

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado

Informe sobre Expediente N° 2116-2006/CPC

Autora: Julissa Lisset Nava Manco

Código: 20099108

Revisor: Julio Baltazar Durand Carrión

Lima, 2021

RESUMEN

El caso materia de desarrollo del presente informe es de relevancia; dado que, permite analizar y abordar los criterios que a lo largo de los años el INDECOPI y el Tribunal Constitucional han desarrollado vinculados a la discriminación. Asimismo, el caso permite abordar el estudio y desarrollo de derechos fundamentales tal como el de igualdad, el mandato de no discriminación y el respeto a la dignidad de todo ser humano, para lo cual se recurre a nuestra Constitución Política del Perú de 1993 y disposiciones internacionales.

Además, permite desarrollar si corresponde que la discriminación en el consumo se distinga del trato ilícito, con lo que expongo mi postura debidamente fundamentada empleando los criterios esbozados a lo largo de estos años.

Finalmente, es necesario señalar que el caso materia de informe se rige bajo el Decreto Legislativo N° 716 (derogada y el precedente del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor), que incorpora lo estipulado en la Ley N° 27049, Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, que entró en vigencia en 1998 y fue la norma que por primera vez estableció en nuestro país de manera expresa a nivel legislativo la prohibición de discriminar a los consumidores.

Informe sobre Expediente N° 2116-2006/CPC

INDICE

I.	Introducción	3
II.	Hechos relevantes.....	3
III.	Problemas jurídicos.....	15
IV.	Análisis de los problemas jurídicos y posición fundamentada	15
V.	Conclusiones.....	37
VI.	Bibliografía.....	40
VII.	Anexos.....	41

I. INTRODUCCIÓN

En el caso materia del presente informe se identifican dos áreas del derecho; esto es, el del Régimen Administrativo Sancionador vinculado al Derecho de Protección al Consumidor, que se materializa en la actuación de INDECOPI como entidad que resuelve el caso. Asimismo, en el caso se da la afectación de derechos fundamentales por lo que involucra el Derecho Constitucional.

El estudio del caso considero que es relevante; puesto que, involucra el análisis y desarrollo de criterios abordados por INDECOPI y el Tribunal Constitucional y de conceptos tales como el de discriminación, trato desigual o diferenciado ilícito o selección injustificada de clientela. Asimismo, se aborda el estudio y desarrollo de derechos fundamentales tal como el de igualdad, el mandato de no discriminación y el respeto a la dignidad de todo ser humano.

Es así, que se determinará si corresponde que la discriminación en el consumo se distinga del trato ilícito, para lo cual se señala la postura adoptada en base a los criterios esbozados a lo largo de estos años.

Asimismo, este caso es relevante porque se enmarca dentro del Decreto Legislativo N° 716 (actualmente derogada), norma que incorpora lo estipulado en la Ley N° 27049, Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, que entró en vigencia en 1998 y fue la norma que por primera vez estableció en nuestro país de manera expresa a nivel legislativo la prohibición de discriminar a los consumidores.

II. HECHOS RELEVANTES

2.1 Denuncia

Con fecha 18 de octubre de 2006, el Sr. Augusto Barrón Velis (en adelante, el Sr. Barrón), presentó denuncia contra Mamabars S.A.C. - discoteca conocida como Mama Batata ubicada en el Centro de Entretenimiento Larcomar - (en adelante, Mamabars), ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), por realizar algún tipo de práctica discriminatoria en su contra, al impedirle violentamente el ingreso al local y el acceso a los productos y servicios que se brindan en el mismo supuestamente al público en general, por lo que se habría infringido lo dispuesto en

el artículo 5° inciso d)¹ y el artículo 7B^{o2} del Decreto Legislativo N° 716 y el artículo 2 inciso 2)³ de la Constitución Política del Perú de 1993.

Los argumentos de la denuncia fueron los siguientes:

- El domingo 30 de abril de 2006 a las 2:30 horas aproximadamente, el Sr. Barrón acudió en compañía de su amigo el Sr. Carlos Rodolfo Cordova Lostanau a la discoteca Mama Batata, colocándose en la cola detrás de dos personas esperando el ingreso al referido local. Cuando las dos personas ingresaron, los miembros de seguridad cerraron la puerta y colocaron una verja portátil de metal (quedando el Sr. Barrón y su amigo entre la puerta y la verja) impidiendo su ingreso.
- Luego de la entrada y salida de varias personas (con puerta y verja habilitando el paso) procedieron a ingresar y en ese momento un miembro de seguridad del local jaló violentamente al Sr. Barrón y sin explicación alguna lo sacó del local, agrediéndolo verbal y físicamente (propinó un golpe de puño en el lado izquierdo del rostro) lo que motivó su caída al suelo, situación que propició varios puñetes y patadas en distintas zonas del cuerpo.
- Debido a lo señalado, sus abogados se apersonaron al local y contactaron al administrador del local (Sr. Alberto Pasco Mori), discutieron lo sucedido y se comprometió a investigar los hechos y comunicarse con los abogados del Sr. Barrón (a la fecha de la presentación de la denuncia; esto es, al 18 de octubre de 2006, no se ha comunicado). Asimismo, el Sr. Barrón formuló una denuncia ante la Comisaria de Miraflores, registrada con el número 546 del Libro de Faltas y procedió a ingresar al área de emergencias de la Clínica Ricardo Palma, siendo atendido por el Dr. Héctor García Requena, quién diagnosticó "TEC (Traumatismo Encéfalo Craneano) conmoción cerebral. Policontuso, indicándosele descanso médico en posición vertical, cuyo informe de diagnóstico se adjuntó a la denuncia.

¹ Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.

² 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 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.

³ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

- El Sr. Barrón, además adjuntó la foto (tomada con su celular) en donde se muestra al personal de seguridad que lo agredió.
- Se señaló que Mamabars ha violado lo dispuesto en el artículo 5° inciso d) y el artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 y el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política del Perú de 1993, en tanto los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier otra índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

El Sr. Barrón solicitó que se aplique a Mamabars: 1) la imposición de sanción administrativa ejemplar, 2) que se le obligue a adoptar medidas correctivas supervisables para prevenir futuras agresiones y prácticas discriminatorias de cualquier índole por parte de su personal de seguridad, 3) reembolso de lo gastado por el tratamiento médico como producto de la golpiza recibida y 4) ordenar el pago de costas y costos del proceso ante INDECOPI.

Se admitió a trámite la denuncia por la presunta infracción al artículo 8⁴ del Decreto Legislativo N° 716, y el 15 de noviembre de 2006, se notificó a Mamabars el Proveído N° 1 para que presente sus descargos en el plazo de 10 días hábiles. Asimismo, con fecha 27 de noviembre de 2006, se notificó al Sr. Barrón el Proveído N° 2 para que cumpla con presentar, en un plazo no mayor a 2 días hábiles, la copia de la denuncia policial y su DNI; puesto que, fueron documentos consignados como anexos y no se adjuntaron.

2.2 Contestación de denuncia

El 08 de enero de 2007, en relación a los descargos sobre la denuncia⁵, Mamabars señaló lo siguiente:

- El Sr. Barrón (en compañía de otro sujeto) acudió a Mama Batata a las 2:30 del 30 de abril de 2006 en total estado de ebriedad, intentando ingresar al referido local de manera prepotente, por lo que para garantizar la seguridad de los demás consumidores que se encontraban al interior del local, los miembros de seguridad pusieron la verja de fierro frente a la puerta impidiéndoles el ingreso. Asimismo, comunicaron al Sr. Barrón y a su compañero que en el estado en que se encontraban no era posible su ingreso al local. En ese momento, el Sr. Barrón agredió verbalmente al personal de seguridad y junto a su compañero a aquellas personas que se les permitió el ingreso al local. Minutos después, el Sr. Barrón

⁴ **Artículo 8.-** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

⁵ El 29 de noviembre de 2006, Mamabars solicitó que se le otorgue un nuevo plazo razonable para responder a partir de la notificación de los anexos faltantes por parte del Sr. Barrón. Con el Proveído N° 3 notificado a ambas partes el 28 de diciembre de 2006, se da por no presentados los anexos por parte del Sr. Barrón y se otorga a Mamabars un plazo no mayor a 5 días hábiles para presentar sus descargos.

intentó agredir físicamente al personal de seguridad, quién intentó defenderse evitando los golpes y protegiéndose de los mismos. No obstante, dado que el Sr. Barrón persistía en su conducta, el miembro de seguridad tuvo que sujetarlo para contener las agresiones, y debido al estado de ebriedad y la fuerza del Sr. Barrón, ambos cayeron al suelo.

- Mamabars señaló que en todo momento su personal de seguridad contratado prestó un servicio idóneo; puesto que, un elemento muy importante que se tiene en cuenta en la conducción del local es la seguridad de los asistentes, de allí que se han implementado mecanismos para evitar comportamientos antisociales, tal como impedir el ingreso de personas en estado de ebriedad, con armas u otros elementos que puedan constituir un riesgo para la seguridad del local.
- Asimismo, señaló que su personal de seguridad contratado (empresa VIP) actuó con buen criterio al no permitir el ingreso del Sr. Barrón, cumpliendo con las disposiciones legales en materia de protección al consumidor⁶ y protegiendo los derechos de los mismos. La reacción del personal de seguridad ante la agresión ilegítima del Sr. Barrón, fue en legítima defensa, empleando un medio racional para impedirlo o contenerlo y no existió provocación hacia el Sr. Barrón por parte de los mismos.
- Respecto al informe médico suscrito por el Dr. Héctor García Requena, señaló que no tiene validez en tanto que los hechos sucedieron con fecha 30 de abril de 2006 y el informe está fechado al 11 de mayo de 2006.
- Del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716, entienden que ello establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva, que implica que el proveedor debe sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con la normativa o acreditó la existencia de hechos que lo eximen, lo que es aplicable una vez acreditado el defecto por parte del consumidor. En el caso, el Sr. Barrón no ha acreditado de manera fehaciente como sucedieron los hechos ni la existencia de un defecto en el servicio de seguridad prestado.
- En el local Mama Batata nunca se ha impedido el ingreso de personas por ningún concepto discriminatorio, conforme lo había comprobado la propia

⁶Decreto Legislativo N° 716

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

a) derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representan riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

Artículo 9.- Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio.

Comisión en diligencias de inspección el 10 de junio y el 22 de julio de 2006 y por fotografías tomadas en distintas fechas del 2006 por la empresa Lima2night (adjuntó los informes de inspección y las referidas fotografías). Solo se impide el ingreso siempre y cuando medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

Mamabars solicita que se deje de lado la pretensión de la imposición de la sanción administrativa ejemplar y medidas correctivas supervisables; puesto que, no ha establecido algún tipo de discriminación respecto al solicitante. Asimismo, en relación al reembolso de los gastos por el tratamiento médico, indicó que el Sr. Barrón no ha acreditado que el personal de seguridad del local le propinó una golpiza y debe tenerse en cuenta que esa pretensión responde a naturaleza indemnizatoria, lo que excede la finalidad de las medidas correctivas que puede ordenar la autoridad administrativa. Con respecto a las costas y costos del procedimiento el que debe pagar es el Sr. Barrón, toda vez que está argumentando hechos sin pruebas que lo sustenten.

Ante todo lo expuesto, solicita que tenga por presentados los descargos y en su oportunidad disponga el archivo del procedimiento dado que no existe material probatorio que sustente los hechos del Sr. Barrón y que ha quedado acreditado que Mamabars no realiza ninguna política discriminatoria.

2.3 Contestación de escrito de descargos

El día 13 de febrero de 2007, el Sr. Barrón presentó escrito en donde indica lo siguiente:

- El Sr. Barrón niega que se encontrara en estado de ebriedad, señala a su vez que Mamabars no ha probado la referida imputación, y que no se le informaron los motivos por el cual se les restringió el acceso al local. Además, se adjuntó certificado médico que manifiesta que el Sr. Barrón padece de discopatía crónica (Hernía Discal Lumbar) por lo que está impedido de realizar cualquier acto físico que no sea caminar y que la agresión por parte del personal no fue un acto de defensa personal, dado que no provocó o agredió físicamente al personal de seguridad.
- En relación al informe médico suscrito por el Dr. Héctor García Requena de la Clínica Ricardo Palma, si bien la fecha de emisión del informe es del 11 de mayo de 2006, el mismo hace referencia a la agresión ocurrida el 30 de abril de 2006 tal como lo demuestra el formulario llenado a mano por un miembro del instituto de medicina legal del Ministerio Público, quien deriva al Sr. Barrón a la Clínica Ricardo Palma. Se adjuntó el oficio para examen médico legista remitido por la comisaria de Miraflores (Oficio N°1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL)

El día 20 de marzo de 2007, el Sr. Barrón presentó escrito en donde indica lo siguiente:

- A fin de proporcionar a la Comisión mayores elementos de juicio sobre la agresión física por parte del personal de seguridad de Mamabars, adjuntó copia de la hoja de la atención médica por emergencia realizada en la Clínica Ricardo Palma, en la que se aprecia que la atención se efectuó el 30 de abril de 2006 en horas de la madrugada y en el cual se detalla de forma expresa las lesiones sufridas por la agresión por parte de la seguridad de Mamabars.

El día 02 de abril de 2007, el Sr. Barrón presentó escrito en donde indica lo siguiente:

- El día 03 de mayo de 2006, procedió el Sr. Barrón a una revisión física por parte del médico legista del Ministerio Público, en el que se ratificó las lesiones diagnosticadas en la Clínica Ricardo Palma. Indicó que original del documento del médico legista obra en el 4to Juzgado de Lince y San Isidro, en el expediente 43-2007 (Penal), Secretario Luis Alberto Torrejón, al ser imposible sacar copia certificada solicita a la Comisión que lo requiera de oficio.
- Adjuntó copia certificada de la Denuncia 546 del Libro de Faltas de la Comisaría de Miraflores y solicitó que la Comisión se sirva a tomar las declaraciones indagatorias y realizar pruebas de oficio que considere pertinentes.

Por su parte, con fecha 23 de mayo de 2007, el Sr. Barrón adjuntó la copia certificada de las conclusiones del parte policial emitido por la Comisaria de Miraflores y el 30 de noviembre de 2007, adjuntó el informe emitido por la Asociación Pro Derechos Humanos por el cual se acredita la conducta discriminatoria que ha venido efectuando Mamabars.

2.4 Audiencia de Conciliación

Mediante Proveído N° 4 se fijó audiencia de conciliación para el lunes 22 de enero de 2007, en las oficinas de la Secretaria Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor. Debido a la inasistencia del Sr. Barrón por motivos laborales se fijó una nueva audiencia para el día lunes 12 de febrero de 2007, fecha en que las partes intercambiaron sus puntos de vista y decidieron suspender la audiencia para el día jueves 22 de febrero de 2007.

A solicitud de Mamabars se reprogramó para el día 07 de marzo de 2007, en dicha audiencia las partes no llegaron a un acuerdo que ponga fin al procedimiento.

2.5 Descargos a los escritos presentados el 13 de febrero y 20 de marzo de 2007

El día 02 de abril de 2007, Mamabars presentó escrito en donde indica lo siguiente:

- Adjuntó informe de ocurrencias elaborado y suscrito por la empresa VIPS GROUP SERVICE, en el cual señalan los hechos ocurridos el 30 de abril de

2006. Asimismo, adjuntó la relación de eventos en los que la referida empresa de seguridad ha sido contratado para acreditar la trayectoria.

- Indicó que el formulario llenado a mano por un miembro del instituto de medicina legal mediante el cual se habría derivado al Sr. Barrón a la Clínica Ricardo Palma, no fue presentado como adjunto al expediente, por lo que no debería tomarse en cuenta para ningún efecto del procedimiento.
- Respecto al Oficio N°1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL señaló que al hacer referencia a “lesiones que pudiera presentar” no se está determinando la existencia de lesiones ni la gravedad o levedad de las mismas.

Por su parte, con fecha 25 de mayo de 2007, Mamabars adjuntó informe de ocurrencia emitido el 21 de mayo de 2007 por Larcomar S.A. sobre el día de los hechos.

2.6 Resolución N° 1043-2007/CPC de la Comisión de Protección al Consumidor

Mediante la Resolución N° 1043-2007/CPC del 30 de mayo de 2007, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Mamabars por infracción al artículo 7B⁷ del Decreto Legislativo N° 716; lo sancionó con una multa de 20 UIT; ordenó como medida correctiva que cumpla con reembolsar al Sr. Barrón los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma y 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas; ordenó el pago de costas y costos del procedimiento; y, declaró como improcedente el reembolso de futuros gastos médicos. Los argumentos fueron los siguientes:

- Se deja de lado el análisis de la denuncia por presunta infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716; puesto que hace referencia a la obligación del proveedor de entregar al consumidor sus productos o prestar sus servicios en las condiciones ofrecidas y acordadas. Dicho artículo no sería de aplicación al procedimiento, debido a que el hecho denunciado no configura este supuesto, sino que se encuentra referido a presunta práctica discriminatoria empleada por Mamabars, al impedir el ingreso al local sin causa objetiva alguna, habiendo sido agredido física y verbalmente el Sr. Barrón por los miembros de seguridad.
- Conforme al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, la carga de la prueba sobre un trato desigual corresponde al consumidor afectado y que corresponde al proveedor de bienes o servicios acreditar la existencia de causas objetivas y justificadas. A fin de acreditar los actos discriminatorios que habría cometido

⁷ Precisar que mediante Proveído N° 11 de fecha 04 de abril de 2007, la Comisión advierte que de la denuncia se desprende que se hace referencia a una presunta infracción al artículo 7B del Decreto Legislativo N° 716, lo cual no fue considerado en el proveído admisorio; en consecuencia, se admite a trámite la denuncia además por la presunta infracción del artículo referido.

Mamabars, el Sr. Barrón presentó como medios probatorios i) el Oficio N° 1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL de fecha 30 de abril de 2006, dirigido al Jefe del Instituto de Medicina Legal; ii) conclusiones de parte de fecha 23 de mayo de 2007 emitida por la Comisaría de Miraflores; iii) historia clínica N° 32094 de la Clínica Ricardo Palma, donde se desprende que el Sr. Barrón fue atendido de emergencia el 30 de abril de 2006 a las 4:46 horas, siendo diagnosticado con conmoción cerebral – policontuso, indicándosele reposo e ibuprofeno cada 8 horas (además figura que el paciente fue agredido por golpe en la cara, presenta estado de confusión y golpe a extremidades y tórax); iv) informe médico de fecha 11 de mayo de 2006, emitido por el Instituto Neurológico Ricardo Palma, donde se refiere que en la fecha de emisión fue atendido el Sr. Barrón; sin embargo, la Comisión solo tendrá en cuenta la historia clínica como prueba de atención médica N° 32094 que recibió el Sr. Barrón. Por las pruebas expuestas y los argumentos vertidos por las partes, ha quedado acreditado que el Sr. Barrón fue impedido de ingresar al local Mama Batata y que fue agredido físicamente por su personal de seguridad.

- Mamabars no ha presentado medio probatorio alguno que sustente debidamente sus afirmaciones, de conformidad al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 y al artículo 196 del Código Procesal Civil⁸, por el contrario solo ha limitado su defensa en referir los informes de diligencias⁹ de inspección realizadas por INDECOPI a Mama Batata en las que se concluye que el establecimiento no discrimina y fotografías tomadas por Lima2night en diferentes fechas donde se aprecia personas de distintas razas en el local Mama Batata. No obstante, ello no acredita que al Sr. Barrón no se le haya permitido ingresar al local por causas objetivas. Asimismo, no se ha acreditado que el Sr. Barrón se encontraba en total estado de ebriedad y que haya agredido físicamente a los miembros de seguridad que contrata Mamabars. Por las consideraciones expuestas, a la Comisión le genera convicción que Mamabars incurrió en actos de discriminación – trato diferenciado – en contra del Sr. Barrón, al ejecutar una política de selección de clientela.
- Conforme a lo establecido en el artículo 232.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁰, el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 716¹¹ y el artículo 2¹² de la Ley N° 27917, se declara improcedente el reembolso de los

⁸ Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

⁹ Informe N° 149-2006-EAB/AFI y N° 181-2006-EAB/AFI junto con los memorándums.

¹⁰ Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

1. Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo en su estado anterior (...)

¹¹ 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.

¹² Artículo 2.- Indemnizaciones

Precisase que las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Para ello se parte de la existencia de una relación de consumo en todos los sectores y sin límite de monto. Las medidas correctivas

gastos que le genere su tratamiento médico al Sr. Barrón; puesto que, sería una solicitud de carácter indemnizatorio que es competencia de los jueces y tribunales civiles pronunciarse y se ordena como medida correctiva el reembolso de los gastos de la atención médica del 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.

