a los deberes fundamentales. Por dichas razones, no corresponde atender el argumento de la denunciada a la presunta nulidad de la inspección por la participación de miembros de la sociedad civil.

En otro punto de sus descargos, Aura indicó que uno de los representantes del INDECOPI no contaba con carné de extranjería vigente y, por lo tanto, el acto administrativo realizado resultaría inválido. Sobre el particular, debe considerarse que cuando una persona acude a un local abierto al público; como es el caso de una discoteca, el requisito para el acceso es el pago de una retribución económica para disfrutar del servicio ofrecido; ello, sin exigírsele documento identificatorio adicional para tal fin.

En tal sentido, las parejas en el operativo se conformaron por rasgos étnicos; situación que era subjetivamente apreciable como variable de aceptación o rechazo para quienes se encargaban de la custodia o "selección" de la clientela en la parte exterior de la discoteca. Así, la selección de un ciudadano extranjero para conformar el primer grupo del operativo, pretendía únicamente demostrar que la pareja que cumplía con el rasgo étnico apreciable subjetivamente como aceptable podía acceder al local de la discoteca sin mayores requisitos que el pago de una retribución.

Distinto hubiera sido el caso que la situación materia de probanza hubiere requerido ineludiblemente la mayoría de edad o, la vigencia del documento de identidad correspondiente, como podría ser el caso de contratos referidos a bienes confianza, tales como los contratos de servicios financieros o de seguros. En tales supuestos, constituye requisito ineludible, dadas sus características, que exista la debida

verificación y contrastación de los datos otorgados. Por dichas razones, se debe desestimar el argumento presentado por Aura.

Otro argumento esgrimido por Aura fue que el acta de inspección no fue suscrita por los intervinientes en la diligencia; sin embargo, conforme se desprende de la referida acta, en la misma se registra la presencia del señor Gianni Dasso Sánchez, quien manifestó ser administrador del local y suscribió el acta en señal de conformidad. De otro lado, en la referida acta, se indica expresamente que el señor Franco Raygada Coriglioni estuvo presente en la diligencia e impidió el acceso a una de las parejas seleccionadas por el INDECOPI. Asimismo, se deja constancia de la participación del señor Robert Orlando Castillo Larrea, quien manifestó ser abogado de la discoteca y suscribiendo el contenido del acta sin constar oposición alguna sobre los alcances de la misma.

Los hechos contenidos en el acta quedan, además, debidamente acreditados en la filmación efectuada en la parte exterior del establecimiento; por lo que, corresponde desestimar el argumento presentado por la denunciada.

Finalmente, en relación a la ausencia de la tercera pareja y, dado que el contenido del acta de inspección así como la filmación realizada contenían indicios suficientes que permitían acreditar la comisión de prácticas discriminatorias, el personal del INDECOPI a cargo de la diligencia decidió no optar por su participación, hecho que no podría aportar elementos adicionales frente a la evidencia expuesta en el informe elaborado por la Secretaría Técnica.

Por las razones expuestas, corresponde desestimar los argumentos formales presentados por Aura y, en consecuencia, denegar la solicitud formulada por dicha empresa para que se declare la nulidad del procedimiento.

3.2 Sobre los actos de discriminación

3.2.1 Normativa aplicable

La Ley de Protección al Consumidor consagra una serie de derechos de los consumidores, entre los que se encuentran el derecho de acceder a la variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, contenido en el inciso c) del artículo 5 y el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, establecido en el inciso d) del referido artículo.¹¹

¹¹ LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...);

c) derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

En efecto, el inciso d) del artículo 5 señala que los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, norma a través de la cual se desarrolla el principio fundamental de igualdad de trato y no discriminación. Así, tal y como se desprende del mismo, todo consumidor tiene derecho a un trato basado en la equidad y justicia.

Del mismo modo, el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor establece lo siguiente:

“Artículo 7-B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio.

Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios”.¹²

En tal sentido, de acuerdo a lo señalado en la Ley de Protección al Consumidor, la Comisión se encuentra facultada para velar y promover el respeto de los derechos ciudadanos como consumidores. De este modo, también corresponde a la Comisión promover y fiscalizar el cumplimiento de la obligación de los proveedores de no seleccionar, mediante un acto de discriminación injustificado, a los consumidores.

En una economía de mercado, en la que se procura que la leal y honesta competencia facilite una adecuada asignación de recursos entre los agentes del mercado, la selección de los consumidores que se manifiesta a través de prácticas discriminatorias por motivos de raza, condición socioeconómica u otras

d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial...”

¹² Artículo agregado por el artículo 2 de la Ley 27049, publicada el 6 de enero de 1999 en el diario oficial “El Peruano”.

similares desnaturaliza el sentido y la lógica comercial que debe aplicarse en las relaciones de consumo.

Sin perjuicio de ello, debe considerarse que el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú garantiza la libertad de contratación de las empresas, de acuerdo con la cual, éstas se encuentran en total libertad para decidir con que personas quieren contratar, diferenciando de la masa de consumidores al público objetivo al cual dirigirán sus opciones de consumo.

Ante dichas circunstancias, resulta evidente que los proveedores establecen dos mecanismos distintos para restringir el acceso de su "público objetivo" a sus establecimientos. Uno de dichos mecanismos es el trato diferenciado, el otro es el trato discriminatorio. Mientras que el primero es lícito siempre que exista una razón objetiva que lo justifique, el segundo es en esencia ilícito.

En efecto, la utilización de un trato diferenciado para la selección del público objetivo por parte de las empresas no constituye por sí mismo un mecanismo ilícito, en tanto que éste puede encontrarse sustentado en razones objetivas y justificadas. Por el contrario, el trato discriminatorio sí constituye un mecanismo ilícito en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas.

Las decisiones de la Comisión deben perseguir la reducción de los costos que limitan el intercambio fluido y dinámico de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, lo que conlleva que los recursos económicos existentes sean asignados de manera eficiente o, lo que es lo mismo, que se genere mayor bienestar para todos. En tal sentido, cualquier decisión que adopte la Comisión no debe generar costos adicionales similares a los que, precisamente, se pretenden reducir.

En tal sentido, no se puede dejar de reconocer que si bien los proveedores se encuentran impedidos de discriminar a los consumidores que soliciten acceder a los servicios que ofrecen en locales abiertos al público, sin que medien razones objetivas, ello no implica que las empresas deban prestar sus servicios sin tomar en cuenta elementos objetivos que incidan directamente en la prestación misma del servicio.

3.2.2 Aplicación al caso concreto

En el presente caso, de los medios probatorios que obran en el expediente ha quedado acreditado que en la discoteca "Aura" de propiedad de la denunciada existe un trato diferenciado para los clientes, distinción que no encuentra justificación en razones objetivas sino que se encuentra vinculada a la existencia de

discriminatorias configurada con ocasión de las características étnicas de los consumidores.

En efecto, del contenido del acta de inspección así como de la filmación efectuada durante el desarrollo de la diligencia se puede apreciar que el personal de seguridad de la discoteca "Aura" impide el ingreso a sus instalaciones a una pareja conformada por dos personas de rasgos mestizos alegando que sólo se permitía el ingreso de socios en lista. En ese mismo instante, se aprecia que el mismo personal de seguridad, permite el ingreso de otra pareja de rasgos caucásicos, quienes concluyen la transacción adquiriendo boletos para el ingreso al local y adjuntándolos como material probatorio del procedimiento.

Durante el desarrollo de la diligencia se pudo apreciar la existencia de un letrero adherido al frontis de la discoteca "Aura" que informaba que el acceso a dicho local era "restringido". Así, en el mencionado letrero se hace referencia a que el acceso es exclusivo para socios y que no atenta contra el derecho a no ser discriminado en el consumo, dado que "Aura" no sería un local abierto al público. No obstante lo informado por la denunciada, la Comisión considera que dicho cartel constituye un elemento creado por Aura para justificar su conducta discriminatoria y vulnerar los derechos de los consumidores.

En efecto, la información proporcionada por Aura únicamente tiene como finalidad presentar un argumento que justifique el impedimento en el ingreso a quienes no cumplan con las características étnicas subjetivamente aceptadas por Aura, bajo la apariencia de que dichas personas no cuentan con la calidad de socios de su establecimiento comercial. Esta afirmación ha sido corroborada por el personal de INDECOPI a quienes no se permitió el acceso y por quienes sí se les permitió el acceso sin tener la calidad de "socios" del mencionado establecimiento. Por ello, aún cuando el personal encargado de la diligencia se hubiese informado sobre las condiciones de acceso al referido local; ello, no desvirtuaría los hechos acreditados, pues resultaría una justificación frente a la comisión de prácticas discriminatorias.

El acceso a quienes no tienen la calidad de socios hace que el mencionado establecimiento tenga la calidad de "abierto al público" y permita acreditar que la negativa en el ingreso sea, en realidad, una justificación empleada por Aura para ocultar o encubrir una práctica discriminatoria. En relación a este argumento, cabe mencionar que en anteriores ocasiones se ha empleado el derecho a la libertad de asociación como una justificación para encubrir la comisión de prácticas lesivas a los derechos fundamentales; por lo cual, el INDECOPI cuenta con cierto grado de experiencia en la naturaleza de estas situaciones¹³.

¹³ Ver Documento de Trabajo: El Derecho a no ser Discriminado en el Consumo, publicado por el INDECOPI en el diario oficial El Peruano el 27 de noviembre de 1998.

Cabe mencionar que en sus descargos, Aura indicó que de la filmación no se desprendía la comisión de prácticas discriminatorias. Al respecto, debe mencionarse que el video que forma parte del procedimiento resulta complementario al acta de la diligencia de inspección efectuada en el local de la denunciada y que constituyeron pruebas suficientes para que la Comisión identifique indicios de infracción a la Ley de Protección al Consumidor.

De este modo, tal como se señaló en líneas precedentes, la constatación efectuada por el personal de INDECOPI permitió acreditar de manera fehaciente, contundente y determinante que a una de las parejas se les impidió el ingreso bajo el argumento que no se encontraba en la lista de socios, mientras que a otra pareja que tampoco se encontraba en dicha lista sí les fue accesible la entrada al mencionado local¹⁴. Este hecho fue debidamente indicado en el acta correspondiente.