2.7 Escritos de Apelación

Con fecha 11 de junio de 2007, el Sr. Barrón presentó escrito de apelación, sus argumentos fueron los siguientes:

- La Comisión ha dejado de lado el análisis y no se ha pronunciado sobre la infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716, manifiesta que se le brindó un servicio inidóneo y contrario a lo esperado por un consumidor razonable; puesto que, ningún consumidor concurre a un local para ser golpeado por el personal de seguridad.
- Solicitó que se incremente la multa impuesta a Mamabars por la gravedad de la infracción cometida.

Con fecha 11 de junio de 2007, Mamabars presentó escrito de apelación, sus argumentos fueron los siguientes:

- La Comisión realizó una indebida valoración de los medios probatorios presentados por el Sr. Barrón; puesto que, el Oficio N° 1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL por el que se solicitó al Jefe del Instituto de Medicina Legal, el reconocimiento médico legal del Sr. Barrón, las conclusiones del parte policial y la historia clínica N° 32094 de la Clínica Ricardo Palma, han sido emitidos por terceras personas que no se encontraban en el momento ni en el lugar de los hechos y con posterioridad al momento en que estos se produjeron, por lo que no pueden ser considerados para determinar lo que ocurrió en esa oportunidad. Asimismo, las conclusiones de parte policial no pueden ser vinculantes para resolver los hechos denunciados, pues solo reflejan una investigación preliminar e incompleta.
- La Comisión no ha valorado las pruebas presentadas por Mamabars tal como las fotografías emitidas por la empresa Lima2night correspondientes a la fecha en que se produjeron los hechos, que demostraban que se permitía el ingreso al local de personas de diversos rasgos raciales y edades. No se consideró el informe de ocurrencias de la empresa VIPs ni el de Eulen, en el que manifestaban sobre el estado de ebriedad en el que se encontraba el Sr. Barrón. Asimismo, no se tomó en consideración los argumentos expresados en la

no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria. La Comisión no es competente para ordenar indemnizaciones. Corresponde esta facultad, de manera exclusiva, al Poder Judicial. Las pretensiones de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria que se presenten a la Comisión de Protección al Consumidor, en el marco de una relación de consumo, serán rechazadas.

audiencia de Informe Oral¹³, ni los informes de diligencias de inspección de INDECOPI que acreditan que en el local no se discrimina. Estas circunstancias ponían en evidencia la infracción al derecho al debido procedimiento, viciando de nulidad la Resolución, al negar el derecho a exponer argumentos, ofrecer pruebas y obtener una decisión motivada.

- Señaló que la Resolución está viciada de nulidad porque no se le permitió presentar descargos sobre las conclusiones del parte policial presentado por el Sr. Barrón, que le fue notificado el 29 de mayo de 2007, emitiéndose el Proveído de la Resolución el 31 de mayo de 2007. Asimismo, la Comisión encausó la denuncia como presuntos actos de discriminación con posterioridad a la audiencia de informe oral, lo cual contraviene los artículos 34 y 35 del Decreto Legislativo N° 807 y vicia de nulidad el procedimiento.
- Resulta contradictorio declarar improcedente el pedido del Sr. Barrón para que se ordene a Mamabars el reembolso de los gastos que genere su tratamiento médico por tener naturaleza indemnizatoria, y, a la vez ordenar a la empresa el reembolso de los gastos médicos incurridos el 30 de abril de 2006.
- La multa impuesta resulta excesiva y se solicitó tener en cuenta que no se estaría frente a una relación de consumo ni en una etapa previa a esta, pues el ingreso al establecimiento es gratuito.

2.8 Resolución N° 2478-2007/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia y Proveído N° 17

Mediante la Resolución N° 2478-2007/TDC-INDECOPI del 06 de diciembre de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia declaró la nulidad de la Resolución N° 1043 2007/CPC y dispuso que la Comisión de Protección al Consumidor expida nueva resolución. Ello, toda vez que la Comisión no evaluó los medios probatorios presentados por Mamabars; esto es, el informe de la empresa VIPs a cargo de la seguridad del establecimiento Mama Batata y la carta suscrita por el gerente de seguridad y control de Larcomar en la que se transcribe el informe del personal de seguridad de Eulen Perú, donde se declara haber observado cómo se produjeron los hechos el 30 de abril de 2006. Asimismo, se señaló que la Comisión no otorgó a Mamabars un plazo suficiente para pronunciarse respecto al parte policial incorporado al expediente, vulnerando el derecho al debido procedimiento de Mamabars.

Una vez devuelto el expediente y mediante Proveído N° 17 de fecha 14 de marzo de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión precisó a las partes que los hechos controvertidos en el procedimiento son los siguientes:

- Mamabars habría incurrido en prácticas discriminatorias en perjuicio del Sr. Barrón al impedirle ingresar a su establecimiento y presuntamente agredirlo.

¹³ Informe Oral se llevó a cabo el 04 de abril de 2007, cuyos argumentos fueron los desarrollados en el escrito de contestación de la denuncia y descargos. Asimismo, el Sr. Barrón presentó fotografías con las agresiones que le propinaron.

Dicha situación podría constituir una infracción al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716.

- El maltrato recibido por el Sr. Barrón al ser presuntamente agredido por el personal de Mamabars; lo cual podría constituir una infracción al artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716.

2.9 Resolución N° 1525-2008/CPC de la Comisión de Protección al Consumidor

Mediante la Resolución N° 1525-2008/CPC del 07 de agosto de 2008, la Comisión declaró improcedente la denuncia por infracción al artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716; fundó la denuncia por infracción al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716; ordenó como medida correctiva que se cumpla con reembolsar al Sr. Barrón los gastos de atención médica en los que incurrió el día 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma y 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y debidamente acreditadas; declaró improcedente el pedido del Sr. Barrón para que se le reembolse futuros gastos médicos; sancionó a Mamabars con una multa ascendente a 20 UIT; y, ordenó a Mamabar al pago de costos y costas por el procedimiento. Los argumentos fueron los siguientes:

- La competencia de la autoridad administrativa en materia de protección al consumidor se encuentra relacionada con aquellas pretensiones que tengan por finalidad reducir el nivel de asimetría informativa en que se encuentra el consumidor frente a las decisiones comerciales del proveedor que tienen por finalidad obtener un beneficio económico. En el presente caso, las presuntas agresiones físicas y verbales del Sr. Barrón no involucran una conducta que pueda ser analizada en el marco de las normas de protección al consumidor. Ello, toda vez que las mismas no guardan relación con una competencia expresamente atribuida a la autoridad administrativa. Por el contrario, las mismas evidenciarían un presunto ilícito penal ocurrido en el exterior de las instalaciones del establecimiento de Mamabars, hecho que es competencia del Poder Judicial.
- Ha quedado acreditado que el Sr. Barrón fue impedido de ingresar al local de Mamabars. De las fotografías presentadas por Mamabars se permite inferir que no tiene una política de discriminación basada en rasgos físicos de los consumidores; sin embargo, ello no descarta la ausencia de hechos de discriminación por otra índole en el establecimiento.
- Los informes elaborados por las empresas VIPs, Larcomar y Eulen del Perú, la Comisión considera que los mismos han sido emitidos por personas jurídicas comercialmente vinculadas con Mamabars. En ese sentido, las declaraciones emitidas por dichas personas jurídicas no resultan suficientes para generar convicción respecto a que el Sr. Barrón habría acudido al

establecimiento en estado de ebriedad y mostrando actitudes prepotentes. Por lo que corresponde desestimar los referidos medios probatorios. No se ha acreditado que se negó el ingreso al Sr. Barrón por causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas; existen elementos de juicio que permiten al Colegiado concluir que Mamabars incurrió en actos de discriminación en contra del Sr. Barrón, al ejecutar una política de selección de clientela.

- Con la finalidad de revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente, se ordena que Mamabars cumpla con reembolsar los gastos de atención médica en los que incurrió el día 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.
- Se verifica que Mamabars 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, salas de baile, bares, pub, etc, evitando incurrir en conductas que afectan sus derechos fundamentales.

2.10 Escrito de Apelación

Con fecha 19 de agosto de 2008, el Sr. Barrón presentó escrito de apelación, su argumento fue que la Comisión no ha señalado ni ha acreditado en el expediente cual sería la razón por la que se habría discriminado al Sr. Barrón. Asimismo, recalca nuevamente que sus medios probatorios no han sido valorados ni tomados en cuenta para efectos de resolver el procedimiento.

2.11 Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI de la Sala de Defensa de La Competencia

Con fecha 11 de agosto de 2010, se confirma el pronunciamiento venido en grado toda vez que Mamabars incurrió en exclusión injustificada de clientela en perjuicio del Sr. Barrón prohibida por el artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, modificando sus fundamentos a efectos de precisar que la infracción verificada corresponde a una exclusión injustificada de clientela. Se revoca la Resolución N° 1525-2008/CPC en el extremo que el reembolso de gastos médicos no guarda correspondencia con la infracción sancionada sino con el extremo de lesiones denunciado en el marco del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716 y revoca la sanción fijando la misma a una multa de 2 UIT. Los argumentos fueron los siguientes:

- Frente a las pruebas aportadas por Mamabars acerca de la condición de ebriedad del Sr. Barrón corresponden a informes sin fecha cierta, obtenidos en el curso del procedimiento o presentado con mucha posterioridad luego de sus descargos, emitidos por empresas vinculadas comercialmente a Mamabars, lo que si bien no afecta la validez de estos documentos si requiere mayores sucedáneos que refuercen su solidez probatoria.

- En el procedimiento se ha acreditado el trato diferenciado sin que se pruebe el estado de ebriedad del Sr. Barrón, por lo que se ha configurado el supuesto del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 en su tipo básico.
- En el presente caso la denuncia del Sr. Barrón fue interpuesta por la negativa de ingreso a la discoteca Mamabars y si bien empleó términos como política discriminatoria y trato discriminatorio, no mencionó siquiera cual sería el factor de discriminación en los términos del primer párrafo del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716.
- La Sala considera que habiéndose presentado una selección injustificada de clientela, la arbitrariedad cometida en el caso de Mamabars no puede generalizarse como una afectación a un colectivo o para la vida en sociedad, lo que implica una reducción en la cuantía de la multa impuesta.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos del expediente son determinar si Mamabars infringió el artículo 7B del Decreto Legislativo N° 716 y por ende el inciso d) del artículo 5 del referido Decreto.

Para ello es necesario el análisis abarcará los siguientes aspectos: Normas de aplicación obligatoria al presente caso, configuración de la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, los criterios empleados por INDECOPI, ¿Se configura la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 en el caso concreto?, sobre los derechos fundamentales involucrados, consideraciones relevantes y sobre el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716.

IV. ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA

Normas de aplicación obligatoria al presente caso

Los problemas jurídicos del expediente se rigen bajo la Constitución Política del Perú de 1993 y el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor que actualmente está derogada y que es la norma antecedente de la actual regulación; esto es, el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Conforme al inciso d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, los consumidores tienen “*derecho a la protección de sus intereses económicos, **mediante el trato equitativo y justo** en toda transacción comercial*”. Precisándose al respecto, mediante el artículo 1 de la Ley N° 27049, “*que los consumidores **no podrán ser discriminados** por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público*”.

Respecto a la Ley N° 27049 (1998), debemos señalar que a través de esta normativa fue la primera vez que se estableció en el Perú de manera explícita la prohibición de discriminar a los consumidores, tuvo originalmente los siguientes fines:

- Combatir las prácticas racistas de discotecas limeñas que habían sido respaldadas por el Poder Judicial.
- Fomentar la integración en el Perú, reconociéndolo como un país diverso étnicamente y pluricultural, conforme a la Constitución Política de 1993.
- Garantizar el funcionamiento de la economía de mercado establecida en el Perú por la Constitución Política de 1993, para lo cual era necesario un Estado de Derecho, el cual implica como principio fundamental no solo la libertad sino también la igualdad. (DELGADO CAPCHA, 2020, página 87).

Conforme al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, los proveedores i) **no podrán establecer discriminación alguna** respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen en locales abiertos al público; y, ii) **están prohibidos de 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.

Respecto a la carga de la prueba, la normativa estipula que corresponde al consumidor afectado acreditar la existencia de **un trato desigual** y el proveedor debe acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada del 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. Asimismo, precisa la norma que para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Cabe precisar que la aplicación de los referidos artículos, deben regirse de lo dispuesto en nuestra Constitución Política del Perú de 1993; esto es, su artículo 1° “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y el numeral 2 de su artículo 2 que estipula que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. De esa manera, se plasma el principio rector de nuestra sociedad que es el respeto a la dignidad humana y el de igualdad, se garantiza y reconoce el derecho fundamental de igualdad y de no discriminación.

En ese sentido, todos los consumidores al ser iguales antes la ley, merecen un trato igual y no ser discriminados por cualquier motivo, y en caso de haber un trato diferente, este debe obedecer a causas objetivas y razonables (CARBONELL O'BRIEN, 2015, página 196).

Configuración de la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716

Para que se configure la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, el denunciante que alega que ha sido discriminado debe probar que recibió un trato desigual o diferenciado por parte del proveedor que brinda el servicio sin la existencia de una causa objetiva o razonable y justificada. Conforme a la normativa,

la discriminación está prohibida al ser este un hecho ilícito y solo se admitirán tratos diferenciados, los cuales calificarán como lícitos, en la medida que respondan a causas objetivas y justificables. Ello es importante diferenciar; puesto que, los tratos diferenciados lícitos no vulneran el derecho a la igualdad, que se materializa a través de la discriminación.

Con la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 se vulnera a su vez el derecho del consumidor plasmado en el artículo d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, en tanto que no se está efectuando un trato equitativo y justo, afectando el mandato de no discriminación y el derecho fundamental a la igualdad.

Criterios empleados por INDECOPI

A lo largo de los años, el INDECOPI ha ido variando de criterio en cuanto a la configuración del tipo infractor del articulado referente a la discriminación en el consumo.

Estando vigente el artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, hasta el año 2006 el trato desigual o diferenciado podía ser lícito en la medida que se basaba en una causa objetiva y razonable; e ilícito, cuando la distinción no era justificada. *“En este último caso, la conducta ilícita era considerada como discriminatoria, independientemente de las causas reales que la explicaran”* (MINISTERIO DE CULTURA, 2016, página 20). Es así que, conforme a este criterio existía un solo tipo infractor, esto es, que se configuraba como discriminación cualquier trato diferenciado que no se basaba en alguna causa objetiva +o razonable, considerándose como ilícito.

Y es a partir del año 2008, y especialmente desde el año 2010, que el Tribunal del INDECOPI modifica su criterio, con lo que restringe el concepto de discriminación a determinados tratos diferenciados que estuviesen basados en la pertenencia del sujeto a un grupo, *“tratos que no afectan únicamente al consumidor, sino que se basan en un menosprecio de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos”* (MINISTERIO DE CULTURA, 2016, página 20). Asimismo, señalan que existe otro tipo de trato diferenciado que no constituye discriminación, que sería la modalidad de selección de clientela, exclusión de personas o similares sin que medie causas objetivas como la seguridad del establecimiento o tranquilidad de los clientes, denominándole trato diferenciado ilícito o selección injustificada de clientela.

Al respecto, en la Resolución N° 1587-2009/SC2-INDECOPI de fecha 14 de septiembre de 2009, se puede apreciar el criterio descrito:

“A diferencia de lo establecido en anteriores pronunciamientos, esta Sala considera que el artículo 7B recoge en su segundo párrafo, además, otro tipo infractor como es el trato diferenciado injustificado o ilícito, que se configura bajo las modalidades de selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones justificadas. En efecto, pueden existir prácticas de trato diferenciado

que afectan el derecho a la igualdad sin ser actos de discriminación, que no atentan contra la dignidad del sujeto pasivo, como sucede con la discriminación sancionada constitucional y administrativamente”.

Con ese criterio, INDECOPI da a entender que no todo trato diferenciado vulneraba el derecho a la dignidad. *“En la medida que el acto concreto no responda a criterios objetivos y justificados, este incurriría en trato diferenciado ilícito, vulnerando el derecho a la igualdad, mas no al derecho de la dignidad. En los casos de discriminación, el trato diferenciado encuentra su origen en algún motivo prohibido por la Constitución y la ley, afectando no solo el derecho a la igualdad, sino también a la dignidad, pues los motivos prohibidos señalados harán referencia explícita a la pertenencia de un determinado grupo humano del sujeto pasivo de la discriminación”* (MINISTERIO DE CULTURA, 2016, página 21).

A partir del 2010 entra en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor, derogando el Decreto Legislativo N° 716. En cuanto al artículo referente a la discriminación mantiene la misma esencia y disposiciones, con algunas precisiones, conforme se detalla a continuación:

“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.

Artículo 39.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios”.

Desde el año 2010 hasta el mes de junio del 2019, interpretaba el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor como lo venía haciendo con el Decreto Legislativo N° 716; esto es, que se configuraba dos tipos infractores. El primero era la discriminación en el consumo por pertenecer a un grupo vulnerable o

históricamente discriminado, afectando la dignidad y el segundo el trato diferenciado ilícito conocido como la selección de clientela, exclusión de personas sin razones objetivas o justificadas (DELGADO CAPCHA, 2020, páginas 27 -28).

Al respecto, es importante señalar que ni en el Código de Protección y Defensa del Consumidor ni el Decreto Legislativo N° 716 se estipula de manera expresa una categoría genérica de selección injustificada de clientela y otra agravada de discriminación; no obstante, en las resoluciones de INDECOPI se remarca ello tal y como hemos podido apreciar.

Desde julio de 2019 hasta la actualidad, acontecido una variación de criterio, se ha establecido que la prohibición legal de discriminación *“debe ser entendida como un único tipo infractor que engloba cualquier conducta que afecte el derecho a la igualdad a través de un trato discriminatorio. En otras palabras, para la actual Sala dicha norma prohíbe una sola conducta, la discriminación en el consumo, la misma que bajo estas nueva y extensiva noción engloba las dos conductas separadas que la anterior Sala consideraba”* (DELGADO CAPCHA, 2020, página 28).

Al respecto, este criterio se puede apreciar en la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019:

“26. (...) en atención a que el artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38 debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores. (...)

28. Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritudo al momento de graduar la sanción”.

Conforme al criterio actual solo existe un solo tipo infractor; esto es, que cualquier tipo de trato diferenciado que no sea basado en causas objetivas y razonables (ilícito), se considera discriminación, al afectar el derecho a la igualdad del consumidor.

¿Se configura la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 en el caso concreto?

En el caso materia del presente informe, en la Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia N°2, efectúa una disgregación del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 al establecer dos tipos infractores: i) el de discriminación y ii) el trato diferenciado ilícito o selección injustificada de

clientela. Para la Sala el primer tipo infractor es la limitación de acceso al servicio por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos (siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal valoración), con lo que se afecta la dignidad del ser humano socavando las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad; y, el segundo, es una arbitrariedad restringida al consumidor para acceder a los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado expresada mediante la selección o exclusión injustificada.

La Sala señaló que en el caso el Sr. Barrón se configuró el segundo tipo infractor; esto es, la exclusión injustificada de clientela sin llegar al supuesto de discriminación en sentido estricto, figura que importa la forma agravada de dicha infracción. En ese sentido, la Sala modificó los fundamentos; puesto que, la Comisión en la Resolución N° 1525-2008/CPC fundó la denuncia por actos de discriminación prohibidos de conformidad al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716.

Al respecto, debemos señalar que este tipo de criterio de disgregación en dos tipos infractores que se adoptó en el caso, tal y como hemos señalado se ha venido aplicando hasta junio de 2019, inclusive con la normativa vigente; esto es, el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Conforme se puede apreciar a continuación, las decisiones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, eran de la siguiente forma¹⁴:

“Para la Sala, la referida norma prohibía, en primer lugar, la discriminación en el consumo, la cual se verificaba cuando no se aplicaban las mismas condiciones comerciales a consumidores debido a su pertenencia a un grupo vulnerable a la discriminación o históricamente discriminado, lo cual se sustentaba en prejuicios que afectaban la dignidad de las personas. En otras palabras, todo trato diferenciado que obedeciera a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares.

Asimismo, la Sala consideraba que, en segundo lugar, el Código de Protección y Defensa del Consumidor prohibía el trato diferenciado ilícito, esto es, la selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares cuando no mediaban razones objetivas y justificadas. Dicho de otro modo, un trato diferenciado sin ninguna motivación aparente que constituía una arbitrariedad” (DELGADO CAPCHA, 2020, páginas 27 -28).

No obstante, debemos señalar que este criterio ha sido cuestionado al considerarse que la discriminación y el trato diferenciado ilícito es un mismo concepto (INDECOPI, 2015, página 28). Al respecto, el Dr. Julio Durand Carrión ha precisado

¹⁴ Algunas de las resoluciones que han seguido ese criterio son N° 2135-2012/SC2-INDECOPI, N° 2808-2010/SC2-INDECOPI y 2135-2012/SC2-INDECOPI.

en su condición de vocal en algunas resoluciones¹⁵ de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante voto singular lo estipulado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC del Tribunal Constitucional:

“8. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio 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 está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”¹⁶.

En ese sentido, en la Resolución N° 1666-2014/SPC-Indecopi Dr. Julio Durand Carrión manifestó que:

“14. Bajo tal premisa, considero que todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación en contra de los consumidores, en tanto estos no pueden concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que exista una causa objetiva y justificada que sustente dicha diferenciación. Por lo cual no se podría alegar que el trato diferenciado ilícito constituya un tipo infractor distinto al de la discriminación”¹⁷.

Considero que en el caso materia del presente informe sí se configuró la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 y que la Sala debió resolver conforme al último criterio señalado; esto es, que no se debió considerar dos tipos de conducta infractoras en el artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 sino que el referido artículo debió ser entendido e interpretado como un solo tipo infractor que comprende todo tipo de conducta que vulnere el derecho y principio de igualdad a través del trato discriminatorio. Lo cual es conforme a uno de los argumentos plasmados en el caso, por parte de la Comisión en la Resolución N° 1525-2008/CPC, que estipuló que *“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”¹⁸.*

Cabe precisar que mi posición es conforme al criterio actual (desde julio 2019) que emite INDECOPI (actualmente el Código de Protección y Defensa del Consumidor es el vigente, en el cual se realizaron precisiones al Decreto Legislativo N°716 que mantiene la misma esencia en cuanto a los artículo involucrados en el caso); esto es, que para “la actual Sala dicha norma prohíbe una sola conducta, la

¹⁵ Resoluciones N° 714–2013/SPC-Indecopi, N° 2648-2013/ SPC-Indecopi, N° 3497-2013/SPC-Indecopi, N° 3539-2013/SPC-Indecopi, N° 351-2014/SPC-Indecopi, N° 1666-2014/SPC-Indecopi y 1750-2014/SPC-Indecopi.

¹⁶ Véase más al respecto: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02974-2010-AA.html>

¹⁷ Véase más al respecto: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/resoluci%C3%B3n-1666-2014-SPC-INDECOPI-LP.pdf>

¹⁸ Página 6 de la Resolución N° 1525-2008/CPC.

discriminación en el consumo, la misma que bajo estas nueva y extensiva noción engloba las dos conductas separadas que la anterior Sala consideraba” (DELGADO CAPCHA, 2020, página 28).

Asimismo, bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 716, a efectos de determinar un criterio de discriminación en el consumo, INDECOPI reconoció la existencia de la figura de la discriminación y la diferenciación siguiendo el criterio plasmado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC¹⁹. Siguiendo ese criterio en la Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI, la Sala estableció las condiciones para que se dé un trato ilícito y que existe discriminación cuando no se aplican las mismas condiciones a consumidores que se encuentran en situación de igualdad, es decir cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado (PRADO HUAYANAY, 2018, páginas 18 y 19). Como se aprecia, este criterio manejado acertadamente por INDECOPI con anterioridad resulta ser de alguna manera en la línea del criterio que se maneja desde julio 2019.

Otro de los argumentos que la Sala plasma en la Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI es que el Sr. Barrón en su denuncia si bien empleó términos como política discriminatoria y trato discriminatorio, no mencionó cual sería el factor de discriminación en los términos de primer párrafo de artículo 7B°. Asimismo, que en un primer momento Mamabars ofreció medios probatorios para acreditar que no había selección por criterios raciales o condición socioeconómica y que finalmente el procedimiento se concentró en valorar el presunto estado de ebriedad del Sr. Barrón.

Al respecto, debemos señalar que la Sala para determinar que existe discriminación sigue el criterio que el consumidor afectado debe ser por motivo a su pertenencia a un colectivo vulnerable al trato discriminatorio o históricamente discriminado (raciales, discapacidad, orientación sexual, similares) e indica que el Sr. Barrón debió precisar factor de discriminación, cuando claramente el artículo 7B° no estipula ello, es más señala que no se podrá establecer discriminación alguna. En ese sentido, adicionalmente al trato desigual y, pese a que Mamabars no demuestra una causa objetiva y razonable que lo justifique, se está imponiendo al Sr. Barrón que pruebe que dicha conducta se debió a motivos discriminatorios.

Respecto a las pruebas, es importante señalar que Mamabars presentó tal como los informes emitidos por empresas vinculadas a su establecimiento (Larcomar, Vips, Eulen) no se consideran suficientes para demostrar que el trato diferenciado era lícito (justificado y debido a causas objetivas); puesto que, conforme a resoluciones emitidas por INDECOPI *“no es prueba suficiente la sola declaración jurada del personal del denunciado, ni tampoco los informes que dicho personal pueda presentar. Un medio de prueba idóneo es, más bien, una constatación policial, así como audios o videos, sobre todo cuando se alegan supuestos antecedentes de los denunciantes”* (DELGADO CAPCHA, 2020, página 32). Lo señalado fue acertadamente considerado tanto por la Comisión como por la Sala, al momento de valorar las pruebas presentadas tanto por Mamabars como por parte del Sr. Barrón;

¹⁹ Véase más al respecto: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

puesto que, se señaló que en el procedimiento se ha acreditado el trato diferenciado sin que se pruebe el estado de ebriedad del denunciante.

Sin embargo, el otro aspecto que la Sala exige en el caso en concreto es un plus probatorio; esto es, “pruebas o indicios adicionales que le generaran convicción de que el trato diferenciado, no sustentado en causas objetivas y justificadas, se debe a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otras características equivalentes del denunciante, y, por tanto, debía ser sancionada con severidad (DELGADO CAPCHA, 2020, página 33). Con este aspecto, manifiesto mi disconformidad; puesto que, para la Sala este fue un elemento clave para determinar que la infracción fue de exclusión injustificada de clientela.

Considero que el plus probatorio no debió ser exigido por la Sala a efectos de determinar si en el caso se configuró discriminación; puesto que, solo se le es exigible que pruebe que el trato desigual que recibió por parte del proveedor. Lo cual también es conforme a mi postura planteada respecto al criterio con el que debió resolver la Sala.

Por otro lado, tomando en cuenta el criterio que reconoce que todo trato diferenciado injustificado constituye discriminación (conforme a mi postura), la Sala en el caso concreto a efectos de imponer multa como sanción debió considerar si la discriminación es agravada o no agravada. Bajo el *“criterio vigente actualmente puede hablarse de discriminación en el consumo agravada, referida a aquella que responde a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otros supuestos similares, y de discriminación en el consumo no agravada, referida a aquella que no responde a dichos móviles”* (DELGADO CAPCHA, 2020, página 43).

Respecto a las multas que se han manejado en los últimos 5 años, en la mayoría de casos de discriminación agravada se ha sancionado con multas o amonestaciones de hasta 5UIT; y, en cuanto a casos de discriminación agravada con multas ascendentes a 50 UIT (DELGADO CAPCHA, 2020, página 43).

Asimismo, en pronunciamientos sobre discriminación agravada donde la Sala ha confirmado multas menores a 50 UIT impuestas por las Comisiones con competencia en materia de protección al consumidor que actuaban como primeras instancias, aquel órgano resolutorio, actuando como segunda instancia, ha precisado que la multa debió haber sido mayor pero ello no era posible pues en dichos casos los proveedores sancionados habían apelado la sanción de las primeras instancias, por lo que incrementar sus multas violaría la prohibición legal de reforma en peor establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 256.3) (DELGADO CAPCHA, 2020, página 43 - 44).

A continuación, algunas Resoluciones en relación a las multas:

“Respecto de la multa, es importante precisar que si bien en todos los casos la Sala confirmó las multas de 10 UIT (El Aguaje), 5 UIT (Amazon Club) y 25 UIT (Discoteca Chira), precisó que estas deberían ser mayores, ascendentes a 50 UIT en la línea del caso Discoteca Gótica (2012) pero, teniendo en

cuenta que las denunciadas fueron las apelantes, no era posible incrementarlas por la prohibición legal de reforma en peor establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 256.3)” (DELGADO CAPCHA, 2020, página 72).

“Mediante Resolución 323-2017/INDECOPI-PIU, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1.1 literal d) y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sancionando a Discoteca Mood con una multa de 50 UIT y ordenándole como medida correctiva el cese de las prácticas discriminatorias” (DELGADO CAPCHA, 2020, página 65).

“Mediante Resolución 027-2018/INDECOPI-PIU, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1.1 literal d) y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sancionando al denunciado con una multa de 25 UIT por la infracción verificada y ordenándole como medida correctiva el cese de las conductas. Frente a la apelación de Hospedaje Estrella Sol y Luna contra dicha resolución, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, mediante Resolución 2129-2018/SPC-INDECOPI del 20 de agosto del 2018, confirmó el pronunciamiento de la Comisión” (DELGADO CAPCHA, 2020, página 66).

Sobre los derechos fundamentales involucrados

Como hemos podido apreciar ante todo lo expuesto, a efectos de que INDECOPI emita resolución referente a los actos de discriminación que vulneran los derechos de los consumidores, se toma en consideración lo estipulado en nuestra Constitución Política del Perú de 1993.

Conforme al artículo 65° de la Constitución Política del Perú de 1993: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.*

Para el Tribunal Constitucional, el citado artículo prescribe la defensa de los intereses de consumidores y usuarios desde dos derroteros, uno como principio rector para la actuación del Estado y otro como derecho subjetivo. *“El primero es un postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto de cualquier actividad económica. El segundo, reconoce la facultad de acción efectiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, este derecho se manifiesta en una pretensión frente a los poderes públicos y órganos estatales y frente a los particulares” (VINATEA MEDINA, 2013, página 47).*

Mediante el artículo 65 de la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la información y velar por la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. No obstante, *“el Tribunal Constitucional*

ha establecido que éstos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa consagrada en la Constitución, pues se debe entender que se trata de un numerus apertus de derechos fundamentales, es decir, no limitativa. Para ello se recurre al artículo 3° de la Constitución que prevé la individualización de nuevos derechos fundamentales, en aplicación de la teoría de los derechos innominados” (VINATEA MEDINA, 2013, página 48).

En ese sentido, son materia de protección los derechos fundamentales de los consumidores tal como el derecho a un trato justo y equitativo en las transacciones comerciales, no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En la misma línea de lo señalado, el Dr. Julio Durand señala que “los derechos del consumidor tienen en esencia una raigambre constitucional, en la medida en que están referidos en el fondo a la persona humana, sobre todo, si el propio Tribunal Constitucional ha establecido previamente que se trata de un derecho con un derrotero jurídico binario, que establece, por un lado, un derecho al ciudadano y, por otro lado, impone un mandato de protección especial al Estado frente al ciudadano” (DURAND, 2019, página 123).

Es así que, en el consumo al ser una dimensión principal y esencial de la persona, se involucran los derechos fundamentales y la dignidad humana, es por ello que son protegidos y tutelados por el Estado.

Asimismo, es importante señalar que los derechos del consumidor se adquieren por el hecho de ser persona, sin que sea necesaria la configuración de otra circunstancia. Otro aspecto a señalar es que *“como los derechos humanos, los derechos del consumo son tendencialmente universales, verificándose este carácter en la propensión a incluirlos en los tratados de integración, en el esfuerzo de organismos internacionales en impulsarlos mediante criterios generales que impulsen su desarrollo en los Estados (Directrices de las Naciones Unidas) y el camino hacia la unificación de las directivas nacionales” (TAMBUSSI, 2014, página 97).*

Efectivamente, el acceso al consumo, como derecho, está consignado dentro de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (en su versión ampliada de 1999), y desde su faceta como derecho humano, el derecho de acceso al consumo involucra los siguientes aspectos:

“El trato equitativo y digno es consagrado por la normativa constitucional, sin distinciones y sin discriminación alguna. Dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a la vida, salud, e integridad física de las personas.

Acceso al consumo para todos se vincula indisolublemente con el principio de no discriminación, siendo este aspecto característico de la condición de derecho humano del derecho del consumidor, e importa existencia de infraestructura, medios e información para colocar al consumo al alcance y a la comprensión de todos los sectores de la población, e introduce la problemática de los sectores

con necesidades especiales o características diferentes (ancianos, niños, discapacitados, personas de bajo nivel cultural, etcétera) en derechos fundamentales como el que nos ocupa” (TAMBUSSI, 2014, página 99).

La discriminación que se da en el consumo reviste una gravedad especial; puesto que, se vulnera el derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación. Es por ese motivo, que se sancionan los actos o las prácticas que vulneran los derechos citados en cuestión.

En la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional de las Naciones Unidas (Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de septiembre de 2012) se confirma que los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho, los Estados Miembros señalaron lo siguiente:

“2. (...) También reconocemos que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación.

3. (...) el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, (...) y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta”.

Los Estados Miembros se han comprometido a utilizar las leyes para defender la igualdad de sus derechos y conseguir su participación plena. Asimismo, renovaron el compromiso de establecer marcos jurídicos y legislativos adecuados para la prevención y combatir todas las formas de discriminación.

Cabe precisar que, la igualdad o no discriminación es con mayor frecuencia una de las normas declaradas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *“Aunque la igualdad o no discriminación es un tema dominante y recurrente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la norma no está contemplada en la totalidad de las diversas fuentes del derecho internacional de manera única y unificada. No obstante, el tema del derecho internacional y la norma de igualdad o no discriminación se pueden abordar en términos de los problemas que plantea su definición, para los cuales el material jurídico internacional ofrece soluciones útiles” (BAYEFKY, 1990, página 3).*

Al respecto, la igualdad y el mandato de no discriminación, ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales conforme se detalla a continuación:

En el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“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”.

En el numeral 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

“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”.

En el numeral 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

“Toda persona tiene 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”.

Como se puede apreciar, el mandato de no discriminación constituye forma parte del derecho a la igualdad y reviste su importancia y protección a nivel internacional.

Asimismo, debemos señalar que la discriminación vulnera la dignidad humana. En el caso materia del presente informe, la Comisión en la Resolución N° 1525-2008/CPC, señaló 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 segmentaria”²⁰.

De igual manera respecto a la dignidad, en el caso materia del presente informe, la Sala en la Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI, señaló que:

“Aunque coloquialmente los consumidores puedan calificar como discriminación a cualquier selección o exclusión de clientela, la

²⁰ Página 13 de la Resolución N° 1525-2008/CPC.

*discriminación reviste una gravedad mayor dentro de este tipo de limitaciones pues aquí la restricción no solo afecta el derecho a acceder a los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado, sino que adicionalmente afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad*²¹

Centrándonos en la discriminación en el consumo podemos señalar que “implica un perjuicio irreparable pues por más multas o medidas correctivas que se impongan ello no cambiará el hecho de que los derechos humanos de las personas afectadas fueron vulnerados. Por ello, con mayor razón, la atención del debate debe centrarse en la prevención más que en la sanción” (DELGADO CAPCHA, 2020, página 19).

En nuestra Constitución Política del Perú de 1993, se toma como base lo estipulado en el capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución Política del Perú de 1993; esto es, el numeral 2 de su artículo 2 que estipula que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Asimismo, se toma en consideración su artículo 1, en el que se dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En relación al artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, es afirmado y aceptado que toda persona posee dignidad, la cual es inherente a la condición existencial del ser humano. En ese sentido la dignidad “es considerada como un valor connatural a la persona, que la hace valiosa, que la distingue como un fin en sí misma, inviolable, acreedora del máximo respeto y de absoluta protección jurídica” (FERNANDEZ, 2008, página 187).

Con respecto al derecho a la igualdad y al no mandato de discriminación estipulado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, parte de lo señalado en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; esto es, “que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En ese sentido, todos los seres humanos deben ser tratados de manera igualitaria, admitiendo únicamente el trato diferenciado lícito; es decir, el que esté fundamentado bajo causas objetivas y justificadas. Asimismo, si es que el trato no responde una causa objetiva y justificable, esa diferenciación constituye una vulneración al derecho de igual configurándose la discriminación.

Cuando se hace referencia al derecho de igualdad, lo que se busca proteger es la igualdad material, existen también la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley. Al respecto, se debe señalar que:

“la realidad empezó a evidenciar que el ejercicio del derecho a la igualdad no se reducía a estos dos aspectos (igualdad ante la ley y en la aplicación

²¹ Página 6 de la Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI.

de la ley) pues en la práctica no todas las personas inician en mismo punto de partida, es decir, no todas las personas cuentan con las mismas condiciones para su desarrollo y para el ejercicio pleno de sus derechos. Por ello, el concepto de igualdad se amplió, incluyendo en él la búsqueda de una igualdad que otorgue, en la realidad, iguales condiciones o medios de desarrollo a todas las personas. Surge así el concepto de igualdad material. Según el Tribunal Constitucional el principio de igualdad material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos” (PRADO HUAYANAY, 2018, páginas 8 y 9).

En la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, constituirá supuesto de discriminación si se efectúa una distinción arbitraria y no objetiva en la dación y aplicación de normas. Esto generalmente, no ocurre en la búsqueda de la igualdad material; puesto que, en estos casos será necesaria la aplicación de tratamientos diferenciados para conseguirla. En la medida que estos se encuentren justificados de manera objetiva, no constituirán supuestos de discriminación (PRADO HUAYANAY, 2018, página 9).

Es así que se vulnerará el derecho a la igualdad, cuando se efectúen tratos diferenciados no fundados en causas objetivas ni estén justificados, con lo que se configuran supuestos de discriminación. Asimismo, *“el mandato de no discriminación no solo se configura como parte de este derecho (y por lo tanto plenamente exigible) sino también como un mecanismo de protección al mismo”* (PRADO HUAYANAY, 2018, página 9).

El derecho a la igualdad es vulnerado a través de la discriminación, y conforme a la Sentencia recaída en el expediente N° 00048-2004-PI/TC, para el Tribunal Constitucional se producirá el supuesto de discriminación cuando se ejecuta un trato desigual o diferenciado que no sea ni razonable ni proporcional, conforme se precisa a continuación:

“62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, 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, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”.

Como anteriormente se ha señalado, este criterio del Tribunal Constitucional ha sido empleado por INDECOPI a efectos de resolver sus casos vinculados a discriminación en el consumo.

En el caso materia del presente informe, efectivamente se vulneró la dignidad del Sr. Barrón como ser humano, su derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación; puesto que, recibió un trato desigual que no fue razonable ni objetivo (no fundado en causas objetivas y razonables). En ese sentido, desde la perspectiva

constitucional, lo que se evalúa para saber cuándo se configura discriminación es determinar qué trato diferenciado es objetivo y razonable.

“Al respecto, el Tribunal señaló que serán objetivos y razonables aquellos tratos diferenciados que cumplan con tener:

(i) un fin constitucionalmente legítimo,

(ii) sean idóneas para conseguir dicho fin, y

(iii) proporcionales con los fines que se buscan lograr” (PRADO HUAYANAY, 2018, página 23).

Se precisan y agregan aspectos para la evaluación en el análisis, mediante la sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC²²:

“22. La forma de operar de este par conceptual - razonabilidad y proporcionalidad implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

(...)

24. De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquella donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.

25. La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

31. En atención a la anterior, este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que “(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad. En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N.O 0048-2004-PI/TC (Fundamento N.O 65), este Colegiado considera que el principio que ha de

²² <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad.

32. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad.

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación. b) Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad. c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin). d) Examen de idoneidad. e) Examen de necesidad. f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

34. La intervención en la igualdad. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.

35. "Intensidad" de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente presentarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave.*
- Intensidad media.*
- Intensidad leve.*

a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y,

además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo”.

Como se aprecia, el Tribunal señaló que la discriminación puede darse por motivos proscritos por la propia Constitución o por otros jurídicamente relevantes. Asimismo, se desarrolla el aspecto de la razonabilidad y evaluación proporcionalidad, estableciendo la aplicación del principio de proporcionalidad aplicado al derecho a la igualdad.

Ante lo expuesto, podemos señalar que conforme a criterio del Tribunal Constitucional se manifestará una diferenciación de acorde a lo permitido en el ordenamiento jurídico cuando la referida diferenciación contenga una causa objetiva y razonable. Para la evaluación de estos aspectos, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad y si la medida cumple de manera satisfactoria con cada uno de ellos, entonces, será constitucional y no vulnerará el principio y derecho de la igualdad y el mandato de no discriminación (PRADO HUAYANAY, 2018, página 28).

Consideraciones relevantes

Hemos podido apreciar que el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en cuanto a la discriminación no ha sido redactado como una cláusula cerrada; puesto que, además de proscribir supuestos expresamente establecidos, se coloca y de cualquier otra índole.

Asimismo, a diferencia del Tribunal Constitucional, hemos podido identificar que INDECOPI no ha determinado que se debe entender por objetivo y asimismo que a lo largo de los años se han tenido diferentes criterios en la resolución de casos vinculados a la discriminación. No obstante, tal y como hemos señalado anteriormente, a partir de julio de 2019, afortunadamente se está resolviendo bajo el criterio que reconoce que todo trato diferenciado injustificado constituye discriminación. Por ejemplo, se puede apreciar lo señalado en la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI:

“26. (...) en atención a que el artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38 debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores. (...)

28 Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser merituado al momento de graduar la sanción”.