En efecto, dadas las características del local, a la primera pareja se le prohibió el ingreso desde la rampa de acceso establecida por Aura para tal fin; siendo que, a la segunda pareja se le permitió el acceso a dicha rampa, ingresando, incluso, hasta la boletería de la discoteca que se encuentra en el interior de la misma. La rampa mencionada consistía en realidad en un filtro de acceso para los consumidores, pues en ella se encontraba el cartel que informaba el ingreso exclusivo de socios y el personal de seguridad que realizaba una selección subjetiva de quienes debían ingresar. En tal sentido, carece de sustento el argumento referido a que los boletos no acreditan el acceso, dado que estas circunstancias fueron debidamente filmadas por personal de la Secretaría Técnica.

Finalmente, Aura argumentó que en la filmación efectuada por personal de INDECOPI se aprecia el ingreso de una persona de rasgos similares a la primera pareja, lo cual desvirtuaría la presunta discriminación. En opinión de la Comisión, cabe considerar que el objeto de la diligencia fue acreditar la existencia de prácticas discriminatorias contra los consumidores empleando dos grupos de parejas con características étnicas disímiles. Así, el hecho que una tercera persona haya logrado ingresar al establecimiento no desvirtúa los hechos acreditados en la diligencia de inspección.

De las consideraciones precedentes, se llega a la conclusión que ha quedado fehacientemente acreditado que Aura ha incurrido en infracción a la Ley de Protección al Consumidor, por lo que corresponde declarar fundado el presente procedimiento.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos reconocer que ~~la discriminación racial, social o de género, constituye una de las conductas sociales atávicas~~, que en el mercado no se ha llegado todavía a erradicar. En ese sentido, siendo la discriminación inaceptable desde cualquier perspectiva, consideramos que con la

¹⁴ Ver nota a pie N° 4 donde se describe el contenido del acta de inspección y de la constatación efectuada.

eliminación de las externalidades, de la discriminación en el mercado, avanzaremos hacia la optimización del mismo.

La tarea del INDECOPI, en ese sentido, no sólo abarca la solución de controversias entre particulares, sino además, el monitoreo permanente del mercado, a fin de detectar estas prácticas que reducen las opciones de los consumidores y la capacidad de competir de las empresas. Por ello, nos sentimos comprometidos a continuar con nuestra labor fiscalizadora garantizando de este modo, no sólo el respeto hacia el trato justo y equitativo que merecen los consumidores, sino también, un mercado que genere confianza en nuestro país.

3.3 Graduación de la sanción.

El artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor establece que la Comisión determina la sanción administrativa atendiendo criterios como la gravedad de la falta, los efectos que pudiese ocasionar la conducta infractora en el mercado entre otros que considere adecuados para cada caso concreto¹⁵.

Se ha podido comprobar que Aura ha incurrido en prácticas discriminatorias que resultan lesivas contra los intereses de los consumidores, quienes tienen derecho a acceder valorativa y equitativamente a los servicios ofrecidos por los promotores de discotecas y salas de baile, evitando incurrir en conductas que afectan sus derechos fundamentales.

Debe considerarse que la sanción a imponer debe tener concordancia con el bien jurídico que se pretende proteger. Así, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, ha considerado que los actos de discriminación vulneran el derecho de los consumidores y, en el fondo, la dignidad de la persona humana, generan un daño muy alto para la sociedad, tanto en términos humanos como económicos, pues responden a una conducta irracional por parte de quien los realiza y que no encuentra justificación en ningún supuesto. Debe tenerse en cuenta que el consumo dentro de la sociedad constituye un factor económico de alta relevancia, que al verse perjudicado por actos de discriminación, impide el desarrollo de la sociedad además de segmentarla.

¹⁵ LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Artículo 41.- Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley.

Finalmente, dados los beneficios económicos que se derivan de la comisión de dichas prácticas y atendiendo al número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona, consideramos que la sanción a imponer debe guardar relevancia particular con tales hechos; ello, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas ha sido elevada¹⁶.

Por las razones expuestas, la Comisión considera que corresponde sancionar a la denunciada con una multa de 35 Unidades Impositivas Tributarias.

3.4 De las medidas correctivas

El literal k) del artículo 42 de la Ley de Protección al Consumidor, establece la facultad que tiene la Comisión para, actuando de oficio o a pedido de parte, ordenar a los proveedores cualquier otra medida que considere pertinente y tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro⁸, en los casos en que aquellos hubieran infringido la Ley de Protección al Consumidor.

En tanto ha quedado acreditado que Aura ha incurrido en actos de discriminación la Comisión considera que corresponde ordenar a la denunciada, como medida correctiva que, desde la fecha de recepción de la presente resolución, se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulnere los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas.

3.5 Sobre la publicación de la presente resolución

El artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 establece que el Directorio del INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial El Peruano por considerar que dichas resoluciones son de importancia para proteger los derechos de los consumidores¹⁷.

¹⁶ Ver Resolución N° 0221-2004/TDC-INDECOPI correspondiente al expediente N° 022-2003/CPC SUR-CUS. En dicha resolución se sancionó al Pub mama América en el Cusco con 20 UIT.

⁸ LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Artículo 42.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, deberá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas.

(...)

k) Cualquier otra medida correctiva que la Comisión considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

¹⁷ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, Artículo 43.- (...) El Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

La Comisión considera que el procedimiento cumple la condición señalada, en tanto resulta importante que los proveedores tengan conocimiento de la materia discutida, dado que los criterios de interpretación señalados contribuirán a una mejora eficiente del mercado para proteger los intereses de los consumidores

En consecuencia, corresponde proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución por tener importancia para proteger los derechos de los consumidores y garantizar el buen funcionamiento del mercado.

4. DECISION DE LA COMISION

PRIMERO: declarar fundado el procedimiento de oficio iniciado por la Comisión de Protección al Consumidor contra United Disco S.A. por infracción al artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor.

SEGUNDO: sancionar a United Disco S.A. con una multa ascendente a 35 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹⁵, la cual será rebajada en 25% si las denunciadas consienten la presente resolución y procede a cancelar la misma dentro del plazo de cinco (5) días de su notificación, conforme a lo establecido en los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo N° 807, Ley Sobre Facultades Normas y Organización del INDECOPI y la décimo tercera disposición complementaria de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal¹⁶.

TERCERO: ordenar a United Disco S.A., como medida correctiva, que desde la fecha de recepción de la presente resolución, se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas.

¹⁵ Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - sito en Calle La Prosa 138, San Borja.

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACION DEL INDECOPI**
Artículo 37.- La sanción de multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución que puso fin a la instancia, en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. La apelación de resoluciones que ponen fin a la instancia se concederá con efecto suspensivo. La apelación de multas se concederá con efecto suspensivo pero será tramitada en cuaderno separado. La apelación de medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose también en cuaderno separado.

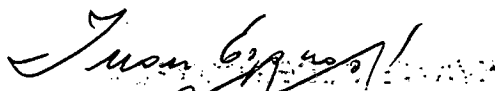
LEY N° 27809, LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

DÉCIMOTERCERA.- Plazo de interposición del recurso de apelación en el Procedimiento Único

Para efectos de lo establecido en el artículo 38° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, modificado por Ley N° 27311, el plazo para la interposición del recurso de apelación es de cinco (5) días hábiles.

CUARTO: disponer que la Secretaría Técnica remita copias de la presente resolución, al Directorio del INDECOPI para su publicación en el diario oficial El Peruano, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 y a las consideraciones de la presente resolución.

Con la intervención de los señores comisionados: Dr. Juan Espinoza, Ing. Fernando Cillóniz, Dr. Juan Luis Daly, Dr. Uriel García, Sra. Mercedes García Belaúnde, Dra. Adriana Giudice.


JUAN ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

CPC

Señores:
Comisión de Protección al Consumidor
INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI
Calle de la Prosa N° 138
San Borja.-

INDECOPI

RECIBIDO
2004 DIC 19 PM 3:57

esa, de Partes en el término de 48 horas para que se subsane, BLPAC
con un escrito simple.

UNITED DISCO SOCIEDAD ANÓNIMA, representada por su Gerente General
Alexander von Ehren Campos, conforme esta acreditado en autos, en el
Proceso de Oficio iniciado por la Comisión de Protección al Consumidor (en
adelante simplemente la Comisión), ante usted decimos:

Que, habiendo sido notificados con la Resolución Final N°-1255-2004-CPC de
fecha 24 de noviembre de 2004 (en adelante simplemente la Resolución), con
fecha 01 de diciembre de 2004, dentro del plazo establecido por el artículo 38°
del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del
INDECOPI, venimos a interponer RECURSO IMPUGNATIVO DE
APELACIÓN, contra la citada Resolución, basados en los fundamentos que
exponemos a continuación:

I. CUESTIONES PROBATORIAS

1.- Conforme a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley de
Procedimiento Administrativo General y a lo dispuesto por la Primera
Disposición Final del Código Procesal Civil, resultan aplicables al presente
procedimiento las cuestiones probatorias fijadas en el ordenamiento procesal
civil, por lo que las pruebas ofrecidas por las partes deben ser actuadas en su
oportunidad, a fin de causar convencimiento en el órgano resolutor de lo que se
pretende acreditar con la prueba ofrecida, tal es el sentido del artículo 188° del
Código Procesal Civil¹.

¹ Artículo 188°.- Finalidad.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos
por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus
decisiones.

En tal sentido las pruebas ofrecidas deben actuarse dentro del proceso, debiendo la Resolución que pone fin a la instancia pronunciarse sobre los medios probatorios ofrecidos, lo que no ha sido efectuado por la Comisión pues conforme obra en nuestro escrito de descargo, ofrecimos la prueba de un CD conteniendo fotografías de los asistentes a nuestro local, con el que acreditamos de manera fehaciente que a la discoteca AURA no asisten personas solo de características étnicas caucásicas sino de todo origen racial, apreciándose en las fotografías gentes de rasgos mestizos, asiáticos, caucásicos y de raza negra, lo que a nuestro entender desvirtúa de manera fehaciente la posición de la Comisión respecto al ejercicio de supuestas prácticas discriminatorias por parte de nuestra empresa. Sin embargo dicha prueba no solo no ha sido merituada por la Comisión sino que no ha sido siquiera materia de pronunciamiento por parte de esta, violentándose en tal sentido lo expresamente establecido por el artículo 122° del Código Procesal Civil², aplicable al presente procedimiento de oficio, lo que en buena cuenta representa causal de nulidad de la Resolución recurrida. En el mismo sentido se aplica lo señalado por el artículo 163° de la Ley del Procedimiento Administrativo General³.