En la misma línea, en la Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI se señala lo siguiente:

“26. Por ello, para los casos de procedimientos iniciados por una denuncia de parte, corresponderá al consumidor afectado demostrar la existencia del trato desigual sin que sea necesario que pertenezca a un grupo determinado. Luego de ello, será el proveedor quien deberá acreditar la existencia de una causa objetiva que justifique razonablemente la práctica cuestionada; y, si se supera este nivel probatorio, el denunciante deberá comprobar ante la autoridad que la causa alegada es un pretexto o una simulación para realizar la práctica discriminatoria.

27. De igual modo, en los procedimientos iniciados de oficio corresponderá a la autoridad comprobar la existencia del trato desigual para que, posteriormente, el administrado presuntamente infractor acredite la existencia de una causa objetiva que justifique la práctica analizada. Finalmente, confirmada esta causa, la autoridad nuevamente deberá demostrar que la causa alegada es un pretexto o una simulación para incurrir en la práctica discriminatoria.

28. De acuerdo con lo expuesto, en consonancia con el cambio de criterio definido por este Colegiado, el artículo 39° no realiza ninguna diferenciación en los niveles de gravedad de una práctica discriminatoria; y, por ende, los órganos resolutivos de protección al consumidor, al momento de analizar un trato desigual por parte de los proveedores, deberán ceñirse a las reglas probatorias reseñadas para verificar la comisión de la conducta infractora. Una vez comprobada ella, podrán determinar el nivel de gravedad de la misma, para graduar y, de ser el caso, aplicar una sanción más drástica en función de la práctica discriminatoria acreditada”.

Considero que INDECOPI debería aplicar los criterios en cuanto a la intensidad de la discriminación a efectos de determinar la sanción al proveedor; puesto que, “algunos supuestos de discriminación afectan con menor intensidad el ejercicio de derechos y son histórica y socialmente menos dañinos, no se encuentran exentos de constituir motivos no objetivos ni razonables y, por lo tanto, discriminatorios” (PRADO HUAYANAY, 2018, página 31). En la misma línea, en la Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI se señala lo siguiente:

“24. Así, el Colegiado resaltó que el razonamiento planteado en dicho pronunciamiento no implicaba desconocer que existían actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que era posible que se configurara un trato desigual que implicara un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, sexo, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual debía ser meritudo al momento de graduar la sanción que correspondía imponer contra el proveedor infractor”.

Sobre el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716

Conforme, al artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716 *“los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde”*.

Respecto al referido artículo, el Sr. Barrón manifestó que fue agredido verbal y físicamente por personal de Mamabars, señalando que dicha situación configuraría al deber de brindar un servicio idóneo al haber sido víctima de maltrato por parte del proveedor.

Al respecto, debemos señalar que la idoneidad debe ser entendida como la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe. De alguna manera está vinculado a la información; esto es, que se toma en cuenta la cantidad y calidad de la información que ha recibido. Asimismo, la idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado (MARAVÍ CONTRERAS, 2015, 37).

Al respecto, en la CAS. N° 12680-2014 LIMA,²³ se señaló lo siguiente:

“CUARTO: Por otro lado, en virtud a lo preceptuado en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716, que regula las normas sobre Protección al Consumidor, de aplicación temporal al caso de autos, los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos, en lo que corresponda. La idoneidad de un servicio, para el caso que nos ocupa, debe entenderse como la correspondencia entre lo ofrecido por un proveedor y lo que realmente recibe el consumidor en el marco de una relación de consumo; la falta de idoneidad implica la inexistencia de dicha correspondencia, así, el proveedor del servicio defrauda las expectativas de un consumidor, respecto del servicio que se le ha ofrecido. Además, la idoneidad debe ser evaluada en función de la naturaleza del servicio ofertado en el mercado; sin apartarse, sobre todo, de las condiciones y los términos de la transacción suscrita por las partes de la relación de consumo; y de las obligaciones legales que reconoce nuestro sistema jurídico.

(...)

***DÉCIMO SEXTO:** Estando a lo expuesto debe tenerse en consideración, que, es obligación de los proveedores entregar el servicio en el nivel de calidad ofrecido y contratado por el consumidor; es deber del proveedor cumplir con las expectativas que guarden relación con lo pactado y con lo que, en circunstancias razonables, se esperaría del servicio; siendo así, los proveedores asumen responsabilidad frente a los consumidores por la*

²³ Véase más al respecto: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/contribuyente/2018/01/18/el-servicio-complementario-idoneo/>

idoneidad y calidad de los productos y servicios. En materia de protección al consumidor la responsabilidad no solo se define por las condiciones expresamente pactadas, sino principalmente por las expectativas generadas en los consumidores. Asimismo, el modelo de idoneidad se construye sobre la base de tres premisas o pilares: la garantía implícita, la garantía expresa y la garantía legal. Por la garantía implícita, los proveedores deben responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan en el mercado, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados; dichas condiciones se refieren a las circunstancias que rodean la adquisición, como es la información dada en el momento de la contratación, la publicidad existente, la presentación del producto, o los términos y condiciones ofrecidas, entre otros; éstas pueden generar expectativas en un consumidor razonable.

(...)

VIGÉSIMO PRIMERO: *Estando a lo expuesto, se llega a la conclusión, que la denunciada National Group Sociedad Anónima Cerrada (el Gimnasio), no demostró que haya cumplido con las obligaciones contractuales y legales a las que se encontraba obligada; esto es, si un proveedor ofrece un servicio adicional, también es responsable de que este sea brindado en forma idónea, ya que forma parte de las estipulaciones ofrecidas al cliente para incentivarlo a contratar con su negocio. Por lo que, ha quedado acreditada la falta de idoneidad en la prestación del servicio; ello al no haber cumplido la recurrente, con brindar el servicio de la forma en la que se había comprometido, como proveedor del bien materia de la relación de consumo; en ese sentido, se justifica la legalidad de la resolución administrativa materia de impugnación judicial”.*

Asimismo, se debe tomar en cuenta que la idoneidad no solo se delimita por las condiciones expresamente pactadas, sino también por las expectativas que el consumidor se genera atendiendo a las circunstancias particulares que rodean al acto de consumo, tal como la vulnerabilidad del consumidor, la asimetría informativa, la posición que ostenta el proveedor en el mercado, las expectativas y la confianza que pueda formarse el consumidor por el tipo de servicio o bien contratado.

En la Resolución N° 099-2008/TDC-INDECOPI, se señala lo siguiente:

“En efecto, corresponde aplicar la Ley de Protección del Consumidor cuando el proveedor, omitiendo entregar información relevante al consumidor, o entregando un bien o servicio no idóneo según la información previamente brindada (de manera expresa o tácita), persigue obtener un beneficio económico.

El hecho denunciado no involucra una conducta que haya generado alguna ganancia al proveedor como resultado del aprovechamiento de la situación de asimetría de información en el marco de la cual se dio la relación de

consumo, sino que únicamente da cuenta de un ilícito tipificado en el Código Penal, cuya investigación y sanción es de competencia del Poder Judicial.

Dado que la intervención del INDECOPI en el presente caso no estaría dirigida a colocar a los consumidores en una situación de igualdad frente a los proveedores – garantizando determinada calidad de productos o el acceso a toda información relevante para adoptar una decisión de consumo adecuada- la Sala ha establecido que la denuncia del señor Aronaca debió ser declarada improcedente por la Comisión”.

Tomando en cuenta el citado criterio es que la Comisión en el caso materia del presente informe señala que la competencia de +la autoridad administrativa en materia de protección al consumidor se encuentra relacionada con aquellas pretensiones que tengan por finalidad reducir el nivel de asimetría informativa en que se encuentra el consumidor frente a las decisiones comerciales del proveedor que tienen por finalidad obtener un beneficio económico. En ese sentido, la Comisión respecto al caso del Sr. Barrón determina que las presuntas agresiones físicas y verbales a su persona no involucrarían una conducta que pueda ser analizada en el marco de las normas de protección al consumidor, al no guardar relación con la competencia que le ha sido atribuida sino más bien evidenciarían un presunto ilícito penal que es competencia del Poder Judicial y por ese motivo declara improcedente la denuncia en este extremo.

Al respecto, manifiesto estar de acuerdo con el criterio adoptado por la Comisión; esto es, de declarar improcedente la denuncia en el extremo de la infracción del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716, en tanto que efectivamente las agresiones recibidas serían materia de un proceso penal, el cual estaba inmerso el Sr. Barrón con Mamabars. Asimismo, se aprecia que las presuntas agresiones del Sr. Barrón no están vinculadas con la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe (idoneidad), ni con la asimetría de información conforme a los conceptos que se han desarrollado en este apartado.

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones del presente informe son las siguientes:

- Para que se configure la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716, el denunciante que alega que ha sido discriminado debe probar que recibió un trato desigual o diferenciado por parte del proveedor que brinda el servicio sin la existencia de una causa objetiva o razonable y justificada. Con la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 se vulnera a su vez el derecho del consumidor plasmado en el artículo d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, en tanto que no se está efectuando un trato equitativo y justo, afectando el mandato de no discriminación y el derecho fundamental a la igualdad.
- En el caso en concreto, mediante la Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia N°2, efectúa una disgregación del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 al establecer dos tipos infractores: i) el de discriminación y ii) el trato diferenciado ilícito o selección injustificada de clientela. Para la Sala el primer tipo infractor es la limitación de acceso al servicio por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos (siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal valoración), con lo que se afecta la dignidad del ser humano socavando las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad; y, el segundo, es una arbitrariedad restringida al consumidor para acceder a los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado expresada mediante la selección o exclusión injustificada. La Sala señaló que en el caso el Sr. Barrón se configuró el segundo tipo infractor; esto es, la exclusión injustificada de clientela sin llegar al supuesto de discriminación en sentido estricto, figura que importa la forma agravada de dicha infracción. En ese sentido, la Sala modificó los fundamentos; puesto que, la Comisión en la Resolución N° 1525-2008/CPC fundó la denuncia por actos de discriminación prohibidos de conformidad al artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716.
- Considero que en el caso materia del presente informe sí se configuró la infracción del artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 y que la Sala debió resolver conforme al siguiente criterio: No se debió considerar dos tipos de conducta infractoras en el artículo 7B° del Decreto Legislativo N° 716 sino que el referido artículo debió ser entendido e interpretado como un solo tipo infractor que comprende todo tipo de conducta que vulnere el derecho y principio de igualdad a través del trato discriminatorio.
- Mi posición es conforme al criterio actual (desde julio 2019) que emite INDECOPI (actualmente el Código de Protección y Defensa del Consumidor es el vigente, en el cual se realizaron precisiones al Decreto Legislativo N°716 que mantiene la misma esencia en cuanto a los artículo involucrados en el caso); esto es, que

para la actual Sala dicha norma prohíbe una sola conducta, la discriminación en el consumo, la misma que bajo estas nueva y extensiva noción engloba las dos conductas separadas que la anterior Sala consideraba.

- La Sala para determinar que existe discriminación sigue el criterio que el consumidor afectado debe ser por motivo a su pertenencia a un colectivo vulnerable al trato discriminatorio o históricamente discriminado (raciales, discapacidad, orientación sexual, similares) e indica que el Sr. Barrón debió precisar factor de discriminación, cuando claramente el artículo 7B° no estipula ello, es más señala que no se podrá establecer discriminación alguna. En ese sentido, adicionalmente al trato desigual y, pese a que Mamabars no demuestra una causa objetiva y razonable que lo justifique, se está imponiendo al Sr. Barrón que pruebe que dicha conducta se debió a motivos discriminatorios.
- Otro aspecto que la Sala exige en el caso en concreto es un plus probatorio; esto es, pruebas o indicios adicionales que le generaran convicción de que el trato diferenciado, no sustentado en causas objetivas y justificadas, se debe a motivos étnico-raciales, discapacidad, orientación sexual, identidad de género u otras características equivalentes del denunciante, y, por tanto, debía ser sancionada con severidad. Con este aspecto, manifiesto mi disconformidad; puesto que, para la Sala este fue un elemento clave para determinar que la infracción fue de exclusión injustificada de clientela.
- Considero que el plus probatorio no debió ser exigido por la Sala a efectos de determinar si en el caso se configuró discriminación; puesto que, solo se le es exigible que pruebe que el trato desigual que recibió por parte del proveedor. Lo cual también es conforme a mi postura planteada respecto al criterio con el que debió resolver la Sala.
- A efectos de que INDECOPI emita resolución referente a los actos de discriminación que vulneran los derechos de los consumidores, se toma en consideración lo estipulado en nuestra Constitución Política del Perú de 1993. La referida discriminación que se da en el consumo reviste una gravedad especial; puesto que, además de la afectación a los derechos del consumidor, se vulnera el derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación. Es por ese motivo, que se sancionan los actos o las prácticas que vulneran los derechos citados en cuestión.
- En el caso materia del presente informe, efectivamente se vulneró la dignidad del Sr. Barrón como ser humano, su derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación; puesto que, recibió un trato desigual que no fue razonable ni objetivo (no fundado en causas objetivas y razonables). En ese sentido, desde la perspectiva constitucional, lo que se evalúa para saber cuándo se configura discriminación es determinar qué trato diferenciado es objetivo y razonable.
- Conforme a criterio del Tribunal Constitucional se manifestará una diferenciación de acorde a lo permitido en el ordenamiento jurídico cuando la referida

diferenciación contenga una causa objetiva y razonable. Para la evaluación de estos aspectos, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad y si la medida cumple de manera satisfactoria con cada uno de ellos, entonces, será constitucional y no vulnerará el principio y derecho de la igualdad y el mandato de no discriminación

- A diferencia del Tribunal Constitucional, hemos podido identificar que INDECOPI no ha determinado que se debe entender por objetivo y asimismo que a lo largo de los años se han tenido diferentes criterios en la resolución de casos vinculados a la discriminación. No obstante, a partir de julio de 2019, afortunadamente se está resolviendo bajo el criterio que reconoce que todo trato diferenciado injustificado constituye discriminación.
- La Comisión en el caso materia del presente informe señala que la competencia de la autoridad administrativa en materia de protección al consumidor se encuentra relacionada con aquellas pretensiones que tengan por finalidad reducir el nivel de asimetría informativa en que se encuentra el consumidor frente a las decisiones comerciales del proveedor que tienen por finalidad obtener un beneficio económico. En ese sentido, la Comisión respecto al caso del Sr. Barrón determina que las presuntas agresiones físicas y verbales a su persona no involucrarían una conducta que pueda ser analizada en el marco de las normas de protección al consumidor, al no guardar relación con la competencia que le ha sido atribuida sino más bien evidenciarían un presunto ilícito penal que es competencia del Poder Judicial y por ese motivo declara improcedente la denuncia en este extremo.
- Manifiesto estar de acuerdo con el criterio adoptado por la Comisión; esto es, de declarar improcedente la denuncia en el extremo de la infracción del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 716, en tanto que efectivamente las agresiones recibidas serían materia de un proceso penal, el cual estaba inmerso el Sr. Barrón con Mamabars. Asimismo, se aprecia que las presuntas agresiones del Sr. Barrón no están vinculadas con la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe (idoneidad), ni con la asimetría de información conforme a los conceptos que se han desarrollado en este apartado.

VI. BIBLIOGRAFIA

- Bayefsky, Anne (1990). El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional. *Revista Human Rights Law Journal*, vol. 11.
- Carbonell O'Brien, Esteban (2015). *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Delgado Capcha, Rodrigo (2020). Una mirada global a la discriminación en el consumo Jurisprudencia del Indecopi. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Durand Carrión, Julio (2019). Aproximación a una teoría de los derechos humanos del consumidor en el mercado global y su tratamiento en el derecho constitucional peruano. *Revista Prolegómenos*, vol. 22(44).
- Fernández, Carlos (2008). El derecho y la dignidad del ser humano. *Revista jurídica del Perú*, volumen 87.
- INDECOPI (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Maraví Contreras, Alfredo (2015). *Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú*. Lima: Equipo de Derecho Mercantil.
- MINISTERIO DE CULTURA (2016). *Trato diferenciado en el consumo. Diagnóstico situacional*. Lima: Ministerio de Cultura.
- Naciones Unidas (2006). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*.
- Prado Huayanay, Rubí Kelita (2018). *La aplicación del concepto de discriminación en el consumo en el Perú: los casos del Indecopi y del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.
- Tambussi, Carlos (2014). Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos. *Revista Lex N° 13*, Año XII.
- Vinatea Medina, Ricardo (2013). El derecho del consumidor como nuevo paradigma del derecho en una economía social de mercado.

VII. ANEXOS

- Denuncia
- Admisión de la denuncia
- Contestación de la denuncia
- Resolución N° 1043-2007 CPC
- Resolución N° 2478-2007 TDC
- Resolución N° 1525-2008 CPC
- Resolución N° 1731-2010 SC2



Encargado: Jose Pesta
Fecha: 18/10/06
Visto: [Signature]
Obs: DNI - Fed. Competencia

7070
114802

Secretario Técnico : Eva Céspedes
Expediente :
Escrito : UNO
Sumilla : Interpongo Denuncia

SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI):

AUGUSTO BARRON VELIS identificado con DNI No. 09335504 con domicilio real en la Calle Los Cisnes No. 260, San Isidro, señalando domicilio procesal en la casilla 6724 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima – Sede Miraflores – Av. Aramburu N° 255, Miraflores, respetuosamente me presento y digo:



I.- PETITORIO:

Que, al amparo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716 “Ley de Protección al Consumidor”, interpongo denuncia por infracción a mis derechos de consumidor contra el centro de entretenimiento nocturno “MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL” domiciliada en las instalaciones del Centro de Entretenimiento Lareomar de Miraflores ubicado en Malecón de la Reserva No. 610, Miraflores con número de teléfono 242-2695, por los daños ocasionados a mi salud por el hecho de haber recibido una severa golpiza por parte del personal de su seguridad, conforme a los hechos que señalo en el acápite II; y, solicitando a la Comisión imponga al centro de entretenimiento nocturno “MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL”, las siguientes medidas correctivas:

- 1.- La imposición de sanción administrativa ejemplar al centro de entretenimiento nocturno “MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL” por establecer algún tipo de discriminación respecto al solicitante, la misma que se vio reflejada al momento en que sin ningún motivo me impidieron violentamente ingresar a su local y

acceder a algún producto o servicio que el local en mención ofrece supuestamente al público en general, teniendo para ello el terrible daño físico y moral sufrido por mi persona a consecuencia de la aplicación de dicha política discriminatoria.

2.- Que se obligue al centro de entretenimiento nocturno "MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL" a adoptar las medidas correctivas supervisables para prevenir futuras agresiones y prácticas discriminatorias de cualquier índole por parte de su personal de seguridad, dando así cumplimiento a lo establecido en el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución Política que establece expresamente que "...nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."

3.- Ordenar al centro de entretenimiento nocturno "MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL" que cumpla con reembolsar al señor Barrón el monto que indicaremos oportunamente y con el debido sustento. por el tratamiento recibido como producto de la golpiza recibida.

4.- Ordenar al centro de entretenimiento nocturno "MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL" el pago de las costas y costos del proceso en que he incurrido como agraviado y denunciante. Reservándonos el derecho de iniciar las acciones civiles y penales a que hubiera lugar.

II.- ARGUMENTOS DE HECHO:

1.- El día domingo 30 de abril a las 2:30 am aproximadamente fui junto con el señor Carlos Rodolfo Córdova Lostaunau al bar - discoteca "Mama Batata" ubicado dentro de las instalaciones del Centro Comercial "Larco Mar" con la finalidad de ingresar al mencionado local como cliente.

2.- Al llegar a la puerta del referido local nos colocamos detrás de dos personas que estaban haciendo cola para ingresar. Luego de que ellas dos ingresaran los miembros de seguridad que se encontraban a la entrada de dicho local cerraron la puerta y se colocaron detrás de la verja portátil de metal (ubicándose así entre la verja y la puerta) con lo que nos prohibieron el paso; de esta forma permanecemos en cola algunos

000000

minutos. Ante la entrada y salida de varias personas - con puerta y verja habilitando el paso - procedimos a ingresar. De esta forma estábamos actuando tal como es costumbre en otros centros de entretenimiento nocturno que en cuanto un número determinado de personas sale el mismo número de personas que espera pueden ingresar.

3.- Sin embargo, en ese momento fui jalado violentamente por un miembro de seguridad del referido bar quien en ningún momento me explicó por qué motivos no me dejaba ingresar si habían personas que habían salido y personas que llegaban después de nosotros y entraban sin hacer cola. No siendo suficiente ello el mismo seguridad me agredió verbalmente, para después agredirme físicamente propinándome un golpe de puño en el lado izquierdo de mi rostro, lo que motivó mi caída al suelo para posteriormente abalanzarse sobre mi para propinarme varios puñetes y patadas en distintas zonas de mi cuerpo.