2.- En lo referido al video, la Comisión establece que este es un sucedáneo del medio probatorio constituido por el Acta levantada en la Inspección efectuada el día 23 de octubre de 2004, esto es que el video simplemente complementa (según ella) lo afirmado en el acta causando en tal sentido convencimiento en la Comisión de la comisión de los supuestos actos de discriminación efectuados por nuestra empresa. Conforme a lo establecido por el artículo 275° del Código Procesal Civil un sucedáneo del medio probatorio no solo corrobora,

² Artículo 122°.- Contenido y suscripción de las Resoluciones.- Las Resoluciones contienen:
(...)

3. La relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, lo que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho;

³ **Artículo 163°.- ACTUACIÓN PROBATORIA**

163.1 Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un periodo que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. **Sólo podrá rechazar motivadamente** los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (el subrayado es nuestro)
(...)

complementa sino que inclusive **SUSTITUYE** el valor de un medio probatorio. En el presente caso el video no complementa, ni corrobora un acto de discriminación sino que sustituye el **VALOR PROBATORIO** del acta de inspección ya que en el se debe apreciar si los hechos consignados en el acta son coincidentes con los que figuran en el video, que es justamente el respaldo de lo que se encuentra consignado en el acta, sin embargo, en el presente caso se hace mención a una serie de hechos que conforme a lo expresado por el INDECOPI en la Resolución, constan en el video, haciéndose inclusive transcripción del mismo, lo que figura tanto en el informe como en la Resolución que abre el procedimiento de oficio, con el fin de acreditar la existencia de actos de discriminación, resulta siendo el **VIDEO** la prueba fundamental y no un sucedáneo complementario, o en todo caso un sucedáneo que **sustituye el valor probatorio del acta**.

Debemos señalar además, que la Ley de Protección al Consumidor prevé que para efectos de acreditar la existencia de prácticas discriminatorias el usuario tiene la facultad de emplear los indicios y otros sucedáneos de los medios probatorias, frente a la existencia de causas objetivas y justificadas de un trato diferenciado, **en tal virtud los medios técnicos como el video son en si los que acreditan la existencia** de este tipo de prácticas, ya que tal como lo señala la propia comisión en la Resolución y en sus anteriores pronunciamientos en este caso, la discriminación es un hecho de difícil probanza, no bastando para acreditar ello la extensión de un acta o la consignación de un dicho, por lo que el auxilio de medios tecnológicos se convierte en el medio probatorio fundamental **sustituyendo en calidad de sucedáneo el valor probatorio del acta**, tal como lo hemos señalado en el acápite anterior. Por ello, dentro de la lógica de la comisión la dificultad existente para acreditar prácticas discriminatorias solo puede probarse mediante el empleo de auxilios tecnológicos, dentro de los cuales se encuentra el video, de cuya simple visualización se desprende que no se ha ejercido impedimento alguno a la denominada pareja N° 1 para que ingrese a la discoteca.

A tal punto de mérito probatorio llega el video, que la transcripción de la conversación que tiene el supuesto funcionario del INDECOPÍ con el personal de vigilancia de la empresa VIP'S (lo que no aparece en el acta), resulta ser la prueba fundamental para el INDECOPÍ del acto de discriminación, por ello es necesario que se **PROCEDA A LA VISUALIZACIÓN DEL VIDEO** por parte del jerárquico superior y que se nos permita explicar los alcances del mismo en la audiencia correspondiente.

En tal sentido su exhibición resulta fundamental a efectos de acreditar la existencia o no de los supuestos actos de discriminación efectuados por nuestra empresa, siendo su análisis fundamental pues permite contrastar los hechos con lo establecido en el acta, sobre la cual nuestra empresa hizo reservas al no permitirse la visualización del video y los funcionarios del INDECOPÍ no quisieron retrasar la redacción del acta conforme a lo establecido por el artículo 156° inciso 2⁴ de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por ello solicitamos que en la segunda instancia se proceda a la VISUALIZACIÓN DEL VIDEO por parte del Tribunal a efectos de analizar su mérito probatorio sustitutorio del valor probatorio del acta, pedido que hacemos basados en el artículo 166° inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵.

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

No encontramos arreglada a Ley la Resolución impugnada por los siguientes fundamentos:

⁴ Artículo 156°.- ELABORACIÓN DE ACTAS

Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas:

(...)

2. Cuando las declaraciones o actuaciones fueren grabadas, por consenso entre la autoridad y los administrados, el acta puede ser concluida dentro del quinto día del acto, o de ser el caso, antes de la decisión final.

⁵ Artículo 166°.- MEDIOS DE PRUEBA


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

(...)

3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito.

3.- La Resolución descarta lo alegado por nuestra parte en el escrito de descargo, señalando que la diligencia de Inspección tuvo por finalidad identificar la Existencia de Prácticas Discriminatorias en la discoteca AURA, empleando para tal fin la metodología de utilizar tres grupos de funcionarios de la institución y "**colaboradores externos**", sin embargo, tanto en la Resolución que abre el proceso de oficio, como en el informe sustentatorio se menciona que el INDECOPI, la **COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS** y el **INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL** efectuaron **UN OPERATIVO CONJUNTO**; lo curioso es que en la Resolución impugnada se cuida de señalar tal hecho y hablan esta vez de **COLABORADORES EXTERNOS**, lo que deberá ser meritado por el superior jerárquico. Ello tiene mucha importancia, ya que ni la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos ni el Instituto de Defensa Legal son Asociaciones de Consumidores reconocidos por el INDECOPI, ni tienen suscrito con este organismo ningún convenio de delegación de facultades, por lo que su actuar a nivel institucional deviene en NULO, y es en tal calidad (institucional) con la que actuaron durante el operativo tal como consta tanto en la Resolución que abre el Procedimiento de Oficio como en el informe sustentatorio.

El argumento que el INDECOPI comparte con tales instituciones su posición respecto de los actos de discriminación no los autoriza por cierto, a que estas instituciones participen en procesos administrativos contra privados, tampoco lo da su grado de especialización y conocimiento de este tipo de prácticas, ni le otorga esta **simpatía ideológica** la calidad de funcionarios públicos o por último de fedatarios, tampoco se le otorga el hecho de haber sido invitados por el INDECOPI, estaríamos frente a un caso de delegación de facultades administrativas por invitación y sin evaluación previa, lo cual por cierto es absolutamente ilegal, ilegalidad que se ha configurado al haberse efectuado un **operativo conjunto** entre entidades privadas y una administrativa, tal supuesto como lo hemos señalado en nuestro escrito de descargo configura un ilícito penal.



A modo de ejemplo podemos señalar que nuestra empresa también comparte el mismo criterio que el INDECOPI respecto a las leyes que deben regir la libre competencia, ya que como empresa partícipe del mercado nos interesa llegar a los consumidores prestando la mejor calidad de nuestros servicios, nuestra empresa además es calificada por diversos medios como la mejor discoteca del Perú, lo que nos otorga un reconocimiento social muy importante, en condiciones iguales para todas las empresas, concordancia y reconocimiento social que por cierto no nos facultara realizar inspecciones a ninguna entidad privada con el fin de comprobar si tal o cual empresa se ciñe a un comportamiento adecuado en el mercado, no ejecuta concertación de precios o cualquier otra inconducta mercantil; no lo podríamos hacer ni por invitación del INDECOPI; sin embargo en el presente caso la Comisión pretende pasar de contrabando un supuesto a todas luces ilegal, sustentándose en estos mismos supuestos respecto a los dos entidades privadas que se prestaron ilegalmente a realizar actos propios de la administración basándose en una supuesta trayectoria o reconocimiento y en un grado de especialización por cierto cuestionable. Por otro lado, ninguna de estas entidades son representativas de la denominada "sociedad civil", concepto atípico esgrimido para justificar una supuesta autoridad que les permite atribuirse actividades propias de la Administración Pública, siendo insubsistente por tanto lo argumentado por la Comisión respecto de la participación ilegal de ambas entidades en la inspección efectuada a nuestra empresa; cabe mencionar además, que la Comisión no se apoya en ningún dispositivo legal que les permita actuar de manera conjunta con entidades privadas, ya que ello solo es posible cuando existan convenios aprobados por el Directorio del INDECOPI o en caso de entidades que se encuentren inscritas como Asociaciones de Consumidores lo que por cierto no sucede con ninguna de estas dos instituciones.

Ni el Decreto Legislativo 807 ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, ni la Ley de Protección al Consumidor -Decreto Legislativo 716 (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI), establecen tal posibilidad, en las relaciones con terceros del INDECOPI, la Ley de Protección al Consumidor únicamente prevé la posibilidad de participación de Asociaciones de Consumidores inscritas en el

INDECOPI, para cuyo fin el Directorio del INDECOPI debe haberlas calificado, no lo hace la Comisión de Protección al Consumidor, que en el presente caso se ha tomado la ilegal atribución de calificar a las entidades que han participado indebidamente en el operativo conjunto, otorgándoles calidades que ella no se encontraba en facultad de otorgar y justificando de esta manera una indebida participación en un operativo a todas luces irrito e ilegal.

Por otro lado, conforme se aprecia en el video, la forma en como actuaron las personas enviadas por el INDECOPI, no requiere de ninguna actividad extraordinaria que exija un alto grado de especialización y experiencia como para justificar la participación de personal ajeno al INDECOPI, al parecer las motivaciones son de distinta índole.

Asimismo, debemos señalar que nuestra posición como empresa es contraria a todo acto de discriminación, por ello resulta claro, ya que ha sido acreditado en autos, que se ha establecido un proceso claro, concreto objetivo y plenamente justificado en la naturaleza privada de nuestro local a efectos de permitir el ingreso de personas que tienen la calidad de socios o invitados de los estos al local, y en caso de que no cuenten con tal calidad un pago diferenciado que les permita acceder a nuestras instalaciones tal como hemos acreditado con el Reglamento de Ingreso (documento denominado ACCESO RESTRINGIDO) que obra en autos.