Prueba -

4.- Sostengo que el autor de las agresiones es un miembro de seguridad de la discoteca - bar "Mamá Batata" por cuanto este se encuentra registrado mediante fotografía tomada por mi teléfono celular el mismo día de la agresión. En ella se puede apreciar que éste se encuentra ubicado en el frontis de la discoteca aludida con la indumentaria que caracteriza a los miembros de seguridad, en compañía de otros miembros de la empresa "VIP'S" quienes luego de esto protegieron al referido agresor haciendo que éste ingrese a dicho local y negándose a proporcionarme los datos de éste.

Prueba -

5.- Posteriormente a la agresión llamé de urgencia a mis abogados, quienes se hicieron presente al referido centro de entretenimiento pudiendo contactar al Sr. Pasco, quien se manifestó ser el Administrador del local. Mis abogados y este funcionario del referido local pudieron discutir acerca de lo sucedido, lo cual quedó registrado en otra fotografía que también tomé con mi teléfono celular. En dicha fotografía se aprecia a un segundo sujeto que acompañaba al Sr. Pasco. Este sujeto se encontraba dentro del referido local y fue quien desde un principio trató de ocultar al agresor haciéndolo ingresar y ante mi insistencia de conocer tanto su nombre como el del agresor, se negó de forma reiterada, malcriada y soezmente a responder, mostrando una actitud bastante agresiva y poco abierta al diálogo. No obstante de que el Sr. Pasco se comprometió a investigar los sucesos y a comunicarse con mis abogados, hasta la fecha de redacción de la presente ningún funcionario o representante del local se ha comunicado conmigo a

18/11

00000

pesar de tener pleno conocimiento de los hechos sucedidos en el local que administran, lo que demuestra un nulo interés por mi estado de salud y el bochornoso hecho acontecido la noche en cuestión.

6.- Luego de las agresiones procedí a denunciar al agresor ante la Comisaría de Miraflores la cual ha abierto una investigación en su contra la misma que se encuentra signada con el numero 546 del Libro de Faltas, cuya investigación sigue en curso. Sin embargo, hasta la fecha el referido Sr. Pasco tampoco ha cumplido con rendir su manifestación policial ante la Comisaría de Miraflores hasta en tres oportunidades evadiendo y entorpeciendo de esta manera la acción de la justicia y demostrando por lo demás una nula preocupación por los hechos sucedidos.

7.- Producto de la cobarde agresión de la que fui víctima y las dolencias que sufría como consecuencia de ella, el mismo día procedí a ingresar por Emergencias de la Clínica Ricardo Palma, donde fui examinado por el Dr. Héctor García Requena identificado con CMP No. 21374 del Instituto Neurológico Ricardo Palma. En su diagnóstico se detalla las agresiones que sufrí como consecuencia de la violenta golpiza que me propinó el denunciado, cito: "TEC (TRAUMATISMO ENCEFALO CRANEANO), conmoción cerebral. Policontuso, indicándosele como tratamiento (...) descanso medico en posición vertical (...).

8.- El día 03 de Mayo de 2006 procedí con una revisión física por parte del Médico Legista del Ministerio Público, el mismo que en su dictamen ratificó las lesiones expuestas en el numeral anterior. Copia de este documento obra en la Comisaría de Miraflores, en el expediente correspondiente. *Prueba*

9.- Tal como se puede apreciar he sido víctima de una abusiva y violenta agresión física y emocional, de resultado tan grave que me causó traumatismo encéfalo craneano y conmoción cerebral sin contar con los numerosos golpes que recibí en el rostro y diversas partes del cuerpo. Las lesiones que he sufrido son tan graves que, como parte del tratamiento se me indicó descanso médico en reposo en posición vertical.

10.- Debo expresar mi mayor indignación por tan cobarde ataque, el mismo que me ha causado dolor de cabeza, tórax y en mis extremidades por mas de dos semanas después de haber sufrido la agresión cometida por el denunciado.

11.- Invoco a vuestra Entidad a proceder con el mayor rigor posible ante esta agresión, prepotencia y discriminación de la que he sido objeto con el fin de que se logre imponer una sanción ejemplar tanto al local indicado como al agresor.

III.- ARGUMENTOS DE DERECHO:

1. Para el presente caso debe tenerse en consideración que el Art. 2° del Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al consumidor establece que: *“La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú...”* el cual en su artículo 65° establece expresamente que: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”* por lo que en el presente caso es menester tomar acciones drásticas tanto contra el centro de entretenimiento nocturno como contra la empresa de seguridad por atentar de un modo tan vil contra mi integridad física

2. Asimismo debe dejarse en claro que la ley de protección al consumidor en su artículo 3° en su literal b.4 define como **“PRESTADORES”** a aquellas personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores como es el caso de **“MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL”**. Considero necesario acotar que dicho artículo en su literal **“d”** define además como **“Servicios”** a cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, como lo es el entretenimiento nocturno.

3. Resulta necesario tener en consideración que el artículo 5° en su literal “d” establece que todos los consumidores sin excepción tiene derecho a: *“(…)a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios”*.

000000

esta den
02/09/11
por
Nº 29
Cod. r
Ref.
G.H.

Por lo que debe entenderse que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público, como lo es la citada discoteca, por lo que lo acontecido en el presente caso es una manifiesta violación a lo establecido por la norma citada.

4. Finalmente, es menester recalcar que para la ley de protección al consumidor resulta de tal importancia el trato igualitario entre los consumidores que en su artículo 7° B establece que: *“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”(..) tal como lo hizo la denunciada.

IV.- MEDIOS PROBATORIOS

- 1. Documental.- El mérito de la denuncia policial sentada en la comisaría de Miraflores
- 2. Documental.- El mérito de la Diagnóstico del Dr. Héctor García Requena identificado con CMP 21374
- 3. Documental.- La foto que le tomara al Agresor con mi teléfono celular.

POR TANTO:

Solicito se le aplique una sanción ejemplar a “MAMÁ BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL” a fin de que suspenda la aplicación de sus políticas discriminatorias y a la empresa de seguridad “VIP’S” por atentar contra mi integridad física haciendo uso de una fuerza innecesaria sobre mi persona, la cual pudo incluso llegar a costarme la vida, con el fin de que dichas sanciones sirvan de ejemplo a otros centros de entretenimiento nocturno que aplique políticas similares, pues sólo así

podremos garantizar que hechos tan lamentables como el que dieron lugar a la presente denuncia no vuelvan a repetirse.

AMEXOS

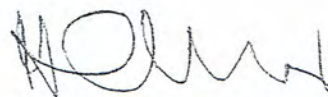
1-A Copia de mi D.N.I.

1-B Copia de la Denuncia Policial.

1-C Fotografía del agresor tomada con mi teléfono celular.

1-D Diagnóstico del Dr. Héctor García Requena

1-E Pago de la Tasa Correspondiente.



AUGUSTO BARRON VELIS
DNI N° 09335504

80000000





Instituto Neuroquirúrgico
Ricardo Palma

UNIVERSIDAD NACIONAL
CARRERA DE MEDICINA
CIRUGIA VISUAL Y OCEFALICA
NEUROLOGIA INTERVENCIONISTA
Unidad de Diagnóstico
Unidad de Columna Vertebral
Unidad de Neurocirugía

BARRON VELIS AUGUSTO
H.C.: 32094

San Isidro, 11 de mayo de 2006

-? El evento fue el 30/04/06.

INFORME MEDICO

A quien pueda interesar:

Tengo el agrado de dirigirme a Uds. para informarles sobre el paciente de la referencia, quien es un varón de 36 años de edad, quien llega con un tiempo de enfermedad de 01 hora aproximadamente luego de sufrir agresión. Refirió cefalea, dolor en región frontal en extremidades y en el tórax.

Al examen físico presenta aumento de volumen, más excoriación en región frontal izquierda. Neurológicamente no déficit. La Rx cráneo FP y la Rx columna lumbar FP fueron normales. Siendo su diagnóstico de TEC conmoción cerebral. Policontuso, indicándosele como tratamiento Ibuprofeno 400mg y descanso médico en reposo en posición vertical, con cargo a control ambulatorio en 01 semana.

Es cuanto tengo que informar.

Atentamente,

Dr. HECTOR GARCIA REQUENA
C.M.P.: 21374
Instituto Neuroquirúrgico
Ricardo Palma

EXPEDIENTE N° 2116-2006/CPC

DENUNCIANTE : AUGUSTO BARRÓN VELIS
DENUNCIADA : MAMABARS S.A.C.
PROVEÍDO N° : 1

Lima, 2 de noviembre de 2006

VISTA: la denuncia de fecha 18 de octubre de 2006 presentada por el señor AUGUSTO BARRÓN VELIS en contra de MAMABARS S.A.C.; y, de conformidad con lo establecido por el artículo 234 de la Ley N° 27444¹, Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

*- Modificado***CONSIDERANDO:**

1. que, de acuerdo al artículo 39 de la Ley de Protección al Consumidor, esta Comisión es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones contenidas en dicho cuerpo legal²;
2. que, atendiendo a la descripción de los hechos expresados en la denuncia se desprende que éstos hacen referencia a una presunta infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor;
3. que, conforme al artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor, la Comisión está facultada para imponer sanciones que van desde una amonestación hasta una multa por un máximo de 100 Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas que puedan ordenarse de acuerdo a lo estipulado en el artículo 42 de la misma norma³;

1 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**Artículo 234°.- Caracteres del procedimiento sancionador**

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita.
2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del artículo 162°, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

2 LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

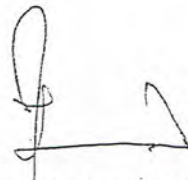
Artículo 39°.- La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley.

3 LEY DE PROTECCIÓN 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.

SE HA RESUELTO:

1. admitir a trámite la denuncia de fecha 18 de octubre de 2006, presentada por el señor AUGUSTO BARRÓN VELIS en contra de MAMABARS S.A.C. por la presunta infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor;
2. correr traslado de la misma a la parte denunciada por el término de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26° del Decreto Legislativo N° 807;
3. informar a MAMABARS S.A.C. que, de conformidad con lo establecido por el artículo 223.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en caso no cumpla con presentar sus descargos dentro del plazo señalado, será declarado en rebeldía; y en consecuencia, los hechos expuestos en la denuncia podrán ser aceptados o merituados como ciertos;
4. requerir a MAMABARS S.A.C. que, de conformidad con el inciso 1 del artículo 442 del Código Procesal Civil, cumpla con señalar domicilio procesal para el procedimiento;
5. requerir a MAMABARS S.A.C. que, de conformidad con lo establecido por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 943, cumpla con señalar su número de Registro Único 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. (Si se trata de una persona natural, cumpla con presentar copia del Documento Nacional de Identidad (D.N.I.);
6. informar a las partes que en caso se requiera la actuación de un medio probatorio y/o la realización de una pericia para determinar la existencia de una infracción a la Ley de Protección al Consumidor, los gastos que ésta demande serán de cuenta del solicitante.



ADRIANA ZOLEZZI CHAMPA
Coordinadora Legal
Comisión de Protección al Consumidor

DC/er

INDECOPI

2007 ENE 8 PM 1 20

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

Secretario Técnico:	Eva Céspedes
Expediente N° :	2116-2006/CPC
Escrito N° :	2
Sumilla :	Absolvemos traslado

001931

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL
INSTITUTO PERUANO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL -
INDECOPI:

MAMABARS S.A.C., con Registro Único de Contribuyentes N° 20506181969 (en adelante, "Mamabars"), con domicilio en Malecón de la Reserva N° 610, Interior 106, Centro de Entretenimiento "Larcomar", distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, señalando domicilio procesal, para estos efectos, en la Casilla N° 6610 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (sede Miraflores), debidamente representada por su Gerente General, Alberto Pasco Mori, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 10470740, en la denuncia presentada por Augusto Barrón Velis (en adelante "El Denunciante"), en nuestra contra, por la presunta infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, a ustedes atentamente decimos:

Calle Victor Larco Herrera N° 136
Miraflores, Lima 18 Perú
Teléfonos (511) 447-0009
Fax (511) 444-0673
www.tyg.com.pe



Que con fecha 28 de diciembre fuimos notificados con el Proveído N° 2 en relación con el expediente 2116-2006/CPC. Al respecto, cumplimos con absolver el traslado correspondiente y señalar que Mamabars no ha vulnerado la Ley de protección al Consumidor.

En tal sentido, el Denunciante señala que ha sido discriminado, mientras que INDECOPI indica que hay una presunta violación del deber de idoneidad establecido en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.

I. LOS HECHOS EXPUESTOS POR EL DENUNCIANTE

- 1.1. El Denunciante señala que con fecha 30 de abril a las 2:30 a.m., acudió junto con el señor Rodolfo Córdova Lostaunau al Local denominado Mamá Batata (en adelante, el "Local"), ubicado en las instalaciones del Centro Comercial "Larco Mar" con la finalidad de ingresar a dicho Local como cliente.
- 1.2. En tal sentido, indica que al llegar a la puerta del referido Local y luego de ponerse en cola para ingresar y que otras personas ingresaran, los miembros de seguridad del Local cerraron la puerta colocándose detrás de la verja portátil de metal con la que les "prohibieron el paso". Luego de ello en el punto 2 de la referida denuncia señala que procedieron a ingresar.

- 1.3. Así, señala que fue jalado violentamente por un miembro de seguridad del Local quien no le explicó las razones por las que no se le dejaba ingresar. (A pesar de haber señalado que había procedido ingresar en el punto anterior). Subrayado nuestro, y que había otros consumidores que salían y llegaban al Local e ingresaban sin hacer cola.
- 1.4. Además, el Denunciante sostiene que el miembro de seguridad lo agredió verbalmente, para después agredirlo físicamente propinándole un golpe de puño en el lado izquierdo del rostro lo que motivó su caída al suelo para posteriormente abalanzarse sobre él propinándole varios puñetes y patadas en distintas zonas del cuerpo.
- 1.5. El Denunciante alega que el agresor es un miembro de seguridad de la empresa VIP dado que tiene registrada una fotografía tomada con su teléfono celular.
- 1.6. Además, señala que luego de la supuesta agresión, llamó a sus abogados quienes se hicieron presente en Larco Mar y pudieron conversar con Alberto Pasco, administrador del Local, funcionario que se comprometió a investigar lo sucedido y a comunicarse con sus abogados.

- 1.7. El Denunciante sostiene que luego de las agresiones se procedió a denunciar al agresor ante la Comisaría de Miraflores la cual ha abierto una investigación que se encuentra signada con el número 546 del Libro de Faltas.

Asimismo, indica que el mismo día procedió a ingresar por Emergencias a la Clínica Ricardo Palma, donde fue examinado por el Dr. Héctor García Requena y que su diagnóstico detalla las agresiones sufridas.

- 1.8. De la misma forma, señala que con fecha 3 de mayo de 2006 procedió a una revisión física por parte del Médico Legista el mismo que emitió un dictamen al respecto.
- 1.9. Así, el Denunciante alega que fue víctima de una abusiva y violenta agresión física y emocional que le ocasionó descanso médico en reposo en posición vertical.

II. LOS HECHOS REALES DE LA NOCHE DEL 30 DE ABRIL

- 2.1. Tal como indica el Denunciante, con fecha 30 de abril de 2006 sucedió un incidente en el Bar Mamá Batata administrado por la empresa Mamabars S.A.C. (en adelante, "Mamabars").
- 2.2. Así, como a las 2:30 de la mañana aproximadamente acudieron al Local dos sujetos de entre 30 y 36 años de edad entre los cuales

estaba el Denunciante, el mismo que se encontraba en total estado de ebriedad y quien de manera prepotente quiso ingresar al Local sin ningún tipo de consideración ni respeto por las personas que se encontraban en la cola ni por los miembros de seguridad que estaban custodiando la tranquilidad del Local.

- 2.3. Ante esto, y teniendo en cuenta la seguridad de los demás consumidores que se encontraban en el interior del Local, los miembros de seguridad pusieron la verja de fierro frente a la puerta impidiendo el ingreso de estos sujetos dada la condición etílica en la que se encontraban, toda vez que esto era un potencial peligro para los consumidores que ya habían ingresado al Local. En estos términos el Denunciante y su compañero fueron informados de que en el estado en que se encontraban no era posible que ingresen al Local.
- 2.4. En ese momento, el Denunciante agredió verbalmente a los miembros de seguridad que custodiaban el Local señalando palabras muy groseras hacia ellos y motivo por el cual, el Local se tuvo que ver perjudicado unos minutos más sin dejar entrar a nadie dado el escándalo que se encontraba propiciando el Denunciante.
- 2.5. Luego de unos minutos y ante la insistencia de algunos consumidores que acudían al Local por querer ingresar, la verja

fue retirada y a aquellas personas que se encontraban en la cola y que no significaban un riesgo para quienes disfrutaban dentro del Local se les dejó ingresar. Obviamente, dentro de estas personas no se encontraban el Denunciante ni su compañero. Incluso estos señores propiciaban palabras muy groseras hacia las personas que ingresaban al Local, manifestando expresamente lo siguiente "A ese cholo de mierda lo dejan ingresar y a mi no" e insultando de manera prepotente y continua a los miembros de seguridad contratados. Ante esto, se advirtió al Denunciante y su acompañante que no insistan porque dado su estado de ebriedad, no se les iba a permitir el ingreso al Local.

- 2.6. Minutos después, cuando otras personas se encontraban ingresando al Local, el Denunciante agredió físicamente al personal de seguridad insultándolo nuevamente mientras intentaba propiciarle un golpe de puño dado su estado de ebriedad y zozobra frente a lo que estaba ocurriendo, toda vez que había personas que se encontraban ingresando al Local y que a criterio del Denunciante, las mismas no tenían rasgos caucásicos como él y su compañero mientras que el Denunciante y su compañero no podían ingresar porque como se les explicó, en ese momento representaban un riesgo frente a los demás clientes y ya habían insultado a los miembros de seguridad del Local y a quienes ingresaban reiteradamente.

- 2.7. Ante este ataque de parte del Denunciante, el personal de seguridad intentó defenderse evitando los golpes y protegiéndose de los mismos. No obstante, el Denunciante pretendió seguir golpeando a la seguridad del Local, ante lo cual este personal tuvo que abrazar al Denunciante para contener las agresiones del mismo y dada la fuerza y el estado de ebriedad en el que se encontraba, el Denunciante siguió haciendo fuerza con lo cual los dos sujetos cayeron al suelo.
- 2.8. Es en estos términos que todo se calmó, retirándose el Denunciante y su compañero de la puerta del Local y ante lo cual se comunicaron con su abogado.
- 2.9. El señor Alberto Pasco Mori, Gerente General de Mamabars salió del Local y pudo percatarse del estado de ebriedad e intranquilidad en que se encontraban el Denunciante y su compañero. En ese momento, llegó el abogado del Denunciante el cual ante lo sucedido solicitó las explicaciones del caso.
- 2.10. En el estado en que se encontraba el Denunciante incluso tomó de los hombros al señor Pasco, samaqueándolo bruscamente momento en el cual el señor Pasco se dio cuenta de que no se iba a llegar a un entendimiento y para lo cual dejó a disposición del abogado del Denunciante, su tarjeta con su número personal a efectos de que este tema sea tratado en un escenario en el cual realmente se pudiese conversar.

III. DE LAS PRUEBAS DEL DENUNCIANTE

El Denunciante presenta como medio probatorio los siguientes documentos:

- Una fotografía tomada con su teléfono celular.
- Un documento titulado informe médico suscrito por Héctor García Requena C.M.P 21374.

3.1. De la fotografía tomada con su teléfono celular

Sostenemos que la fotografía tomada con su teléfono celular no es un gran aporte como medio probatorio, dado que no demuestra ningún tipo de agresión. Dicha fotografía solo demuestra un instante y la cara de un sujeto el cual el Denunciante señala que le propició una golpiza. No obstante, no queda de ninguna manera claro si esa persona fue realmente aquella con la que tuvo el incidente o si realmente se propició una agresión en los términos señalados por el Denunciante.

3.2. Del Informe Médico presentado por el Denunciante

Sostenemos que dicho informe no tiene ninguna validez, toda vez que los hechos sucedieron con fecha 30 de abril y la fecha de dicho informe es 11 de mayo de 2006.

En tal sentido, dicho informe señala que el paciente de la referencia, es decir "Augusto Barrón Velis" llega con un tiempo de enfermedad de **una hora aproximadamente**", estando el informe fechado 11 días posteriores al día en que sucedieron los hechos.

Así, este documento no tiene ninguna validez para efectos de la denuncia, dado que los hechos sucedieron en otro momento y es totalmente improbable que este informe esté vinculado con los hechos sucedidos en el Local.

IV. INEXISTENCIA DE FALTA DE IDONEIDAD EN EL SERVICIO

- 4.1. Conforme ha sido señalado en el punto II del presente escrito, en todo momento el personal de seguridad contratado por Mamabars prestó un servicio idóneo.
- 4.2. Las condiciones de seguridad que deben garantizarse en la prestación de servicios de esparcimiento, como es el caso de Mama Batata, no se restringen a instalaciones seguras, aunque este sea el primer nivel de seguridad que debe ser garantizado en

cumplimiento de las normas reglamentarias. Un elemento muy importante es cautelar que los asistentes a estos establecimientos no afecten con su accionar el disfrute de los demás consumidores que acudan al Local, de allí que los comportamientos antisociales también deben ser previstos por los proveedores contratando personal de seguridad y en general implementando mecanismos que les permitan evitar situaciones de riesgo, como son el ingreso de personas en estado de ebriedad o, con armas u otros elementos que puedan constituir un riesgo para la seguridad del Local.

- 4.3. Así, el servicio que brindan los establecimientos abiertos al público y sobre todo los bares y restaurantes, incluyen la prestación de un mínimo de seguridad a las personas asistentes.
- 4.4. Al respecto, debe considerarse que un consumidor razonable que acude a un establecimiento comercial de recreación esperaría que este cuente con la seguridad necesaria y que personas en estado de ebriedad como el Denunciante y su compañero no ingresen al Local, dado que podrían causarles daños físicos o verbales a ellos, al Local o a los bienes de los propios consumidores.
- 4.5. En estos términos, el Denunciante y su compañero, en el momento en que llegaron al Local, resultaban un riesgo para la seguridad del mismo y sus asistentes y fue por ello que se les explicó que no podían ingresar, no permitiéndoseles ingresar para ningún efecto.

En este punto, la Comisión debe considerar lo señalado en los artículos 5 y 9 de la Ley de Protección al Consumidor. En tal sentido, dichos artículos señalan lo siguiente:

“Artículo 5

En los términos establecidos por el presente Decreto legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física...”

“Artículo 9

Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio”

- 4.5. De esta forma, en el estado en que se encontraban el Denunciante y su compañero, resultaba un riesgo a toda medida para los consumidores que se encontraban en el interior del Local, que estas personas ingresen al mismo.

- 4.6. De tal manera, el personal de seguridad contratado por Mamabars, es decir, la empresa VIP actuó con muy buen criterio al no permitir el ingreso de estas personas al Local en ese estado, cumpliendo con las disposiciones legales en materia de protección al consumidor y protegiendo así los derechos de los consumidores que disfrutaban en el interior del Local del riesgo de que personas en este estado les causen un daño físico a ellos o a los bienes de su propiedad.
- 4.7. Incluso, la Comisión debe apreciar que en el presente caso, no nos encontramos frente a un tema de idoneidad en el servicio, sino más bien estamos frente a una agresión de parte del Denunciante que generó una legítima defensa de parte del personal de seguridad. Legítima defensa que estuvo comprendida por los siguientes supuestos: i) Agresión ilegítima del Denunciante ii) Racionalidad del medio empleado para impedirle o contenerla de parte de la seguridad de la empresa VIP y iii) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

A continuación describiremos los hechos que sustentan la legítima defensa de parte del personal de seguridad:

a. **Agresión Ilegítima**

El Denunciante agredió verbal y físicamente al personal de seguridad de la empresa VIP contratado en Mama Batata la noche del 30 de abril y ante esto, dicho personal tuvo que contener la agresión defendiéndose.

b. Racionalidad del Medio Empleado

El personal de seguridad de la empresa VIP solo contuvo los golpes del Denunciante procurando en todo momento evitar dañarlo por lo cual lo abrazó por la espalda para tranquilizarlo. No obstante, dado el estado de ebriedad del Denunciante, los dos cayeron al suelo.

c. Falta de Provocación suficiente de quien hace la defensa

En ningún momento, el personal de seguridad de la empresa VIP provocó al Denunciante. Lo único que en realidad sucedió es que ante el estado etílico en que el mismo se encontraba, no se le dejó ingresar cuidando a los consumidores que se encontraban en el interior del Local, cumpliendo con la legislación vigente en materia de protección al Consumidor.

Incluso quien insultaba al personal de seguridad, a las personas que se encontraban en la cola por ingresar y a quienes ingresaban al Local eran el Denunciante y su compañero quienes en su estado de ebriedad señalaban frases como la que se detalla a continuación:

"A ese cholo de mierda lo dejas ingresar y a mi no"

Aquí la Comisión debe de tener en cuenta, los rasgos blancos o caucásicos que efectivamente tienen el Denunciante y su compañero. Además, se debe considerar que el compañero del Denunciante no reaccionó frente a lo sucedido ni fue agredido bajo ningún efecto por lo cual queda claro que no hubo una agresión de parte del personal de seguridad ni hacia el Denunciante ni hacia su compañero.

V. DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE IDONEIDAD

- 5.1. Entendemos que el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, establece un supuesto de responsabilidad objetiva de los proveedores respecto de la idoneidad y calidad de los servicios que ofrecen en el mercado.
- 5.2. Al respecto, el supuesto de responsabilidad administrativa objetiva en la actuación del proveedor impone a éste la obligación procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de la responsabilidad objetiva.

- 5.3. No obstante, debemos considerar que lo señalado en el punto 5.1 y 5.2 es aplicable una vez acreditado el defecto del consumidor.¹ En este sentido, la carga de la prueba sobre la acreditación del defecto debe analizarse conforme a la norma que regula la carga de la prueba en general, es decir quien alega un hecho debe probarlo.
- 5.4. Al respecto, conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil, las normas en él contenidas se aplican supletoriamente a los procedimientos administrativos. Por esta razón, a quien afirma determinados hechos, le corresponde probarlos de acuerdo al artículo 196 del Código Procesal Civil.
- 5.5. De esta manera, a efectos de que a Mamabars se le atribuya responsabilidad objetiva, deben de estar claros principalmente dos supuestos:

- I. **Acreditación del defecto:** Corresponde al consumidor probar la existencia de un defecto en el bien o servicio.

¹ Sobre este tema, la Comisión debe tener en cuenta las últimas Resoluciones emitidas por el Tribunal, Resoluciones N° 1375-2006/TDC-INDECOPI, 1382-2006/TDC-INDECOPI y la Resolución 1278-2006/TDC-INDECOPI, Resoluciones todas del Tribunal de Defensa de la Competencia que establecen que antes de aplicar la responsabilidad objetiva, el defecto debe de estar totalmente acreditado por parte del consumidor.

II. **Imputación del defecto:** Una vez acreditado el defecto, corresponderá al proveedor demostrar que el defecto no le es imputable. En tal sentido, si el defecto no se encuentra acreditado, es ilícito e ilegal imputar al Proveedor la carga de la prueba en el sentido de demostrar que el defecto no es imputable.

- 5.6. En el presente caso, el Denunciante no ha acreditado de manera fehaciente como sucedieron los hechos ni la existencia de un defecto en el servicio de seguridad prestado por el consumidor. Incluso, ha señalado hechos falsos como el haber recibido una golpiza y haber sido fuertemente golperado en el suelo, comportamientos contrarios al standard razonable de conducta del personal de seguridad de cualquier local nocturno de esparcimiento.
- 5.7. En tal sentido, las únicas pruebas que se presentan sobre los hechos son una fotografía tomada desde un teléfono celular y un informe médico cuya fecha es de 11 días posteriores a la fecha en que sucedieron los hechos.
- 5.8. Así, la Comisión debe tener en cuenta que los defectos alegados por el Denunciante, no han sido acreditados bajo ningún efecto y en ese sentido no nos corresponde demostrar que un supuesto defecto no nos es imputable,

toda vez que el mismo ni siquiera existió, tal como ha sido señalado en el punto II del presente escrito.

VI. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN

- 6.1. Sobre lo expuesto por el Denunciante en materia de discriminación, debemos señalar que negamos rotundamente las afirmaciones del mismo, puesto que son totalmente falsas e inconsistentes con los hechos.
- 6.2. Mamabars es consciente de la legislación nacional e internacional en materia de discriminación y tal como ha sido comprobado y ratificado por INDECOPI en más de una oportunidad, en el local Mama Batata no se impide ni nunca se ha impedido el ingreso de personas por diferencias raciales ni por ningún concepto discriminatorio.
- 6.3. En efecto, la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI ha podido verificar a través del Memorandum N° 821-2006/GAF-AFI que contiene el Informe N° 149-2006-EAB/AFI, por medio del cual se resume la Diligencia de Inspección realizada por el propio INDECOPI con fecha 10 de junio de 2006, concluyendo dicho informe que en el local administrado por Mamabars, no existe discriminación. Como podrá apreciarse, este informe fue realizado casi en

fechas coincidentes con los hechos, tan solo diez días posteriores a los mismos.

6.4. Por otro lado, días posteriores a esta Diligencia, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor solicitó una segunda Diligencia de Inspección que fue comunicada a través del Memorandum N° 1079-2006/GAF-Afi. Nuevamente, el Informe de la Diligencia de Inspección realizada con fecha 22 de julio de 2006, Informe N° 181-2006-EAB/AFI señala claramente que el miembro de la seguridad de Mama Batata no impidió en ningún momento el ingreso de las parejas seleccionadas por INDECOPI al establecimiento, entre las que habían personas de diversas razas.

6.5. Mamabars es una empresa con años de experiencia en el mercado de entretenimiento nacional y conoce las disposiciones legales sobre la materia. En ese sentido, en nuestro local no se practica ningún tipo de acto de discriminación por cuestiones raciales ni por cualquier otra índole. De este modo, es totalmente falso que en el local administrado por Mamabars, se impida el ingreso a personas por razones de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier otra índole. Así, está totalmente comprobado y acreditado que Mamabars no realiza selección de clientela

- 6.6. Mamabars, sólo impide el ingreso a personas en Mama Batata, siempre y cuando medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas, siendo consciente que ante la inexistencia de razones justificadas no está permitido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares.
- 6.7. En estos términos, el 30 de abril de 2006 hubo razones objetivas para no dejar entrar al Denunciante y su compañero, toda vez que los mismos se encontraban en un estado de ebriedad tal, que resultaban un riesgo potencial para los consumidores que se encontraban dentro del Local.
- 6.8. Adjuntamos al presente escrito, fotografías tomadas en distintas fechas del 2006, por la empresa Lima2night que demuestran que en Mama Batata no se realiza ningún tipo de práctica discriminatoria. Dichas fotografías son de conocimiento público y se encuentran publicadas en el portal web denominado www.lima2night.com.
- 6.9. De esta forma, nuestro local, por un lado, rechaza toda forma de discriminación y es consciente de la afectación que generarían conductas de este tipo en perjuicio de los consumidores y de nuestro propio local; y por otro, no ha efectuado ningún tipo de práctica discriminatoria, tal como

consta en los informes llevados a cabo por INDECOPI y en las fotografías que adjuntamos.

VII. DE LAS PRETENSIONES DEL DENUNCIANTE

El Denunciante ha señalado en su Denuncia que se imponga a Mamabaras las siguientes medidas correctivas:

1. La imposición de una sanción administrativa ejemplar al centro de entretenimiento MAMA BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL por establecer algún tipo de discriminación respecto al solicitante, la misma que se vio reflejada al momento en que sin ningún motivo impidieron violentamente ingresar al Local y acceder a algún producto o servicio que el Local ofrece al público en general, teniendo para ello un terrible daño físico y moral sufrido por el Denunciante a consecuencia de la aplicación de una política discriminatoria.

Sobre este punto, debemos señalar que tal como ha quedado acreditado de manera fehacientemente por el propio INDECOPI, Mamabars no realiza ningún tipo de selección de clientela. Así lo señalan los informes referidos en los puntos 6.3 y 6.4 del presente escrito y las fotografías

tomadas por la empresa lima2night que adjuntamos al expediente.

En tal sentido, es totalmente falso que se impida el ingreso a Mama Batata por razones de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier otra índole.

De esta forma, la Comisión debe dejar de lado esta pretensión del Denunciante.

- 2. Que se obligue al centro de entretenimiento nocturno MAMA BATATA PERÚ - FUN AND GRILL a adoptar las medidas correctivas supervisables para prevenir futuras agresiones y prácticas discriminatorias de cualquier índole por parte de su personal de seguridad, dando así cumplimiento a lo establecido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política que establece expresamente que " nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"

Sostenemos nuevamente que Mamabars no practica ningún tipo de práctica discriminatoria tal como ya ha quedado acreditado.

Además, en este punto debe quedar claro que en ningún momento se agredió al Denunciante. El personal de seguridad de la empresa VIP solo rechazó sus agresiones defendiéndose tal como ha sido señalado en el Capítulo II del presente escrito.

De esta forma, no hay medidas correctivas que adoptar, toda vez que el personal de Mamabars tiene las medidas de seguridad bastante claras y no puede permitir que personas que llegan en estado de ebriedad e insultan a las personas que se encuentran en cola, a los ingresantes y al propio personal de seguridad, ingresen al Local, toda vez que son un riesgo potencial para el servicio de esparcimiento que provee Mamabars y dejar ingresar a sujetos que se encuentren en este estado, si podría generar un problema de idoneidad en el servicio frente a los demás consumidores que ingresan.

3. Ordenar al centro de entretenimiento nocturno "MAMA BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL que cumpla con reembolsar al señor Barrón el monto que indicaremos oportunamente y con el debido sustento por el tratamiento recibido como producto de la golpiza recibida.

En primer término, en ningún momento el Denunciante ha acreditado el haber recibido una golpiza. Sostenemos que de ninguna manera el personal de seguridad del Local dio una golpiza al Denunciante. Tan solo contuvo las propias agresiones del mismo y trató de calmarlo luego de haber aguantado un escándalo por parte del Denunciante frente a los clientes que ingresaban, los que se encontraban en la cola y el propio personal de seguridad.

Además, la Comisión debe tener en consideración que la presente pretensión es de naturaleza indemnizatoria y que esta excede la naturaleza y finalidad de las medidas correctivas que puede ordenar la autoridad administrativa.

El artículo 2 de la Ley 27917 establece en este extremo que la Comisión no es competente para ordenar indemnizaciones, correspondiendo tal facultad al Poder Judicial, de allí que tal pretensión debe ser rechazada.

4. Ordenar al centro de entretenimiento nocturno MAMA BATATA PERÚ - FUN AND BAR AND GRILL el pago de las costas y costos del proceso en que he incurrido como agraviado y Denunciante. Reservándonos el derecho de iniciar las acciones civiles y penales a que hubiera lugar.

En este punto quien debe pagar las costas y costos del procedimiento es el Denunciante, toda vez que está argumentando hechos sin pruebas que los sustenten y haciendo que Mamabars genere gastos innecesarios en abogados para defenderse.

POR TANTO:

Solicitamos a la Comisión de Protección al Consumidor, tenga por presentado los descargos a la denuncia presentada por el Denunciante y en su oportunidad disponga el archivo del presente procedimiento dado que no existe material probatorio que sustente los hechos del Denunciante y que ha quedado acreditado que en Mamabars no se realiza ninguna política discriminatoria.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Adjuntamos al presente escrito los siguientes anexos:

1. Informes y Memorándums de Indecopi en donde se señala claramente que en Mamabatata no se discrimina.
2. Fotografías tomadas por la empresa Lima2night que certifican que en Mamá Batata no se realiza ningún tipo de práctica discriminatoria.



NARGHIS TORRES
Abogado
CAL 21654



ALBERTO PASCO MORI
Gerente General de Mamabars
S.A.C.

DENUNCIANTE : AUGUSTO BARRÓN VELIS
(EL SEÑOR BARRÓN)

DENUNCIADO : MAMABARS S.A.C. (MAMA BATATA)

MATERIA : DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MEDIDAS CORRECTIVAS
MULTA
COSTAS Y COSTOS

ACTIVIDAD : RESTAURANTES, CAFÉS Y OTROS
ESTABLECIMIENTOS QUE EXPENDEN COMIDAS
Y BEBIDAS

PROCEDENCIA : LIMA

SUMILLA: en el procedimiento iniciado por el señor Augusto Barrón Velis en contra de Mamabars S.A.C. por infracción a la Ley de Protección al Consumidor¹, la Comisión ha resuelto lo siguiente:

- (i) Declarar fundada la denuncia por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. Ello, toda vez que Mama Batata no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que impidió el ingreso al señor Barrón a su local por causas objetivas y justificadas. En ese sentido, a la Comisión le genera convicción que Mama Batata incurrió en prácticas discriminatorias - trato diferenciado - al realizar una política de selección de clientela para el ingreso al referido establecimiento, sin que medien razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas que justifiquen dicho accionar.
- (ii) Ordenar a Mama Batata como medida correctiva, que en el plazo de 5 días hábiles de notificada la presente, cumpla con reembolsar al señor Barrón los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.
- (iii) Ordenar de oficio a Mamabars S.A.C. 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.
- (iv) Declarar improcedente el pedido del señor Barrón para que la denunciada le reembolse futuros gastos médicos. Ello, constituye una indemnización.

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 Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.



000277

- (v) Sancionar a Mama Batata con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias.
- (vi) Ordenar a Mama Batata que en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la presente, cumpla con pagar al denunciante la suma de S/. 34 por concepto de costas; sin perjuicio, del derecho que asiste al denunciante de solicitar la liquidación de las costas y costos una vez concluida la instancia administrativa.

SANCIÓN: 20 Unidades Impositivas Tributarias

Lima, 30 de mayo de 2007

1. HECHOS

El 18 de octubre de 2006, el señor Barrón denunció a Mama Batata por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor. Señaló que con fecha 30 de abril de 2006 siendo las 2:30 horas aproximadamente, acudió en compañía de un amigo al local de la denunciada, siendo el caso que, cuando procedía a entrar fue jalado violentamente por un miembro de seguridad quien no le explicó por qué otras personas ingresaban y él no, agrediéndolo verbalmente y luego físicamente, con un golpe de puño en el lado izquierdo del rostro, cayéndose al suelo, recibiendo varios golpes en distintas zonas del cuerpo. Agregó que como consecuencia de las agresiones sufridas, acudió a Emergencia de la Clínica Ricardo Palma, donde se le diagnosticó traumatismo encéfalo craneano.

En tal sentido, el señor Barrón solicitó a la Comisión que ordene a Mama Batata, en calidad de medida correctiva, que cumpla con reembolsarle los gastos que le genere su tratamiento médico. Asimismo, solicitó se ordene el pago de las costas y costos del procedimiento.

En su defensa, Mama Batata manifestó que el denunciante se encontraba en total estado de ebriedad y de manera prepotente quiso ingresar al local sin ningún tipo de consideración ni respeto por las personas que se encontraban en la cola ni por los miembros de seguridad que estaban custodiando la tranquilidad del local. Agregó que ante dicha situación los miembros de seguridad colocaron la cerca de fierro frente a la puerta, impidiendo su ingreso y el de su acompañante, puesto que eran un potencial peligro para los consumidores que se encontraban dentro del local, lo cual les fue comunicado.





000278

Mama Batata precisó que el denunciante al verse impedido de ingresar agredió verbalmente a los miembros de seguridad, para luego agredir físicamente a uno de ellos, siendo el caso que, su personal sólo intentó defenderse evitando los golpes y protegiéndose de los mismos. Añadió además, que luego del incidente su Gerente General se pudo percatar del estado de ebriedad del señor Barrón, motivo por el cual concluyó que en ese momento no podía llegar a un entendimiento con el mismo; siendo por ello, que le proporcionó su número telefónico personal al abogado del denunciante a fin de poder llegar a una solución.

Con fecha 7 de marzo de 2007, la Secretaría Técnica citó a las partes a una audiencia de conciliación; sin embargo, las mismas no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Luego de estudiar el expediente y conforme a los antecedentes expuestos, la Comisión considera que debe determinar:

- (i) si Mama Batata incurrió en la comisión de prácticas discriminatorias y, en este sentido, si infringió lo establecido por el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor;
- (ii) si procede ordenar a Mama Batata la medida correctiva solicitada por el denunciante;
- (iii) la sanción a imponer, de comprobarse la responsabilidad administrativa de Mama Batata; y,
- (iv) si corresponde ordenar a Mama Batata el pago de los costos y costas en los que hubiese incurrido el denunciante en el procedimiento.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1 Cuestión Previa

El señor Barrón manifestó que al acudir al local de la denunciada no se le dejó entrar sin causa objetiva alguna, siendo además agredido física y verbalmente por los miembros de su seguridad.

En virtud a ello, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia por presunta infracción a los artículos 7B y 8° de la Ley de Protección al Consumidor². Sin

² Mediante Proveído N° 1 de fecha 2 de noviembre de 2006, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia por 3/15



embargo, del análisis de la denuncia se aprecia que ésta se encuentra referida únicamente a la presunta infracción por parte de Mama Batata al haber incurrido en prácticas discriminatorias contenida en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

En efecto, el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor hace referencia a la obligación del proveedor de entregar al consumidor sus productos o prestar sus servicios en las condiciones ofrecidas y acordadas. Por ese motivo, dicho artículo no sería de aplicación al procedimiento, debido a que el hecho denunciado no configura este supuesto sino que se encuentra referido a presunta práctica discriminatoria empleada por Mama Batata, al impedirle el ingreso a su local sin causa objetiva alguna, habiendo sido agredido física y verbalmente por los miembros de su seguridad.