4.- El INDECOPI señala en la Resolución materia de este recurso, que **carece de importancia** el hecho que una de las personas partícipes del operativo haya tenido un carné de extranjería vencido, que tal hecho no enerva en nada el operativo efectuado. Sorprendente respuesta del órgano de control de la Competencia, **ya que es esta institución la que debe velar porque todas las personas en igualdad de condiciones acceda, dentro de la normatividad vigente a los bienes y servicios que se ofertan en el mercado**, en tal virtud para el INDECOPI también carece de importancia que se le expendan licor a menores de edad, se permita el acceso a casinos de juego a personas que no tienen documento de identidad que los acredite como mayores de edad o que se encuentran en el ejercicio de sus capacidades civiles.

Bajo el razonamiento del INDECOPI el acceder a los servicios de un local como una discoteca no es un contrato, es solamente un acto que no reviste la más mínima importancia, sin embargo ello si sirve para acreditar que se ha efectuado un acto de discriminación; hay pues en evidencia una diferente tabla de valores por parte del INDECOPI para apreciar los hechos, lo que representa un agravante tratándose de un órgano de supervigilancia del ordenamiento legal vigente en cuanto a las relaciones de consumo de bienes y servicios.

Es evidente que si el señor Gregory Pollet Babier hubiera suscrito el acta, su participación como agente incapaz hubiera nulificado de ipso jure el acta, ya que al no tener capacidad no puede participar en un acto jurídico administrativo, pero el hecho de no haber suscrito el acta no salva a este de nulidad, ya que el señor Gregory Pollet Babier se encontraba en la potencialidad de firmar el acta, al haber participado en el operativo conjunto, en representación de las entidades involucradas en la inspección, esto es que solo por el hecho de encontrarse en aptitud de firmar el acta ha hecho operar el supuesto de nulidad de todo acto jurídico. El artículo 140° del Código Civil señala que para la validez del acto jurídico se requiere de:

- Agente Capaz.
- Objeto física y jurídicamente posible.
- Fin lícito.
- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

El artículo 219° del mismo Código Civil sanciona la nulidad del acto jurídico, cuando este carece de algunos de los requisitos de validez, dentro de los que se encuentra el realizado por agente incapaz, siendo la condición del sr. Gregory Pollet Babier un ilegal en el país siendo una persona extranjera que no cuenta con un documento válido que le permite realizar los actos jurídicos trascendentales como el hecho de contratar un servicio, adquirir bebidas alcohólicas o cualquier otro bien o servicio, no puede pues participar en un acto trascendental como participar en un operativo efectuado conjuntamente con una entidad administrativa. Debe tenerse en cuenta que la Ley del

Procedimiento Administrativo General, respecto de la capacidad de los agentes tiene una norma remisoría en su artículo 52º, ya que ella no califica la capacidad procesal de las personas, será la legislación de la materia, en este caso el Código Civil para determinar la capacidad de las personas. El argumento empleado por la Resolución es a todas luces insubsistente e ilegal, no puede ni debe ser tomado en cuenta, ofende todo principio jurídico y trata de justificar mediante una argumentación infantil su falta sustento que hace devenir la inspección efectuada en **NULA E INSUBSISTENTE**.


5.- En cuanto a lo señalado en la Resolución respecto de la intervención de la Pareja Nº 3 con rasgos étnicos similares a la Pareja Nº 1, en respuesta a lo formulado por nuestra parte en nuestro escrito de descargo, no desvirtúa lo afirmado por nosotros en el sentido que la no participación de esta nos hace suponer que la Pareja Nº 3 logro ingresar a la discoteca, o que se tenía como respaldo en caso la Pareja Nº 1 lograra ingresar, que esta no se empleo en tanto que lo que figura en el acta así como lo que se aprecia en la filmación arrojan suficientes indicios de la comisión de prácticas discriminatorias, ello resulta insuficiente para garantizar que la investigación de la Secretaria Técnica de la Comisión se ha llevado de manera neutral, sin prejuzgar los hechos, ya que el solo hecho que existan dos parejas con rasgos étnicos similares y una tercera caucásica inducen a pensar que lo que se pretendía era a toda costa que cualquier actitud de trato diferenciado, por mas justificado y objetivo que sea, iba a ser tomado como discriminatorio.

El propio dicho de la Comisión en la Resolución induce a pensar que es así, ya que señalan que la Comisión "decidió no optar por su participación", esto es que si no se hubieran configurado los supuestos hechos discriminatorios con la Pareja Nº 1 hubieran empleado a la Pareja Nº 3 con ese fin, lo que ensombrece de parcializado, forzado y prejuicioso el informe elaborado por la Secretaria Técnica, informa de una actitud contraria al nuestra empresa y establece una presunción maliciosa respecto del nuestro comportamiento, presumiendo la mala fe en contraposición al principio de presunción de buena fe que informa a todo el sistema jurídico universal.

Así como los indicios y otros sucedáneos pueden ser empleados para probar que las razones objetivas y justificadas empleadas por el prestador del servicio, pueden constituir simples pretextos, la actitud de los consumidores, la conducta de quien los representa, en este caso los funcionarios del INDECOPI y de las entidades que indebidamente actuaron en forma conjunta con ellos, son indicios de una actitud tendente a etiquetar de racistas y de discriminadores raciales a nuestro local, siendo nuestro derecho el también establecer indicios respecto de la conducta discriminadora y prejuiciosa de los consumidores.

Por ello, el hecho de que no se hiciera participar a la pareja N° 3, en el operativo especialmente dirigido contra AURA, hace presumir que la investigación no se ha ceñido a los principios de imparcialidad y objetividad bajo los cuales debe estar regido el actuar de la administración, por ello este operativo deviene en nulo, al haberse configurado el supuesto establecido por los incisos 1 y 4 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.


6.- Respecto a lo afirmado por la Comisión en la Resolución, en cuanto a lo formulado por nuestra parte en nuestro escrito de descargo, referido a la no suscripción por parte de los intervinientes en el acta de inspección, no es cierto lo afirmado por la Comisión respecto que la firma del Dr. Robert Orlando Castillo Larrea haya suscrito el acta en señal de conformidad o sin formular oposición alguna sobre los alcances de la misma, ya que conforme se ha consignado en el acta se efectuaron una serie de observaciones sobre la diligencia de inspección, al señalar la existencia del cartel que informa a los usuarios de la existencia de requisitos que se deben cumplir para ingresar al local, asimismo formulo oposición respecto de la participación del Sr. Gregory Pollet Babier pues este carecía de documento de identidad válido, manifestando expresamente que se reservaba el derecho de ejercer las acciones legales correspondientes y expresó a su vez su no conformidad respecto a la no exhibición pues no se procedió en esos momentos a su exhibición, no habiendo el INDECOPI permitido el levantamiento del acta de manera posterior, aunque cuando la ley lo establece (artículo 156° de la Ley del Procedimiento Administrativo General).



Por otro lado el conforme lo hemos manifestado en nuestro escrito de descargo, la no suscripción del acta por parte de los intervinientes en la diligencia de inspección la invalida, en tanto que solo el Sr. Fernando Yaya Espinoza aparece firmando el acta, la que además contiene la irregularidad de **no haberse consignado en ella el documento de identidad de la citada persona**, ni su Documento Nacional de Identidad ni su identificación a como funcionario del INDECOPI, menos que haya hecho constar la existencia de las supuestas facultades delegadas del la Secretaria Técnica que haya tenido este señor. Tampoco intervienen en el acta el sr. Gregory Pollet Babier, ni la srta. Mirtha Allende Zúñiga ni la srta. Pamela Ortiz Gómez de la Torre. Tampoco se señala en el acta que las personas citadas hayan delegado en el sr. Fernando Yaya Espinoza la facultad que suscriban por ellos el acta referida, lo que es de vital importancia ya que en ella se consignan hechos que supuestamente acreditan un acto contrario a la Ley, pues su presencia es la prueba fundamental según el INDECOPI del acto discriminatorio, no es pues solo una formalidad, además como ya lo hemos señalado la participación del sr. Gregory Pollet Babier con un documento de identidad inválido nulifica el acta, pues no es un agente capaz para participar en un acto administrativo, la no suscripción del acta por su parte no convalida los hechos irregulares, ya que de haber firmado el acta y encontrándose en la posibilidad de hacerlo produce el mismo efecto nulificante.

En cuanto a lo afirmado por la Comisión que la existencia del video acredita lo actuado en el acta, tampoco se ajusta a la verdad, ya que como hemos señalado extensamente en la parte introductoria de este escrito, **no existe coincidencia entre lo afirmado en el acta con lo que se aprecia en la filmación**, en unos casos para la Comisión lo que esta en el acta es lo fundamental y en otros casos lo que esta en el video, ajustando su posición de manera conveniente de acuerdo a las objeciones que formulamos a la irregular diligencia de inspección efectuada.

Respecto a la no participación de la Pareja N° 3, conforme lo expresa el INDECOPI su supuesta no participación se debió a que para ellos la



“discriminación” se acredita con la pareja N°1, esta afirmación tiene una connotación importante ya que es un indicio que lo que buscaba el INDECOPI a través de esta diligencia era probar a toda costa un supuesto acto discriminatorio empleando cuántas parejas fueran necesarias, con instrucciones precisas. Por otro lado, aún cuando ya nos hemos expresado extensamente sobre este aspecto, es preciso reiterar que no consta en el video que la pareja N° 3 no haya participado, ya que puede haber ingresado al local, como pareja, acompañadas de otras personas o de manera individual, la sola existencia de esta pareja y las múltiples posibilidades que se puedan haber dado respecto de su participación hacen que la diligencia de inspección haya estado cargada de parcialidad y mala fe, supuestos absolutamente negados para un ente administrativo, que debe guiarse entre otros por el principio de transparencia y trato igualitario respecto de los administrados en todas sus actuaciones, principios que como vemos han sido vulnerados en todos sus alcances en la diligencia cuestionada y cuya validez pretende la comisión otorgar a través de la Resolución impugnada.

III. ERROR DE HECHO Y DERECHO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

8. La Resolución atribuye a nuestra empresa una conducta contraria a la normativa constitucional y legal, señalando que se han cometido actos discriminatorios amparados en requisitos que representan sólo pretextos o simulaciones, obviando, convenientemente, que nuestro local NO ES UNO ABIERTO AL PÚBLICO, que en consecuencia no nos encontramos bajo el ámbito de aplicación del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor.

En efecto, en nuestro escrito de descargo hemos señalado y hemos acreditado con las pruebas necesarias que la discoteca AURA es un local de acceso restringido, solo a socios y sus invitados y de manera excepcional a personas que sin tener tal calidad, acceden a nuestro local como los turistas, pagando una suma adicional. Sin embargo ello no ha sido tomado en cuenta en la Resolución impugnada, obviando pronunciamiento alguno, limitándose a señalar que somos un local abierto al público por que a la Comisión se le

ocurre que todas las discotecas de Lima, del Perú y del mundo son locales abiertos al público por el hecho de cobrar una entrada o un derecho.

Copy

En cuanto a lo argumentado por la Comisión respecto de la existencia de actos diferenciados y actos discriminatorios, coincidimos plenamente con la delimitación que ella hace de este tipo de posiciones, sin embargo la interpretación antojadisa que hace la comisión para tratar de encajar lo que es un trato diferenciado dentro de lo que es un trato discriminatorio, hace que esta cometa un gravísimo error al forzar los hechos, por ello resulta falso lo afirmado en la Resolución respecto que somos un local abierto al público y que en consecuencia tenemos la calidad de proveedores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor, y en tal sentido no nos resulta aplicable lo establecido en la norma constitucional respecto de la libertad de contratación.

En efecto el artículo 2º inciso 14 de la Constitución Política del Estado señala que las empresas tienen plena libertad de contratar, es decir proceder a una selección de las personas con las cuales van a establecer una relación patrimonial o de comercio, lo que implica de por sí un mecanismo selectivo, por lo que no es cierto que las empresas deban contratar con cualquier persona o entidad, este derecho no solo es recogido por la constitución sino también por el Código Civil. En tal sentido las empresas pueden establecer parámetros o requisitos que cierta clase de personas deben reunir a efectos de efectuar una selección y determinar con cuales de ellas puede realizar un acto selectivo y establecer sus relaciones contractuales. Aún cuando la Comisión establece de manera errada que asistir a un local no es un contrato y que por ello no es necesario acreditar la capacidad de las personas, como lo ha afirmado en el caso del sr. Gregory Pollet Babier, ello es absolutamente falaz, ya que justamente este es un mecanismo de selección establecido no solo por los locales sino por la ley, que no permite la asistencia de menores de edad, por ejemplo, a locales como discotecas, salas de juego, licorerías y otros de similar naturaleza, asimismo reconoce la libertad de asociación lo que implica que se creen círculos cerrados de consumo de bienes y servicios, permitiendo la exclusión de quienes no tienen tal calidad de acceder a los bienes o servicios ofertados, así pues la Comisión erróneamente pretende atribuir a nuestro local

una calidad que no disfruta por libre elección, obligando a quienes forman parte de ella que personas que no se encuentran dentro del campo de acción puedan acceder a los bienes y servicios de nuestra empresa sin contar con la calidad de socios o de invitados, obligándonos a contratar con quienes no cumplen los requisitos, vulnerando de esta manera nuestro derecho CONSTITUCIONAL A LA LIBRE CONTRATACIÓN.

Por otro lado, hemos demostrado la existencia de causas objetivas y justificadas que nos permiten hacer una selección del mercado a través de un trato diferenciado, no discriminatorio, tal como fluyen de las pruebas anexadas, lo que además se encuentra en concordancia con lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor y en la Constitución Política del Estado, exigiendo con tal fin que nuestro público objetivo cumpla con los requisitos que para tal efecto se han establecido lo que no nos convierte bajo ningún supuesto en un local abierto al público y por ende excluido del supuesto del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor. En tal sentido la Comisión al emitir la Resolución impugnada ha cometido un error de hecho y derecho, interpretando los hechos de manera errónea tratándolo de adaptarlos a una norma interpretada a su vez erróneamente.

9. Debemos señalar por otro lado que en tercer párrafo de la página 10 de la Resolución materia de este recurso, la Comisión se permite efectuar una conclusión absolutamente temeraria y falsa, al señalar de manera tajante que la información proporcionada y con la que acreditamos causas objetivas y justificadas para efectos de establecer el ingreso a nuestro local, esto es, la existencia de requisitos perfectamente señalados y fehacientemente publicitados, para que las personas que reúnan ciertas calidades objetivas puedan acceder a nuestros servicios son solo un "argumento que justifica el impedimento en el ingreso a quienes no cumplan con las características étnicas subjetivamente aceptadas por AURA", lo que daña nuestra imagen como empresa y justifica a su vez un objetivo meramente pecuniario cual es imponer a toda costa un sanción de multa de elevado nivel. Esto nos lleva a pensar que en el fondo ese sea el objetivo buscado por la Comisión y no de verificar de

manera real, concreta, acreditada y cierta de actos de discriminación que supuestamente busca eliminar.

10. En el último párrafo de la página 10 de la Resolución, la Comisión señala que, el hecho de permitir el ingreso a personas que no sean socios nos da la característica de local abierto al público, tal como lo hemos señalado precedentemente no somos un local abierto al público. El hecho que anteriores oportunidades se haya argumentado la libertad de contratación no hace que ello sea aplicable a todos los casos, no puede tomarse como axioma, ni mucho menos emplear ello para justificar o forzar una situación, tal argumento es una falacia, no se puede llevar del caso general al particular de manera tan alegre e insubstancial, por ello carece de validez lo argumentado por la Comisión en la Resolución, constituyendo ello también un error de interpretación.

11. En cuanto a lo señalado por la Comisión respecto que el video resulta complementario de lo señalado en el acta, ya nos hemos expresado ampliamente sobre este aspecto, lo que llama la atención es la ambivalencia empleada por la comisión respecto del valor probatorio del video y del acta, dándole en algunos casos un valor probatorio pleno al video y en otros casos solo un valor referencial y complementario. Esta ambivalencia indica una falta de objetividad e imparcialidad en la investigación efectuada y en las conclusiones a las que llega la Comisión.

Debemos reiterar en este, lo que ya señalamos en nuestro escrito de descargo respecto de lo que se ve en el video y lo afirmado en el acta, lo que quedará acreditado con la visualización del video en su oportunidad; En el se puede apreciar que en ningún momento a la pareja N° 1 se le impidió el ingreso a la discoteca, siendo falso que esta estaba en cola, que tuvo que esperar turno; falso lo afirmado en el informe, en la Resolución que abre el proceso de oficio y en la Resolución final materia de esta impugnación y que en consecuencia la Pareja N° 1 haya sido objeto de discriminación por sus rasgos étnicos. El acta no acredita nada a este respecto y el video tampoco, siendo INSUBSISTENTE lo afirmado por la Comisión.

12. Para la Comisión el hecho que una persona de rasgos étnicos similares a la Pareja N° 1, haya ingresado a la discoteca no es relevante y no determina que existan o no prácticas discriminatorias, lo importante es que su deficiente metodología haya "demostrado" una supuesta conducta discriminatoria. Si razonamos en el sentido de la Comisión llegaremos al absurdo de determinar que no importa que la discoteca haya estado colmada de personas con características étnicas similares a los que supuestamente tenía la Pareja N° 1, lo que es un supuesto válido, sino que lo que importa es que el supuesto acto discriminatorio se haya supuestamente comprobado con la pareja N° 1, esta apreciación es parcializada, discriminante en si misma y contiene una presunción absurda y es que sólo las parejas empleadas en el operativo tienen las características étnicas válidas para demostrar actos de discriminación, lo que por supuesto no es aceptable y muchos menos constituye un argumento válido para sustentar la posición de la Comisión en la Resolución impugnada. Debemos señalar que la Comisión reconoce pues que una persona con rasgos étnicos similares a los que supuestamente tenía la Pareja N° 1 ingreso al local al no haber controvertido lo afirmado por nuestra parte además que de ello queda constancia en el video tantas veces aludido.


Por otro lado el sr. Fernando Yaya Espinoza no actuó como un consumidor razonable, como lo hemos afirmado en nuestro escrito de descargo, argumentos cuya validez reiteramos y que deberán ser tomados en cuenta al momento de resolver, y que constituyen uno de los supuestos de exclusión de la Ley de Protección al Consumidor de su ámbito, al no estar dentro del Standard establecido para otorgar su protección.

IV. RESPECTO DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

10. Conforme lo hemos señalado, nuestra empresa no ha cometido infracción alguna a la Ley de Protección al Consumidor, pues como ha quedado demostrado con las pruebas anexadas **NO HEMOS COMETIDO NINGÚN ACTO DISCRIMINATORIO, POR LO QUE PROCEDEMOS A IMPUGNAR LA SANCIÓN IMPUESTA** independientemente de la cuantía de esta, sin embargo

debemos manifestar que la misma es desproporcionada, exagerada y confiscatoria.

V. DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS



Aún cuando desconocemos la atribución de la INFRACCIÓN en la que SUPUESTAMENTE HEMOS INCURRIDO, debemos señalar que coincidimos con la Comisión en cuanto a que las prácticas discriminatorias sustentadas en diferencias económicas, étnicas y religiosas deben ser desterradas de la sociedad, conducta que por cierto NO HA TENIDO, NO TIENE NI TENDRÁ nuestra empresa, por lo que la imposición de medidas correctivas en tal sentido carece de objeto, sin embargo, advertimos que dada la tendencia arbitraria, la animadversión manifiesta de la Comisión hacia nuestra empresa ayudadas por entidades que han manifestado dicha tendencia en reiteradas oportunidades conforme hemos acreditado con las pruebas anexadas, pueden motivar que se busque a toda costa, sin sustento alguno acreditar supuestas prácticas discriminatorias con el objeto de buscar la clausura de nuestro local, como ha venido señalándose en los diversos medios de comunicación al momento de dar cobertura noticiosa a la Resolución materia de este recurso.

Reiteramos que la discoteca AURA no practica actos de discriminación por lo que aún cuando coincidimos con el objeto de las medidas correctivas, ellas resultan inaplicables a nuestro caso en función a lo expuesto.

POR TANTO:

Solicitamos a la Comisión se sirva elevar los actuados al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, para que este proceda a REVOCAR en todos sus extremos la Resolución impugnada, en el siguiente sentido:

1. **DECLARANDO INFUNDADO** el Procedimiento de Oficio iniciado por la Comisión de Protección al Consumidor contra UNITED DISCO S.A.
2. **REVOCAR** la imposición de la Multa ascendente a 35 Unidades Impositivas Tributarias, impuesta ilegalmente por la Comisión de

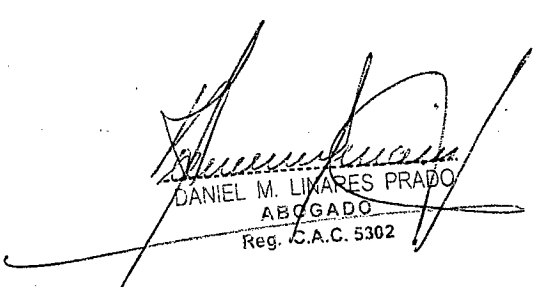
Protección al Consumidor por la inexistencia de prácticas discriminatorias.