Por lo tanto, corresponde dejar de lado el análisis de la denuncia por presunta infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor; y proceder al análisis de la presunta infracción al artículo 7B de la referida Ley.

3.2 Sobre los actos de discriminación

3.2.1 Normativa aplicable

El artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."

Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor consagra una serie de derechos de los consumidores, entre los que se encuentran el derecho de acceder a una 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.⁶

presunta infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor y mediante Proveedor N° 11 de fecha 4 de abril de 2007, se amplió por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

⁶ LEY DE PROTECCIÓN 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;
- d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial..."



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".⁷

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 de los 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 social 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.

⁷ Artículo agregado por el artículo 2 de la Ley 27049, publicada el 6 de enero de 1999 en el diario oficial "El Peruano"



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 qué 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 a 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 puede dejar de reconocerse 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 y justificadas, 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

El señor Barrón manifestó que al acudir al local de la denunciada no se le dejó ingresar sin causa objetiva alguna, siendo además agredido física y verbalmente por los miembros de su seguridad.

En su defensa, Mama Batata manifestó que el denunciante se encontraba en total estado de ebriedad y de manera prepotente quiso ingresar al local sin ningún tipo de consideración ni respeto por las personas que se encontraban en la cola ni por los miembros de seguridad que estaban custodiando la



tranquilidad del local. Agregó además que sus miembros de seguridad sólo se defendieron de los golpes proporcionados por el denunciante.

000282

Cabe tener en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor establece que la carga de la prueba sobre un trato desigual corresponde al consumidor afectado y que corresponde al proveedor de bienes o servicios acreditar la existencia de causas objetivas y justificadas.

A fin de acreditar los actos discriminatorios que habría cometido Mamá Batata, el denunciante presentó los siguientes medios probatorios:

- (i) Oficio N° 1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL de fecha 30 de abril de 2006, dirigido al Jefe del Instituto de Medicina Legal de Lima, del mismo que se desprende lo siguiente³:

"(...) se practique el examen de reconocimiento médico legal en la persona de Augusto BARRÓN VELIS (36), a fin de determinar lesiones recientes que pudiera presentar, quien refiere haber sido agredido físicamente por persona conocida, hecho ocurrido el 30 ABR06, en el distrito de Miraflores" (el subrayado es nuestro)

- (ii) Conclusiones de parte de fecha 23 de mayo de 2007 emitida por la Comisaría de Miraflores:

"IV.-CONCLUSIÓN

- A.** Que el día 30ABR2006, en horas de la madrugada, Augusto BARRON VELIS (36), fue víctima de Falta Contra la Persona – Lesiones, cometido por personal de seguridad de la Emp. VIPS, en el frontis del local BAR "Mama Batata", representada por su administrador Sr. Alberto Manuel PASCO MORI (30), ubicado en el interior del Centro Comercial Larco Mar de Miraflores
- B.** Se prosiguen con las investigaciones tendentes a la plena identificación, ubicación del sujeto conocido como Rodolfo ORTIZ, de cuyo resultado positivo se dará cuerna a la Autoridad Judicial competente con el documento respectivo conforme a Ley.- (...)" (el subrayado es nuestro)

- (iii) Historia Clínica N° 32094 de la Clínica Ricardo Palma, de donde se desprende que el denunciante fue atendido por Emergencia el 30 de abril de 2006 a las 4:46 horas, siendo diagnosticado con conmoción

³ Ver fojas 105 del expediente.





000283

cerebral – policontuso, indicándosele reposo e Ibuprofeno cada 8 horas⁴. Además se pudo apreciar la siguiente información:

“Paciente agredido por golpe en cara No pérdida de conciencia, luego de 01 hora aprox. Presenta estado de confusión, cefalea (...) golpe a extremidades y tórax. (...).

DX. TEC. Conmoción cerebral, Policontuso”

(el subrayado es nuestro)

Por otro lado, cabe señalar que el denunciante presentó como medio probatorio un Informe Médico de fecha 11 de mayo de 2006, emitido por el Instituto Neurológico Ricardo Palma, donde se refiere que en la fecha de emisión fue atendido el señor Barrón⁵. Sin embargo, conforme se puede observar de la Historia Clínica antes descrita, el señor Barrón se atendió por Emergencia de la Clínica Ricardo Palma el 30 de abril de 2006, motivo por el cual, la Comisión sólo tendrá en cuenta dicha prueba respecto a la atención médica que recibió el denunciante.

En ese sentido, de las pruebas expuestas y de los argumentos vertidos por las partes, ha quedado acreditado que: (i) el denunciante fue impedido de ingresar al local de Mama Batata; y, (ii) que el denunciante fue agredido físicamente por el personal de seguridad de dicho establecimiento. En ese sentido, corresponde a Mama Batata acreditar que la negativa de acceso a su local comercial se debió a causas de seguridad o tranquilidad de sus otros clientes u otras causas objetivas justificadas, de conformidad con lo establecido por la Ley de Protección al Consumidor.

Sobre el particular, Mama Batata ha señalado que el señor Barrón se encontraba en total estado de ebriedad y de manera prepotente quiso ingresar al local sin ningún tipo de consideración ni respeto por las personas que se encontraban en la cola ni por los miembros de seguridad que estaban custodiando la tranquilidad del local, siendo el denunciante un potencial peligro para los consumidores que se encontraban dentro del local, constituyendo dicho hecho una razón objetiva por el cual se le impidió el ingreso al local. Asimismo, afirmó que el señor Barrón al verse impedido de ingresar, agredió verbalmente a los miembros de seguridad, para luego agredir físicamente a uno de ellos, siendo el caso que, su personal sólo intentó defenderse evitando los golpes y protegiéndose de los mismos.

Sin embargo, Mama Batata no ha presentado medio probatorio alguno que sustente debidamente sus afirmaciones, de conformidad con lo establecido por el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor y el artículo 196 del Código Procesal Civil⁹, por el contrario, sólo ha limitado su defensa en: (i) referir el

⁴ Ver fojas 117 y siguientes del expediente.

⁵ Ver fojas 9 del expediente.

⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL





Memorandum N° 821-2006/GAF-AFI que contiene el Informe N° 149-2006-EAB/AFI y el Memorandum N° 1079-2006/GAF-AFI que contiene el Informe N° 181-2006-EAB/AFI, los mismos que resumen las diligencias de inspección realizadas por el INDECOPI al local de Mama Batata, concluyendo que en dicho establecimiento no se discrimina⁶; y, (ii) presentar fotografías tomadas por la empresa Lima2night en diferentes fechas, donde se aprecia la asistencia de personas de distintas razas al local de Mama Batata, lo que demostraría que dicho establecimiento no discrimina⁷. Pruebas que a consideración de la Comisión no acreditan que al señor Barrón no se le haya permitido ingresar al local de **Mama Batata por causas objetivas.**

En efecto, los argumentos expuestos por Mama Batata podrían constituir causas que, objetivamente, justificarían el impedimento del ingreso del denunciante, en la medida que, el permitir el ingreso de consumidores en estado de ebriedad, podría ocasionar que se alterara el desarrollo normal de su actividad comercial. No obstante ello, Mama Batata no ha presentado prueba alguna que acredite que (i) el señor Barrón se encontraba en total estado de ebriedad; (ii) que el señor Barrón haya agredido físicamente a los miembros de su seguridad.

Por las consideraciones expuestas, en la medida que Mama Batata no ha acreditado que negó al señor Barrón el acceso a su local por causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas; a la Comisión le genera convicción que Mama Batata incurrió en actos de discriminación - trato diferenciado - en contra del denunciante, al ejecutar una política de selección de clientela.

En ese sentido, la Comisión considera que Mama Batata ubicado en el centro comercial Larco Mar, distrito de Miraflores, ha incurrido en una infracción a la Ley de Protección al Consumidor, al realizar actos de discriminación - trato diferenciado -, por lo que corresponde declarar fundada la denuncia presentada por el señor Barrón por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

3.3 De la medida correctiva solicitada por el denunciante

El artículo 42 inciso k) la Ley de Protección al Consumidor⁶ y el artículo 232 numeral 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, facultan a la

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

⁶ Ver fojas 61 y siguientes del expediente.

⁷ Ver fojas 63 y siguientes del expediente.

⁶ 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.

(...)





000285

Comisión para ordenar a los proveedores, de oficio o a pedido de parte, cualquier medida correctiva que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente.

En el presente caso, el señor Barrón solicitó a la Comisión que ordene a Mama Batata, cumpla con reembolsarle los gastos que le genere su tratamiento médico.

Al respecto, conforme a lo establecido en el artículo 232.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el artículo 42 de la Ley de Protección al Consumidor, corresponde a la Comisión dictar las sanciones administrativas correspondientes y 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. Sin embargo, las indemnizaciones de carácter civil, como son el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, son de competencia exclusiva del Poder Judicial⁸.

En ese sentido, es competencia de los jueces y tribunales civiles pronunciarse sobre una solicitud de indemnización, por lo que corresponde declarar improcedente el pedido del señor Barrón para que se ordene a Mama Batata el reembolso de los gastos que le genere su tratamiento médico.

No obstante lo anterior, la Comisión considera que se debe ordenar a Mama Batata, a fin de remitir la conducta infractora, como medida correctiva, que en el plazo de 5 días hábiles de notificada la presente, cumpla con reembolsar al señor Barrón los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.

Por otro lado, la Comisión considera pertinente ordenar de oficio como mediada correctiva que, Mama Batata se abstenga de continuar con la comisión

- 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.

⁷ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

1. Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior (...)

⁸ LEY QUE MODIFICA Y PRECISA LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 42 DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - LEY N° 27917

Artículo 2.- Indemnizaciones

Precísase que las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Para ello se parte de la existencia de una relación de consumo en todos los sectores y sin límite de monto. Las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria.

La Comisión no es competente para ordenar indemnizaciones. Corresponde esta facultad, de manera exclusiva, al Poder Judicial. Las pretensiones de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria que se presenten a la Comisión de Protección al Consumidor, en el marco de una relación de consumo, serán rechazadas.





00028

de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

La presente medida correctiva se sujetará a las responsabilidades del proveedor y los derechos de la denunciante señalados en los puntos siguientes.

3.3.1 Responsabilidad de la denunciada en caso de incumplimiento de la medida correctiva

Debe advertirse a la denunciada que el incumplimiento de la medida correctiva ordenada en el párrafo precedente será considerado como una infracción grave a los derechos del consumidor. En este sentido, de no cumplir la medida correctiva dentro del plazo establecido, la Comisión podrá imponer a Mama Batata una multa⁹, la misma que será duplicada sucesiva e ilimitadamente hasta el total cumplimiento de la medida correctiva ordenada.

La sanción impuesta a Mama Batata podrá ser ejecutada coactivamente por el INDECOPI, situación en la cual se procederá al embargo de sus bienes hasta el monto que cubra la deuda impaga, su posterior remate y la potestad de ordenar la clausura de su establecimiento comercial; ello, en caso de no cumplir con el pago oportuno de la obligación pendiente a favor del INDECOPI.

3.3.2 Derechos del denunciante frente al incumplimiento de la medida correctiva ordenada

En caso que se configure un incumplimiento de la medida correctiva por parte de la denunciada, el señor Barrón deberá remitir un escrito a la Secretaría Técnica comunicando acerca de este hecho. Luego de ello, la Comisión verificará si se ha producido un incumplimiento para imponer las sanciones establecidas por el artículo 44 de la Ley de Protección al Consumidor.

La sanción impuesta al proveedor, en caso de incumplimiento, tiene como única finalidad procurar el cumplimiento oportuno de la medida correctiva. Por ello, las sanciones impuestas serán duplicadas de forma sucesiva e ilimitada hasta el total cumplimiento de la medida correctiva ordenada y durante todo el tiempo que transcurra hasta que se haga un cumplimiento efectivo de la misma.

⁹ La Comisión puede imponer sanciones de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias. Así, considerando el valor actual de la UIT: S/. 3 450, el rango de la multa que puede ser impuesta es de hasta S/. 345 000, dependiendo de cada caso articular y por el grado de afectación que produzca el incumplimiento de la medida correctiva.





000287

No obstante lo indicado, no constituye una facultad del INDECOPI ejecutar la medida correctiva a favor del consumidor, pues el Estado ha reservado esta potestad únicamente al Poder Judicial. Por estas razones, el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor establece que las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen Títulos de Ejecución conforme a lo dispuesto por el artículo 713 del Código Procesal Civil.

3.4 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 concreto¹¹.

En el presente caso, se ha verificado que Mama Batata ha incurrido en prácticas discriminatorias – trato diferenciado - 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, salas de baile, bares, pub, etc. 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.

De otro lado, 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;

¹¹ LEY DE PROTECCIÓN 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.





000288

ello, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas han sido elevadas¹².

Adicionalmente, la Comisión considera que se debe tomar en cuenta como conducta agravante por parte de Mama Batata, el hecho que su personal de seguridad haya agredido físicamente al denunciante, tal y como ha quedado acreditado en la presente resolución.

Por las razones expuestas, la Comisión considera que corresponde sancionar a Mama Batata con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias.

3.5 Sobre el pago de costas y costos

De conformidad con lo establecido por el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807 en cualquier procedimiento contencioso seguido ante INDECOPI es potestad de la Comisión ordenar el pago de los costos y costas en que hubiera incurrido el denunciante o el INDECOPI en los casos en que, luego del análisis correspondiente, así lo considere conveniente¹¹.

En este caso, en la medida que ha quedado acreditado que Mama Batata ha incurrido en prácticas discriminatorias – trato diferenciado –, al no haber permitido el ingreso del denunciante a su local, la Comisión considera que corresponde ordenar a Mama Batata el pago de las costas y costos en que hubiese incurrido el señor Barrón durante el procedimiento.

En consecuencia, Mama Batata deberá cumplir en un plazo no mayor de 5 días hábiles de notificada la presente, con pagar al señor Barrón las costas del procedimiento, que a la fecha ascienden a la suma de S/.34¹²; sin perjuicio de ello, y de considerarlo pertinente, una vez que se ponga fin a la instancia administrativa, el denunciante podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costas y costos¹³.

¹² Ver Resolución N° 0221-2004/TDC-INDECOPI correspondiente al expediente NO 022-2003/CPCSUR-CUS. En dicha resolución se sancionó al Pub mama América en el Cusco con 20 UIT. Asimismo, ver Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI de fecha 26 de agosto de 2005, que confirma la Resolución Final N° 1255-2004/CPC de fecha 24 de noviembre de 2004, emitida por la Comisión, y en la que se sanciona con una multa de 35 UIT a la discoteca Aura.

¹¹ DECRETO LEGISLATIVO N° 807

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716.

¹² Tasa correspondiente al derecho de presentación de la denuncia.

¹³ Dicha solicitud deberá ser acompañada de los documentos que sustenten los gastos incurridos por la denunciante en la tramitación del presente procedimiento.





000284

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

PRIMERO: declarar fundada la denuncia interpuesta por el señor Augusto Barrón Velis en contra de Mamabars S.A.C. por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

SEGUNDO: ordenar a Mamabars S.A.C. como medida correctiva, que en el plazo de 5 días hábiles de notificada la presente, cumpla con reembolsar al señor Augusto Barrón Velis los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.

TERCERO: ordenar de oficio a Mamabars S.A.C. 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

CUARTO: declarar improcedente el pedido del señor Augusto Barrón Velis para que Mamabars S.A.C. le reembolse futuros gastos médicos.

QUINTO: sancionar a Mamabars S.A.C. con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias¹⁴, la cual será rebajada en 25% si la empresa denunciada consiente la presente resolución y procede a cancelar la multa impuesta 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° 27890, Ley General del Sistema Concursal¹⁵.

¹⁴ 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.

¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN 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° 27990, LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

DÉCIMOTERCERA.- Plazo de interposición del recurso de apelación en 1el 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.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
 Lloyd's Register Quality Assurance



COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

RESOLUCIÓN FINAL N° 1043-2007/CPC

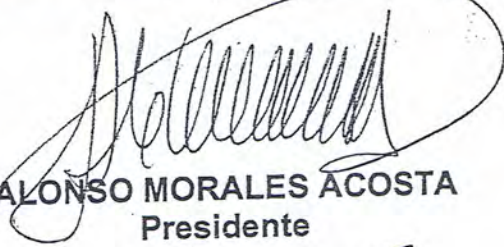
EXPEDIENTES N° 2116-2006/CPC

indecopi

000291

SEXTO: ordenar a Mamabars S.A.C. que en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la presente, cumpla con pagar al señor Augusto Barrón Velis la suma de S/. 34 por concepto de costas correspondientes al procedimiento seguido bajo el Expediente N° 2116-2006/CPC, bajo apercibimiento de aplicarse las sanciones establecidas por el artículo 44 de la Ley de Protección al Consumidor. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste al denunciante de solicitar la liquidación de las costas y costos una vez concluida la instancia administrativa.

Con la intervención de los señores Comisionados: **Dr. Alonso Morales, Dr. Juan Luis Daly, Dr. Uriel García, Dra. Lorena Masías, Sr. Diego Cisneros, y Dr. Mauricio Novoa.**


ALONSO MORALES ACOSTA
Presidente



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028
Lloyd's Register Quality Assurance

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DENUNCIANTE : AUGUSTO BARRÓN VELIS
DENUNCIADO : MAMABARS S.A.
MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DISCRIMINACIÓN
NULIDAD
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

05
10/12/07
21

Lima, 6 de diciembre de 2007

ANTECEDENTES

1. El 18 de octubre de 2006, el señor Augusto Barrón Velis (en adelante, el señor Barrón) denunció a Mamabars S.A. (en adelante, Mamabars) propietaria del bar – discoteca “Mamá Batata” (en adelante, “Mamá Batata”) ubicada en el Centro de Entretenimiento Larcomar (en adelante, Larcomar) por presunta infracción al artículo 7B del Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor.
2. El denunciante manifestó lo siguiente:
 - (i) el 30 de abril de 2006 fue impedido violentamente de ingresar al local “Mamá Batata” por el personal de seguridad del establecimiento, sin que se explicaran los motivos por los cuales se le negaba el acceso al local. Asimismo, fue agredido verbal y físicamente (recibió un golpe de puño en el lado izquierdo del rostro, así como golpes y patadas en distintas zonas del cuerpo) por un miembro de seguridad del establecimiento, que pertenece a la empresa “VIP’s”;
 - (ii) al solicitar explicaciones al establecimiento por el incidente y la identificación de su agresor, se negaron a brindarle información y si bien el administrador del local se comprometió a investigar los hechos, hasta la fecha no se habían comunicado con él;
 - (iii) el día de la agresión fue examinado en la Clínica Ricardo Palma diagnosticándose que, como consecuencia de la agresión, sufrió un traumatismo encéfalo craneano, conmoción cerebral y policontusiones. El diagnóstico del médico legista del Ministerio Público ratificó dicho diagnóstico.