3. **REVOCAR** lo ordenado por la Comisión respecto de la implementación de medidas correctivas, ya que nuestra empresa no tiene, ni ha tenido ni tendrá practicas discriminatorias, siendo **IMPROCEDENTE** lo ordenado.
4. **DEJAR SIN EFECTO** la recomendación de PUBLICACIÓN de la Resolución impugnada al ser totalmente **INFUNDADA e INSUBSISTENTE** conforme queda demostrado con los argumentos expuestos.

Lima, 07 de diciembre de 2004.



ALEXANDER VON EHREN CAMPOS
GERENTE GENERAL
UNITED DISCO S.A.



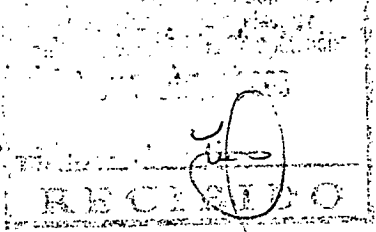
DANIEL M. LINARES PRADO
ABOGADO
Reg. C.A.C. 5302

SOLIC

2005 JUL 11

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA DE LA COMPETENCIA
DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Calle de la Prosa N° 138
San Borja.-

038006



S.P.

DANIEL MARTÍN LINARES PRADO, abogado acreditado en autos de **UNITED DISCO S.A.** en el proceso de Apelación, ante ustedes decimos:

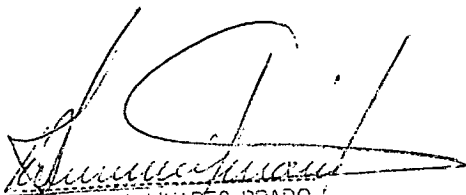
Que, habiendo sido notificados con la Cédula de Notificación N° 4554-2005/TDC-INDECOPI del Proveído 2, con fecha 30 de junio de 2005, mediante la cual nos ponen en conocimiento la fecha para la realización del informe oral solicitado por nuestra parte con fecha 08 de febrero de 2005, proveído que no se pronuncia respecto de nuestro pedido de contar con las **facilidades técnicas correspondientes necesarios, como un VHS Y UN TELEVISOR, así como un proyector multimedia y un ecram**, a fin de exponer a la sala de manera idónea los argumentos de nuestra defensa, dado que la misma se fundamenta en gran parte en la correcta apreciación que se debe hacer del medio probatorio fundamental del presente proceso, consistente en el video, además evidentemente de responder a las inquietudes que pudiera tener la sala al respecto, **de otra forma no podremos ejercer de manera correcta y como es debido nuestro derecho de defensa con lo que conculcaría nuestro derecho fundamental a un debido proceso.**

En tal sentido no solo resulta insuficiente lo decretado por la Sala sino que el tiempo asignado también resulta corto, por lo que solicitamos que el mismo sea ampliado a un mínimo de 15 minutos.

POR TANTO:

Sírvanse Usted Señor Presidente deferir conforme dejamos anotado, accediendo a lo solicitado.

Miraflores, 01 de julio de 2005.


DANIEL M. LINARES PRADO
ABOGADO
Reg. C.A.C. 5331

038006



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

- INFORME ORAL
CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN
8 de julio de 2005
08 : 45 horas

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

INFORMANTES:

INVESTIGADO/DENUNCIADO

SOLICITÓ USO DE PALABRA
APELO
SE ADHIRIÓ

UNITED DISCO S.A.

Representante

DANIEL LINARES PRADO

D.N.I. o Reg. C.A.L.

CAE 5702

Firma

Representante

D.N.I. o Reg. C.A.L.

Firma

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DENUNCIANTE : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
(LA COMISIÓN)
DENUNCIADO : UNITED DISCO S.A. (UNITED DISCO)
MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MULTA
MEDIDA CORRECTIVA
PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN
ACTIVIDAD : FUNCIONAMIENTO DE SALAS DE BAILE,
DISCOTECAS, PARQUES DE DIVERSIÓN Y
LUGARES SIMILARES

SUMILLA: *en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra United Disco S.A., por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución N° 1255-2004-CPC, toda vez que ha quedado acreditado que United Disco, en su local "Aura", ofrece un servicio diferenciado a sus clientes, distinción que no encuentra justificación en razones objetivas sino que está vinculado a la existencia de conductas discriminatorias configuradas con ocasión de la procedencia geográfica, la raza o la condición económica de estos.*

Dada la gravedad de los hechos verificados, la Sala ha resuelto proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

SANCIÓN: 35 UIT

Lima, 26 de agosto de 2005

I ANTECEDENTES

Mediante Informe N° 332-2004/CPC del 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión que había realizado una diligencia de inspección en el local de la discoteca "Aura" ubicada en el Centro Comercial Larcomar, a fin de verificar la ocurrencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público. En el informe se daba cuenta de que el operativo fue organizado como consecuencia de algunas denuncias recibidas sobre posible discriminación en el local antes mencionado, así como de las acciones desarrolladas por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI - en

M-SDC-02/1C

coordinación con miembros de la Coordinadora de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal -, en las cuales se había advertido la existencia de hechos que podrían configurar prácticas discriminatorias, tales como no haber permitido el ingreso a la discoteca a una de las parejas que formaba parte del operativo, en atención a sus rasgos mestizos, razón subjetiva e injustificada que implicaría una infracción a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor.

El 3 de noviembre de 2004, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de United Disco por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

En sus descargos, United Disco señaló que el Acta de Diligencia de Inspección debía ser declarada nula por la existencia de un defecto formal insubsanable, ya que a pesar de tener relevancia significativa para la constatación de los hechos, no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en el operativo. De otro lado, señaló que la discoteca "Aura" no era un local abierto al público sino de acceso restringido a las personas que cumplen con lo establecido en su Reglamento de Ingreso, el cual únicamente permite el ingreso a los socios, a invitados y a turistas que realicen el pago del cover correspondiente a S/. 100,00. Asimismo, señaló que dicha situación había sido adecuadamente informada a los consumidores.

Adicionalmente, precisó que la participación en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal era ilegal, toda vez que ninguno de dichos organismos era competente para verificar la existencia de infracciones a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor, por lo que estas organizaciones habrían cometido el ilícito de usurpación de funciones, no habiendo el INDECOPI haberles otorgado prerrogativas que no les correspondían.

Igualmente, señaló que el vídeo de la filmación debía sustituir el mérito probatorio del Acta de Visita Inspectiva, atendiendo a las contradicciones advertidas entre ambos. Al respecto, manifestó que de la filmación no se desprendía que a la primera pareja - conformada por personas de rasgos mestizos - se le hubiera impedido el ingreso al local y, en consecuencia, que hubiera sido víctima de discriminación. Asimismo, indicó que tampoco había quedado acreditado que la segunda pareja - conformada por personas de rasgos caucásicos -, efectivamente, hubiera ingresado. Finalmente, mencionó que en el vídeo no se apreciaba a la tercera pareja que supuestamente participó en el operativo.

El 24 de noviembre de 2004, mediante Resolución N° 1255-2004-CPC, la Comisión emitió pronunciamiento identificando en la conducta de United

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

0126

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

Disco una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En consecuencia, la sancionó con una multa ascendente a 35 UIT y le ordenó, como medida correctiva, que se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas.

El 9 de diciembre de 2004, United Disco apeló de la mencionada resolución indicando que la Comisión había omitido pronunciarse respecto del Disco Compacto ofrecido como prueba, el cual contenía fotografías en las que se apreciaba que a la discoteca asistían personas de todo origen racial. Asimismo, reiteró que el vídeo de la filmación debía sustituir el valor probatorio del Acta de Visita Inspectiva, en atención a las inconsistencias detectadas entre éstos.

Adicionalmente, reiteró lo señalado respecto de la participación conjunta en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, en el sentido de que su participación en la inspección sería inválida, toda vez que no se trataba de Asociaciones de Consumidores reconocidos por el INDECOPI.

De otro lado, manifestó que tanto el Acta de Visita Inspectiva, como el operativo, carecían de validez, ya que una de las personas que formaba parte de la segunda pareja que participó en el operativo no contaba con un documento de identidad vigente. Asimismo, indicó que la mencionada acta debía ser declarada nula, debido a que no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en la diligencia y que el representante del INDECOPI, que sí la suscribió, no había consignado el número de su Documento Nacional de Identidad - DNI -, ni las facultades que le habían sido delegadas por la Secretaria Técnica de la Comisión.

Posteriormente, señaló que la calificación hecha por la Comisión respecto de considerar a la discoteca como local abierto al público, vulneraría su derecho constitucional a la libre contratación. Al respecto, indicó que resultaba válido realizar una selección de las personas con las cuales se establecería una relación patrimonial sobre la base de ciertos parámetros o requisitos. Finalmente, manifestó que la sanción impuesta resultaría desproporcionada, exagerada y confiscatoria.

El 8 de febrero de 2005, United Disco solicitó el uso de la palabra. El 8 de julio de 2005 se realizó la Audiencia de Informe Oral, la cual contó con la participación del representante de la denunciada.

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0127

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

La Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

- (i) si United Disco ha realizado prácticas discriminatorias en su local "Aura" y, en este sentido, si ha incurrido en una infracción a los dispuesto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor;
- (ii) de haber incurrido en una infracción, graduar la sanción; y
- (iii) si resulta conveniente solicitar la publicación de la resolución.

III ANALISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 Discriminación

El artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú prohíbe la discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Ese tipo de conductas deben ser rechazadas por todos los ciudadanos y no pueden ser admitidas en las operaciones de consumo, bajo pretextos o argumentos elaborados que dificulten su detección o hagan difícil su sanción.

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú garantiza la libertad de contratación al señalar que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, lo cual supone la adecuación del ejercicio del derecho de contratación a las normas de orden público, es decir, aquellas inspiradas en el establecimiento y preservación del bien común y el bienestar social.

Las normas constitucionales referidas no se encuentran en conflicto pues se entiende que la libertad contractual no puede ser sustento para poner en riesgo el principio de la no discriminación, presupuesto fundamental en la construcción del Estado democrático de Derecho. Este criterio ha sido reconocido por el Poder Judicial en un caso similar al presente, referido a prácticas discriminatorias en una discoteca, donde el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima en fallo del 23 de enero de 2002 – confirmado el 3 de septiembre de 2003 por la Corte Superior de Justicia de Lima – señaló lo siguiente:

" (...) nuestra Constitución Política en su artículo Segundo inciso 2do. establece como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, para seguidamente proclamar que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPG

0128

*índole; que ahora bien dicha norma constitucional interpretada bajo el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número trece mil doscientos ochentidos tenemos que: **todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, así como deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, que por tanto siendo dicho derecho fundamental debe ser respetado por el Estado Peruano y por las mismas personas sean naturales o jurídicas, teniendo el primero la capacidad de hacer valer dicha igualdad entre particulares con las instituciones tutelares como es el Poder Judicial; que es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres, ocurriendo igual limitación para los efectos de la contratación establecidas en la excepción del artículo mil trescientos cincuenticuatro y en lo dispuesto por el artículo mil trescientos cincuentiocho del Código Civil que resulta concordante con el artículo ciento cuarenta nc. (Sic) 3ro. de dicho cuerpo legal (...)** (Subrayado y resaltado añadidos)*

La discriminación suele ser un hecho clandestino de muy difícil probanza dada la velocidad con que se desarrollan las actividades de los ciudadanos - particularmente en el ámbito comercial - y los nulos o muy escasos incentivos que existen para que los afectados con estas conductas desarrollen acciones de denuncia y persecución.

En este contexto es perfectamente válido y constituye más bien una obligación irresistible y bajo responsabilidad de la autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, monitorear periódicamente los distintos mercados, con énfasis en los más sensibles, para identificar o descubrir las prácticas de discriminación que pudieran existir en las operaciones de consumo en nuestra sociedad. Es deber de la autoridad administrativa vigilar que la discriminación, conducta naturalmente encubierta, sea puesta de manifiesto y se le sancione tal y como establece el ordenamiento jurídico vigente.

Atendiendo al cumplimiento de tal deber de acción y ante las denuncias sobre la materia recibidas en forma anónima en los servicios de atención gratuita a los consumidores, la Comisión organizó con su Secretaría Técnica un operativo destinado a verificar cuáles eran las condiciones de acceso al local de la investigada denominado "Aura". Para tal efecto se organizaron tres parejas - hombre y mujer - con rasgos raciales diferenciados,

5/17

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC.

0129

caucásicos y mestizos; los mismos que recibieron la instrucción de intentar el ingreso al mencionado local. La acción fue objeto de filmación y los resultados de esta intervención se recogieron en un Acta de Visita Inspectiva.

En el presente caso, United Disco ha utilizado una primera línea de defensa ante la imputación de cargo consistente en destruir la validez del medio probatorio utilizado por la Comisión para la emisión de su pronunciamiento. A continuación se analizan los alcances de tales alegaciones.

La investigada ha señalado que el Acta de Visita Inspectiva no fue suscrita por cada una de las seis personas que participaron en el operativo. Al respecto, corresponde señalar que esta alegación carece de sustento pues, el Acta de Visita Inspectiva es el documento que se redacta después de producidos los actos que se evaluarán en su contenido discriminatorio y con la única finalidad de dar cuenta de que el operativo fue realizado recabando las versiones de los representantes de las investigadas. En tal sentido, el Acta no documenta los actos discriminatorios pues ellos se encuentran documentados en el video de la acción destinada a verificar la posibilidad del acceso al local de las parejas participantes en el operativo. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado, el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807 únicamente exige como formalidad para un documento de este tipo que esté firmado por el funcionario de INDECOPI¹.

La investigada ha cuestionado que una de las personas intervinientes en el operativo, precisamente uno de rasgos caucásicos, no contaba con documento de identidad válido, pues su carné de extranjería no se encontraba vigente. Al respecto, corresponde señalar que el acto discriminatorio prohibido es contra las personas, sin importar su condición legal de ciudadanía, por lo que, la vigencia o no del carné de extranjería de uno de los intervinientes en el operativo en nada enerva su intervención para acreditar hechos. La discriminación es fáctica no legal. Adicionalmente, debe señalarse que la propia investigada permitió el ingreso de esta persona a su local, sin cuestionar la validez del documento de identidad que ahora pretende utilizar para invalidar la constatación fáctica de la autoridad administrativa.

Por otro lado, United Disco cuestionó la intervención en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del

¹ LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO N° 807
Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho. (Subrayado y resaltado añadidos)

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0130

Instituto de Defensa Legal, con los cuales fueron conformadas las parejas para intentar el ingreso al local de la investigada. En este aspecto, es necesario tener en consideración que una visita inspectiva es una acción que se desarrolla bajo la conducción estricta de un funcionario público del INDECOPI, el cual interviene por delegación de la Secretaría Técnica o de la Comisión, tal como expresamente faculta el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807. En tal sentido, la intervención de este funcionario público es la que garantiza la legalidad de la visita inspectiva o el operativo. No obstante, ello no significa ni podría significar que, en la realización del operativo estuvieran impedidas de participar personas ajenas a la institución pues, en éste, la autoridad diseña una estrategia para identificar una conducta infractora reproduciendo un hecho de la realidad. En esta reproducción pueden y, en ocasiones, deben intervenir las personas que el INDECOPI considere con la capacidad y las características - físicas o psicológicas - para lograr verificar la realización de la conducta infractora que, en este caso, se encontraba constituida por la comisión de prácticas discriminatorias en el local de la investigada.

A mayor abundamiento, en la formulación de un operativo pudiera ser necesaria la participación de personas de una determinada estatura, sin que en la institución pública exista algún funcionario con esas características, configurándose en tal supuesto, un típico caso en el que se requerirá del concurso de otras personas que no dirigirán el operativo sino que únicamente se limitarán a simular una situación de la realidad.

Es de notar, además, que las organizaciones que intervinieron en el operativo tienen legítimo derecho - en su condición de representantes de la sociedad civil - de coadyuvar a la detección de conductas de discriminación racial en el consumo.

Finalmente, la investigada cuestionó que el funcionario del INDECOPI que firmó el Acta de Visita Inspectiva no consignó el número de su DNI. Esta alegación resulta intrascendente pues dicho funcionario estuvo identificado en todo momento como funcionario de INDECOPI y así lo hizo saber a los representantes de la investigada, lo cual consta en la referida acta.

Una segunda línea de defensa utilizada por la investigada se centra en alegar que las pruebas que obran en el expediente no habrían sido adecuadamente valoradas por la autoridad de primera instancia.

Al respecto, esta Sala ha efectuado una revisión minuciosa del video de cargo presentado por la primera instancia, el Acta de Visita Inspectiva y los documentos que en medio electrónico han sido presentados por la investigada para - según su propósito - desvirtuar los hechos materia de

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPO

0131

imputación. De la revisión de dicho material, esta Sala se encuentra persuadida de que los mismos acreditan los siguientes hechos:

1. El operativo fue preparado expresamente para generar dos supuestos de intento de ingreso de parejas al local de la investigada. Una primera pareja, de rasgos mestizo, es impedida de ingresar bajo argumentos de no pertenecer a una asociación; la segunda pareja, de rasgos caucásicos, ingresa sin mayor dificultad al local. La tercera pareja no interviene porque durante el curso de la inspección se consideró innecesaria su participación.
2. El material presentado por la investigada muestra fotografías de distintas actividades en su local, en las cuales se puede percibir que las personas que allí asisten son de rasgos raciales caucásicos o muy similares a éstos, por lo que, más bien, da la clara impresión que la personas convocadas a este establecimiento comparten identidad racial, cultural y-económica. Asimismo, debe señalarse que no existe certeza de que las mismas hubieran sido tomadas de manera anterior a la realización del operativo.

Finalmente, una tercera línea de argumentación utilizada por la denunciada consiste en reconocer y sostener que su local denominado "Aura" no es un local abierto al público sino uno de acceso restringido, donde resulta necesario satisfacer algunas condiciones de ingreso, previamente definidas en un reglamento interno. Esta distinción, según la investigada, se basaría en razones objetivas y, por lo tanto, no constituiría infracción alguna a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor.

Según sostiene la denunciada, el ingreso a su local sólo es posible para aquellos que ostentan la condición de socios, lo cual estaría sustentado en el hecho de que el establecimiento busca evitar el ingreso de personas que pudieran desarrollar un comportamiento inadecuado – por ejemplo, el consumo de drogas –, lo que se logra cuando las personas asociadas son conocidas entre sí y sólo ellas pueden llevar invitados al local. De conformidad con lo señalado por la investigada, el carácter de socio conlleva el ser conocido por los demás socios y garantiza que éstos sólo inviten a personas que, al igual que ellos, tendrán un adecuado comportamiento en el local.

Lo señalado queda corroborado con el diálogo que se produjo en la Audiencia de Informe Oral y que cuenta con su respectiva grabación:

Indecopi: ¿cuáles son las condiciones para ser socio de este establecimiento?

Aura: no hay tantas restricciones pero sí ciertas condiciones.

8/17

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0132

Indecopi: ¿puede decirnos cuáles son?

Aura: las condiciones son básicamente que alguien presente carné y esto por un tema básico de seguridad. En "Aura" nunca hemos tenido problemas de drogas, ni temas de violencia, porque allá la gente más o menos se conoce.

El criterio es que lo presente un socio. Para que uno pueda acceder a la discoteca y pueda pasar debe mencionar a tres o cuatro socios de la discoteca y más o menos se corrobore si lo conocen o no. Y esa es la manera de que uno pueda saber si es socio o no de la discoteca. La otra forma de acceder es que el socio lo invite para determinada situación y con eso pagará su derecho. O que sea extranjero.

Indecopi: ¿cómo controlan el comportamiento de los extranjeros?, ¿cómo garantizan que estas personas extranjeras tengan determinadas formas de comportamiento que reflejen el espíritu de la asociación que usted dice que "Aura" es?

Aura: el comportamiento se garantiza con la vigilancia externa e interna, fundamentalmente tenemos un cuerpo de vigilancia

Indecopi: la vigilancia no tiene nada que ver con definir o suponer que un extranjero se comporte bien. ¿un extranjero puede ser más drogadicto que un nacional?

Aura: ¡ah no! ... si tiene ese comportamiento. Lo que sucede es lo mismo Doctor que pasaría en algún tipo de local o club que permite el acceso libre, además no es la mayoría.

Indecopi: perdóneme, mi pregunta iba al hecho de que usted me ha explicado que la asociación es una asociación de personas que no tienen problemas de drogas; eso le garantiza a usted generar un círculo de conocimiento, todos se conocen. Ahora, ¿qué pasa con el extranjero al que usted no conoce? se para en la puerta, muestra su carné de extranjería e ingresa?.

Aura: de extranjería o pasaporte.

Indecopi: o sea ustedes presumen que el extranjero se va a portar bien, el extranjero que entra cumple con los estándares de buenas conductas que su empresa trata de seleccionar.

Aura: lo que pasa es que dentro de este criterio de tratar de cumplir normas, los extranjeros no representan gran afluencia de público en Aura. Es mínima y lo que pueda suceder es totalmente controlable porque tenemos un sistema de seguridad.

Indecopi: (...) la Sala ha visto que en el público hay bastantes extranjeros.

Aura: sí, sí porque hay eventos que se realizan, es un tema turístico.

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0133

Indecopi: entonces, ¿entran todos?, usted me acaba de decir que hay mínima presencia de extranjeros y ahora usted dice que es bastante.

Aura: espero que me entienda cuando nosotros permitimos al acceso de extranjeros. No sé a ustedes les puede haber parecido que son extranjeros; de repente son nacionales también y aparentan extranjeros, porque es un tema turístico. Es atractivo, en la fotos que ustedes han visto, como señalo, no son necesariamente extranjeros.”

El diálogo transcrito evidencia que el sistema de ingreso al local de la investigada se sustentaría en una especie de “conocimiento” entre los miembros de la asociación que no es exigible a los extranjeros, los cuales pueden ingresar por el solo hecho de ser extranjeros. Asimismo, se menciona que el ingreso es previa exhibición del documento de identidad que acredita la nacionalidad extranjera.

En el operativo pudo constatarse que el 23 de octubre de 2004, cuando el señor Fernando Yaya Espinoza – de rasgos mestizos – intentó ingresar a la discoteca “*Aura*”, se le informó que sólo se permitía el ingreso a los invitados en lista. No obstante lo cual, minutos después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos extranjeros² – los cuales no ostentaban la calidad de socios o invitados de socios – y a los cuales no se les requirió identificación alguna.

United Disco ha manifestado que la Comisión había incurrido en un error al considerar que su local era uno abierto al público. Sin embargo, tanto en su escrito de descargos como en su escrito de apelación ha aceptado que se permite el ingreso de personas que no tienen la calidad de socios o invitados de éstos. En tal sentido, la investigada aceptó que “*excepcionalmente*” se permite el ingreso de turistas, es decir, ha admitido que su empresa establece una diferencia entre los consumidores nacionales y los extranjeros, diferencia cuya justificación se encuentra en el lugar de procedencia de los clientes³.

Para United Disco, su local sería uno de acceso restringido en el caso de los consumidores peruanos – supuesto en el que únicamente ingresan socios e invitados de socios – y uno de acceso público para los turistas - ya que en tal caso únicamente se requiere que los mismos no sean peruanos -. Como es evidente, el razonamiento al que pretende arribar United Disco resulta ilógico toda vez que no es posible sostener que su local es uno de acceso restringido, no obstante, acepta de manera reiterada que el mismo se encuentra abierto para cualquier turista extranjero que decida ingresar al local.

² Ver fojas 4, 5, 6 y 7 del expediente.

³ Véase también a fojas 8 del expediente. En el punto 2, párrafo tercero.

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0134

En consecuencia, sobre la base de lo señalado por la propia investigada, ha podido establecerse que "Aura" no es un local de acceso restringido toda vez que permite el ingreso de turistas extranjeros que no cuentan con la condición de socios o invitados de socios y que la selección realizada constituye una práctica discriminatoria con ocasión del lugar de procedencia geográfica del cliente. *extranjeros*
Caucásicos

Adicionalmente, es evidente que un sistema de ingreso como el previsto incentiva también la discriminación por rasgos raciales pues, incluso en el supuesto de que la asociación de conocidos existiera, cualquier extranjero o nacional con rasgos de extranjero - y entiéndase extranjero con rasgos caucásicos - que intentara ingresar - y a juicio del personal reuniera rasgos de extranjero - podría entrar sin que le sea requerido documento de identidad alguno. Mientras que, los de rasgos mestizos serían inmediatamente obstaculizados en su ingreso - incluso si fueran extranjeros - tal como ocurrió con la segunda pareja.

La Sala coincide con lo señalado por la Comisión respecto de que la situación verificada constituye también un acto de discriminación racial, ya que no establece diferencias sobre la base de patrones objetivos sino que evidencia la utilización de parámetros de apreciación subjetivos respecto de la raza o procedencia de los clientes, así como de las condiciones que en razón de esto se ofrece a los consumidores.

Finalmente, la alegación de la investigada en el sentido de que el carácter de asociación que respalda la operación de su establecimiento tiene un innegable efecto de grupo económico, es decir, en palabras de la propia investigada de "todos los que se conocen". Al respecto, el mismo fallo judicial que ha sido referido anteriormente establece:

"(...) las normas de orden público están constituidas por los derechos naturales de la persona humana, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socio-económica, que también debe destacarse que el status económico esgrimido como una de las maneras de justificar la discriminación a las discotecas que regentan las empresas demandadas por sí sola se da sin necesidad de que se restrinja el ingreso, ya que los servicios que se prestan dentro de ellos al ser de alto costo, como lógica respuesta del usuario que no tiene dicha capacidad económica no podrá utilizarlos, que por ello resultaría innecesario que se restrinja el ingreso ingreso por tales motivos (...)" (Subrayado añadido)

En tal sentido, limitar el acceso a un lugar público a personas de determinado entorno socioeconómico también constituye un acto de discriminación, ya que como se ha señalado en los párrafos anteriores,

involucra la existencia de una selección de clientela efectuada sobre la base de patrones subjetivos.

En consecuencia, atendiendo a los argumentos que anteceden y asumiendo como propias las consideraciones de la resolución de primera instancia⁴, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia por infracción, a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, toda vez que ha quedado acreditada una conducta discriminatoria de la investigada en función a procedencia geográfica, condición racial y condición económica. *no acreditado*

Asimismo, debe confirmarse la resolución de la Comisión en el extremo que ordenó como medida correctiva que la investigada se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas, toda vez que ha quedado acreditado que ésta resulta apropiada para revertir los efectos de la conducta infractora en que ha incurrido la denunciada⁵.

III.2 Graduación de la sanción

III.2.1 Objeto y finalidad de la sanción administrativa

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan

⁴ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, ARTÍCULO 6.- MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- (...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...)

⁵ TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Artículo 42°.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

(...)

f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo.

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPi

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0136

imprudencia temeraria. En el ejemplo, a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro⁶.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio esperado por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.

En efecto, en caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de ser detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso que esto ocurra, recibirán una sanción significativamente mayor. Lo anterior, con el objeto que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

⁶ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª.Ed. Reimp. 2000. Madrid: Técnos, 2000. p. 145.

III.2.2 Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado. La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁷.

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸. Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

⁷ Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General. **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

1. **Legalidad.-** Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.-** Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. **Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
5. **Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
6. **Concurso de Infracciones.-** Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de Infracciones.-** Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

- **Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad; el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
- **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

III.2.3 Aplicación al caso concreto

El artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión deberá atender la gravedad de la falta, al daño resultante de la infracción, a los beneficios obtenidos por el proveedor, a la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, a los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar⁹.

En el presente caso ha quedado acreditada la existencia de una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En tal sentido, a efectos de graduar la sanción en el presente procedimiento debe tomarse en consideración la gravedad de la falta, la cual involucra la vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, tales como el derecho a no ser discriminado y a la igualdad de trato de las personas, cuya afectación genera graves daños económicos y sociales.

8. **Causalidad.**- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. **Presunción de licitud.**- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. **Non bis in idem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

⁹ LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Artículo 41.- Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley.

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0139

Asimismo, corresponde señalar que cuando se verifica una restricción del acceso al consumo - que al mismo tiempo vulnera la libertad de elección de los consumidores - basada en una práctica discriminatoria que importa que un proveedor está brindando un trato no equitativo en la prestación de sus servicios (en este caso esparcimiento), se genera un daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema, dado que aquellos que reciben un trato diferenciado por sus características físicas aprecian que cuenten con los medios para acceder a los bienes y servicios con los cuales desean satisfacer sus necesidades y expectativas, no tendrán acceso a éstos por consideraciones inadmisibles en una economía social de mercado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que sancionar la existencia de una infracción como la verificada en el presente caso resulta de especial importancia toda vez que permite crear incentivos para que empresas como la denunciada en el presente procedimiento desarrollen una labor acorde con los parámetros de corrección y eficiencia que deben regir el actuar de todos los agentes del mercado.

Finalmente, corresponde indicar que este tipo de conductas son de difícil detección por lo que la autoridad debe evaluar lo riesgoso de que la mismas se sigan produciendo sin poder identificarlas oportunamente y el hecho de que la investigada haya tenido una permanente actitud de entorpecimiento del proceso con argumentos formales deleznable destinados a evitar la acción de la autoridad administrativa.

Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a United Disco con una multa ascendente a 35 UIT.

III.3 La publicación de la resolución en el Diario Oficial "El Peruano"

Dada la gravedad de los hechos materia de controversia en el presente procedimiento, la Sala ha establecido que la publicación de la resolución constituye un instrumento idóneo a efectos de defender el derecho de los consumidores.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807¹⁰, corresponde proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

¹⁰ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI
DECRETO LEGISLATIVO N° 807

Artículo 43.- (...) El Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar en todos sus extremos la Resolución N° 1255-2004-CPC expedida por la Comisión de Protección al Consumidor el 24 de noviembre de 2004.

SEGUNDO: disponer que la Comisión de Protección al Consumidor organice y realice periódicamente operativos con el fin de evitar que la conducta identificada como infracción en la presente Resolución pueda volver a producirse.

TERCERA: proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.



JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Presidente