M-SDC-13/1E



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCION 2478-2007/TDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

3. El denunciante solicitó a la Comisión que sancione a Mamabars y le ordene adoptar medidas correctivas para prevenir futuras agresiones y prácticas discriminatorias. Asimismo, solicitó el reembolso de los gastos por el tratamiento médico recibido a consecuencia de la agresión. Finalmente, solicitó el pago de las costas y costos del procedimiento.
4. En sus descargos, Mamabars manifestó lo siguiente:
- (i) un elemento importante que se tiene en cuenta en la conducción del establecimiento es la seguridad de los consumidores, de allí que se han implementando mecanismos para evitar conductas antisociales, como lo es impedir el ingreso de personas en estado de ebriedad, con armas u otros elementos que puedan poner en riesgo la seguridad de sus clientes;
 - (ii) el denunciante acudió al establecimiento "Mamá Batata" a las 02:30 del 30 de abril de 2006 en total estado de ebriedad, intentando ingresar al local de manera prepotente, por lo que para garantizar la seguridad de los demás consumidores que se encontraban al interior del local, los miembros de seguridad le impidieron el ingreso;
 - (iii) el denunciante y su acompañante agredieron verbalmente al personal de seguridad y a aquellos consumidores a quienes sí se permitió el ingreso al establecimiento. Acto seguido, el denunciante intentó agredir físicamente al personal de seguridad, que intentó defenderse evitando los golpes y protegiéndose de los mismos;
 - (iv) dado que el denunciante persistía en su conducta, un miembro de seguridad tuvo que sujetarlo para contener sus agresiones, pero dada la fuerza y estado de ebriedad del señor Barrón, ambos cayeron al suelo;
 - (v) la actuación del personal de seguridad fue adecuada, y su reacción fue generada por la agresión ilegítima del denunciante. No es cierto que el personal de seguridad hubiera provocado al denunciante; y,
 - (vi) en el local de "Mamá Batata" nunca se ha impedido el ingreso de personas por ningún concepto discriminatorio, conforme lo había comprobado la propia Comisión en diligencias de inspección realizadas el 10 de junio y el 22 de julio de 2006.
5. Mediante Resolución 1043-2007/CPC del 30 de mayo de 2007, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Mamabars por infracción al artículo 7B del

RESOLUCION 2478-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

Decreto Legislativo 716, lo sancionó con una multa de 20 UIT y lo condenó pago de las costas y costos del procedimiento, por incurrir en prácticas discriminatorias en perjuicio del señor Barrón al impedir su ingreso al establecimiento "Mamá Batata", sin que medien razones de seguridad o de tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas que justifiquen dicha conducta. Ello, toda vez que la denunciada no había probado que impidió el ingreso al señor Barrón a su local por causas objetivas y justificadas. Por tal motivo, se ordenó a la denunciada que en un plazo no mayor de 5 días hábiles de notificada la Resolución, cumpla con reembolsar al señor Barrón los gastos de atención médica en que incurrió el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma. Asimismo, le ordenó que se abstenga de continuar con prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

6. El 11 de junio de 2007, el señor Barrón interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Primera Instancia alegando que ésta había omitido pronunciarse sobre la infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo 716 por no brindarle un servicio idóneo, pues ningún consumidor que concurre a un local espera ser golpeado por el personal de seguridad. Asimismo, solicitó se incremente la multa impuesta a Mamabars por la gravedad de la infracción cometida.
7. En la misma fecha, Mamabars apeló la Resolución 1043-2007/CPC por las siguientes consideraciones:
- (i) la Comisión realizó una indebida valoración de los medios probatorios presentados por el denunciante, pues el Oficio 1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL por el que se solicitó al Jefe del Instituto de Medicina Legal el reconocimiento médico legal del señor Barrón, las conclusiones del parte policial y del informe médico de la Clínica Ricardo Palma, habían sido emitidos por terceras personas que no se encontraban en el momento ni en el lugar de los hechos y con posterioridad al momento en que éstos se produjeron, por lo que no podían ser considerados para determinar lo que ocurrió en esa oportunidad;
 - (ii) las conclusiones del parte policial no pueden ser vinculantes para resolver los hechos denunciados, pues sólo reflejan una investigación preliminar e incompleta;

- (iii) la Comisión no había valorado las pruebas presentadas por Mamabars como las fotografías emitidas por la empresa Lima2night correspondientes a la fecha en que se produjeron los hechos, que demostraban que la empresa permitía el ingreso de personas de diversos rasgos raciales y edades. No se consideró el informe de ocurrencia emitido por la empresa "VIP's" sobre lo sucedido, ni el informe de la empresa Eulen que presta servicios de seguridad en las instalaciones de Larcomar, que daban cuenta del estado de ebriedad en el que se encontraba el señor Barrón. La Resolución tampoco tomó en cuenta los argumentos expresados en la audiencia de informe oral, ni los informes del propio INDECOPI que acreditan que en su establecimiento no se discrimina;
- (iv) estas circunstancias ponían en evidencia una infracción a su derecho al debido procedimiento, viciando de nulidad la Resolución, al negarle el derecho a exponer argumentos, ofrecer pruebas y obtener una decisión motivada;
- (v) la Resolución también está viciada de nulidad porque no se permitió a la denunciada presentar sus descargos sobre las conclusiones del parte policial presentado por el denunciante, que le fue notificado el 29 de mayo de 2007, emitiéndose la Resolución el 31 de mayo de 2007;
- (vi) la Comisión encauzó la denuncia como presuntos actos de discriminación, con posterioridad a la celebración de la audiencia de informe oral, lo cual contraviene los artículos 34 y 35 del Decreto Legislativo 807 y vicia de nulidad el procedimiento;
- (vii) resulta contradictorio declarar improcedente el pedido del señor Barrón para que se ordene a Mamabars el reembolso de los gastos que genere su tratamiento médico por tener naturaleza indemnizatoria y, a la vez, ordenar a la empresa el reembolso de los gastos médicos incurridos el 30 de abril de 2006; y,
- (viii) la multa impuesta resulta excesiva; y,
- (ix) finalmente, solicitó tener en cuenta que no se estaría frente a una relación de consumo ni en una etapa previa a ésta, pues el ingreso al establecimiento es gratuito.

8. El 24 de julio y el 24 de agosto de 2007, Mamabars y el señor Barrón, respectivamente, solicitaron que se les conceda el uso de la palabra.
9. El 29 de noviembre se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la participación de los representantes de ambas partes. Mamabars reiteró los argumentos de sus descargos. Indicó que el hecho que la Comisión le hubiera imputado responsabilidad por no acreditar las circunstancias en las que se dieron los hechos la han llevado a instalar cámaras de seguridad en el ingreso del establecimiento para evitar que situaciones de esta naturaleza se repitan en el futuro. El representante del señor Barrón, por su parte, manifestó que a pesar de lo alegado por Mamabars, no se había demostrado que el denunciante se haya encontrado ebrio cuando pretendió ingresar al local "Mamá Batata", pues de haber sido así, el médico que lo atendió hubiera dejado constancia de ese hecho al examinarlo. En todo caso, cuestionó que el estado de ebriedad de una persona justifique que no se le deje ingresar a un local donde se expenden bebidas alcohólicas.

ANÁLISIS

10. La Comisión declaró fundada la denuncia contra Mamabars por infracción al artículo 7B del Decreto Legislativo 716 por considerar que dicha empresa incurrió en prácticas discriminatorias en perjuicio del señor Barrón al impedirle ingresar al establecimiento "Mamá Batata" y agredirlo, sin haber presentando medio probatorio alguno que sustente debidamente las razones que justificaran tales acciones. En sus descargos Mamabars manifestó que el denunciante se encontraba en estado de ebriedad, que quiso ingresar al establecimiento de manera prepotente, por lo que entendieron que constituía un potencial peligro para los consumidores dentro del local. Asimismo, indicó que el denunciante había intentado agredir al personal de seguridad del establecimiento, por lo que había tenido que ser controlado por éste.
11. Si bien en su pronunciamiento la Comisión valoró medios probatorios presentados por la denunciada para demostrar que en su local no se incurre en prácticas discriminatorias, no se pronunció sobre los medios probatorios ofrecidos por Mamabars para acreditar las causas objetivas que justificaron su decisión de impedir el ingreso del señor Barrón a dicho establecimiento.
12. De la revisión del expediente se aprecia que Mamabars ofreció como pruebas un informe de la empresa VIPs, a cargo de la seguridad de "Mamá Batata"¹. Asimismo, presentó una carta suscrita por el Gerente de Seguridad y Control

¹ Ver fojas 152 y siguientes del expediente.

de Larcomar² en la que se transcribe el informe del personal de seguridad de Eulen del Perú, donde se declara haber observado cómo se produjeron los hechos en el local de la denunciada. Para Mamabars, estos medios probatorios acreditaban que la conducta del señor Barrón involucró agresiones, por lo que era justificada la decisión de su personal de seguridad de impedirle el ingreso al local.

13. La Resolución apelada no se pronunció respecto a esos medios probatorios, y en consecuencia, éstos no fueron tomados en cuenta al resolver. Ello implica una afectación al derecho de defensa de Mamabars, pues se le privó del derecho a que sean valoradas cada una de sus pruebas. Debe tenerse en cuenta que ante el ofrecimiento de pruebas realizado por el denunciado, era obligación de la Comisión declarar la pertinencia o improcedencia de los mismos³ y en su caso, exponer los motivos por los cuales éstos le generan o no convicción sobre los hechos alegados por éste.
14. Por otro lado, la Resolución apelada citó las conclusiones del parte policial de fecha 23 de mayo de 2007, el cual refiere que *"el día 30ABR2006, en horas de la madrugada, Augusto BARRON VELIS (36), fue víctima de Falta contra la Persona – Lesiones, cometido por personal de seguridad de la Emp. VIPS, en el frontis del local BAR "Mama Batata"*.
15. Dicho documento fue notificado a Mamabars el 29 de mayo de 2007 y la Comisión se pronunció sobre la denuncia del señor Barrón el 30 de mayo de 2007, es decir, al día siguiente, sin darle oportunidad de formular observaciones a las conclusiones del parte policial, restringiendo el derecho de defensa del denunciado.

² Ver fojas 270 y siguientes del expediente.

³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 190.- **Pertinencia e Improcedencia.**- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.
3. Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
4. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
5. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

16. Al haberse incorporado al expediente las conclusiones de un parte policial que imputaban a la denunciada un trato discriminatorio, correspondía que la Secretaría Técnica de la Comisión le conceda un plazo razonable para presentar sus argumentos o las correspondientes pruebas de descargo sobre el particular. Sin embargo, ello no ocurrió, lo cual también constituye una afectación al derecho de la recurrente a un debido procedimiento.
17. El artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444⁴ establece que uno de los principios en que se fundamenta en procedimiento administrativo es el del debido procedimiento.
18. El artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú establece el principio del debido proceso como garantía de la función jurisdiccional, precisando su observancia en todas las instancias del proceso. Esta garantía constitucional comprende no sólo las facultades de invocar pretensiones o formular alegaciones, de presentar pruebas que las sustenten y de contradecir las pretensiones o alegaciones planteadas por la otra parte, sino que implica el deber del juzgador de tener en cuenta y valorar las alegaciones y pruebas de cada una de las partes.
19. Las referidas disposiciones consagran un conjunto de garantías que corresponden a todo proceso de solución de controversias. Así, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el recurso de casación N° 2870-2005 JUNIN dictado mediante sentencia del 9 de junio de 2006, ha señalado que al resolver, debe existir un pronunciamiento coherente sobre cada uno de los medios probatorios actuados, siendo obligación del juzgador emitir resoluciones que respondan a cabalidad los argumentos esgrimidos por las partes, los medios probatorios ofrecidos por éstas y demás elementos que coadyuvan al descubrimiento de la verdad y no limitarse a respaldar la posición de una de las partes.
20. De acuerdo con lo expuesto, la omisión de pronunciarse sobre todos los medios probatorios ofrecidos por Mamabars y no haber otorgado un plazo razonable para que esta última manifieste su posición sobre las conclusiones

⁴ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo.

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

(...)

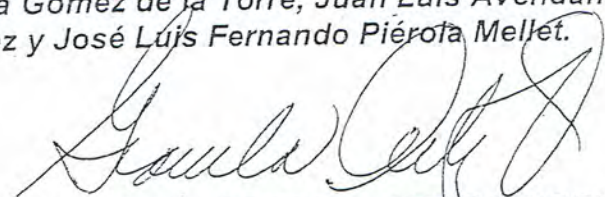
1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución 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.

del parte policial presentado por el denunciante, implican una afectación al derecho a un debido procedimiento.

21. El artículo 10 de la Ley 27444 establece como causales de nulidad del acto administrativo la contravención a las leyes así como la ausencia o defecto de sus requisitos de validez⁵. Asimismo, el artículo 3 de la referida Ley dispone que el acto administrativo debe cumplir el procedimiento regular previsto en el ordenamiento jurídico⁶.
22. Al haberse verificado una causal de nulidad que no se refiere a cuestiones de derecho, sino a la afectación al debido procedimiento, no corresponde que esta Sala integre la Resolución apelada sino devolver el expediente a Primera Instancia y disponer que la Comisión subsane el vicio detectado y emita un nuevo fallo pronunciándose sobre todos los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, incluyendo aquellos presentados en esta instancia.

RESUELVE: declarar la nulidad de la Resolución 1043-2007/CPC del 30 de mayo de 2007 y disponer que la Comisión de Protección al Consumidor expida nueva resolución cumpliendo con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto, prosiguiendo el trámite del procedimiento de acuerdo a ley.

Con la intervención de los señores vocales Rosa María Graciela Ortiz Origgí, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Juan Luis Avendaño Valdez, Luis José Díez Canseco Núñez y José Luis Fernando Piérola Mellet.



ROSA MARÍA GRACIELA ORTIZ ORIGGI
Presidenta

⁵ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 10.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

⁶ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

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

DENUNCIANTE : AUGUSTO BARRÓN VELIS (EL SEÑOR BARRÓN)
DENUNCIADO : MAMABARS S.A.C. (MAMA BATATA)
MATERIA : DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MEDIDAS CORRECTIVAS
MULTA
COSTAS Y COSTOS
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, CAFÉS Y OTROS
ESTABLECIMIENTOS QUE EXPENDEN COMIDAS
Y BEBIDAS
PROCEDENCIA : LIMA

000592

SUMILLA: en el procedimiento iniciado por el señor Augusto Barrón Velis en contra de Mamabars S.A.C. por infracción a la Ley de Protección al Consumidor¹, la Comisión ha resuelto lo siguiente:

- (i) Declarar improcedente la denuncia por infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. Ello, toda vez que las presuntas agresiones físicas alegadas por el señor Barrón, constituyen ilícitos penales que deben ser analizados en la vía judicial.
- (ii) Declarar fundada la denuncia por infracción al artículo 7B° de la Ley de Protección al Consumidor. Ello, toda vez que Mama Batata no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que impidió el ingreso del señor Barrón a su local por causas objetivas y justificadas. En ese sentido, a la Comisión le genera convicción que Mama Batata incurrió en prácticas discriminatorias – trato diferenciado - al realizar una política de selección de clientela para el ingreso al referido establecimiento, sin que medien razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas que justifiquen dicho accionar.
- (iii) Ordenar a Mama Batata, como medida correctiva, que
 - cumpla con reembolsar al señor Barrón los gastos de atención médica en que éste incurrió el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.
 - 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y debidamente acreditadas.
- (iv) Declarar improcedente el pedido del señor Barrón para que la denunciada le reembolse futuros gastos médicos. Ello, toda vez que dicha solicitud tiene naturaleza indemnizatoria.

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 Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

- (v) Sancionar a Mama Batata con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias.
- (vi) Ordenar a Mama Batata que en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la presente, cumpla con pagar al denunciante la suma de S/. 34.00 por concepto de costas; sin perjuicio, del derecho que asiste al denunciante de solicitar la liquidación de las costas y costos una vez concluida la instancia administrativa.

SANCIÓN: 20 Unidades Impositivas Tributarias

Lima, 7 de agosto de 2008

1. HECHOS

El 18 de octubre de 2006, el señor Barrón denunció a Mama Batata por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor. Señaló que el 30 de abril de 2006 a las 2:30 am., acudió al establecimiento de la denunciada en compañía de un amigo. No obstante, al pretender ingresar fue jalado violentamente por un miembro de seguridad quien, en lugar de explicarle porqué otras personas ingresaban y él no, lo agredió verbal y luego físicamente. Agregó que a consecuencia de las agresiones sufridas, acudió a Emergencia de la Clínica Ricardo Palma, donde se le diagnosticó traumatismo encéfalo craneano.

En virtud a ello, solicitó como medida correctiva, que Mama Batata cumpla con reembolsarle los gastos que le genere el tratamiento médico, así como las costas y costos del procedimiento.

En su defensa, Mama Batata indicó que el señor Barrón pretendió ingresar al local de manera prepotente y en estado de ebriedad, alterando la tranquilidad de los clientes. Alegó que ante dicha situación, los miembros de seguridad colocaron la cerca de fierro frente a la puerta, impidiendo su ingreso y el de su acompañante. Ello, debido a que eran un potencial peligro para los consumidores que se encontraban al interior del establecimiento, situación que fue comunicada al denunciante.

Adicionalmente, Mama Batata indicó que al verse impedido de ingresar, el señor Barrón agredió verbalmente a los miembros de seguridad, para luego intentar agredir físicamente a uno de ellos. Ante dicha situación, el personal sólo intentó defenderse evitando los golpes y protegiéndose de los mismos. Finalmente, añadió que luego del incidente, se proporcionó al abogado del señor Barrón el número telefónico del Gerente General a fin de brindar una solución adecuada al problema.

En ese orden de ideas, mediante Resolución N° 1043-2007/CPC del 30 de mayo de 2007, la Comisión declaró fundada la denuncia contra Mama Batata por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. Asimismo, sancionó a dicha empresa con una multa de 20 Unidades Impositivas Tributarias.

Luego, por Resolución N° 2478-2007/TDC-INDECOPI del 6 de diciembre de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) declaró la nulidad de la Resolución N° 1043-2007/CPC. Ello, toda vez que criterio del superior jerárquico no se habrían

evaluado los siguientes medios probatorios: (i) Un informe de la empresa VIPs a cargo de la seguridad del establecimiento "Mama Batata"; y, (ii) Una carta suscrita por el Gerente de Seguridad y Control de Larcomar. Asimismo, indicó que la primera instancia no habría otorgado a Mamabars un plazo suficiente para pronunciarse respecto a un parte policial incorporado al expediente.

000594

Una vez devuelto el expediente a primera instancia, mediante Proveído N° 17 de fecha 14 de marzo de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión precisó a las partes que los hechos controvertidos en el procedimiento son los siguientes:

- MAMABARS S.A.C. habría incurrido en prácticas discriminatorias en perjuicio del señor BARRÓN VELIS, AUGUSTO al impedirle ingresar al establecimiento de "MAMA BATATA" y presuntamente agredirlo. Dicha situación podría constituir una infracción al artículo 7B° de la Ley de Protección al Consumidor.
- El maltrato recibido por el señor BARRÓN VELIS, AUGUSTO al ser presuntamente agredido por personal de MAMABARS S.A.C.; lo cual podría constituir una infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor.

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Luego de estudiar el expediente y conforme a los antecedentes expuestos, la Comisión considera que debe determinar:

- (i) si Mama Batata incurrió en la comisión de prácticas contrarias a la Ley de Protección al Consumidor, y de ser así si infringió lo establecido por los artículos 7B y 8° de la Ley de Protección al Consumidor;
- (ii) si procede ordenar a Mama Batata la medida correctiva solicitada por el denunciante;
- (iii) la sanción a imponer, de comprobarse la responsabilidad administrativa de Mama Batata; y,
- (iv) si corresponde ordenar a Mama Batata el pago de los costos y costas en los que hubiese incurrido el denunciante en el procedimiento.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Sobre los actos de maltrato

En su denuncia, el señor Barrón manifestó que al pretender ingresar al establecimiento Mama Batata, fue agredido verbal y luego físicamente por personal de la denunciada, situación que configuraría una infracción al deber de brindar un servicio idóneo al haber sido víctima de maltrato por parte del proveedor.

Sobre el particular, cabe incluir el criterio establecido por la Sala mediante la Resolución N° 099-2008/TDC-INDECOPI², bajo los siguientes términos:

² Resolución N° 099-2008/TDC-INDECOPI, de fecha 23 de enero de 2008, en el procedimiento seguido por el señor Ángel Santos Aronaca Cruz en contra de Gasolineras S.A.C., en el expediente N° 0235-2007/CPC.

En efecto, corresponde aplicar la Ley de Protección al Consumidor cuando el proveedor, omitiendo entregar información relevante al consumidor, o entregando un bien o servicio no idóneo según la información previamente brindada (de manera expresa o tácita), persigue obtener un beneficio económico.

00059

El hecho denunciado no involucra una conducta que haya generado alguna ganancia al proveedor como resultado del aprovechamiento de la situación de asimetría informativa en el marco de la cual se dio la relación de consumo, sino que únicamente da cuenta de un ilícito tipificado en el Código Penal, cuya investigación y sanción es de competencia del Poder Judicial.

Dado que la intervención del INDECOPi en el presente caso no estaría dirigida a colocar a los consumidores en una situación de igualdad frente a los proveedores —garantizado determinada calidad de productos o el acceso a toda la información relevante para adoptar una decisión de consumo adecuada—, la Sala ha establecido que la denuncia el señor Aronaca debió ser declarada improcedente por la Comisión.

Conforme al criterio expuesto, puede advertirse que la competencia de la autoridad administrativa en materia de protección al consumidor se encuentra relacionada con aquellas pretensiones que tengan por finalidad reducir el nivel de asimetría informativa en que se encuentra el consumidor frente a las decisiones comerciales del proveedor que tienen por finalidad obtener un beneficio económico.

En el presente caso, las presuntas agresiones físicas y verbales al señor Barrón no involucrarían una conducta que pueda ser analizada en el marco de las normas de protección al consumidor. Ello, toda vez que las mismas no guardan relación con una competencia expresamente atribuida a la autoridad administrativa. Por el contrario, las mismas evidenciarían un presunto ilícito penal³ ocurrido en el exterior de las instalaciones del establecimiento denunciado, hecho que es de competencia del Poder Judicial⁴.

³ CÓDIGO PENAL

Artículo 121°.- Lesiones graves

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
3. Las que inflieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.
4. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Artículo 122°.- Lesiones leves

El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días-multa.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años.

⁴ Cabe señalar que la Comisión se ha pronunciado anteriormente en el mismo sentido. Al respecto, ver Resolución N° 779-2008/CPC correspondiente al procedimiento seguido por el señor Percy Andrés Martínez Sánchez contra Ernesto Tarrillo Vérgel e Inversiones y Representaciones E & S.

Cabe señalar que los hechos antes aludidos han sido investigados por la Comisaría de Miraflores y actualmente son materia de un proceso penal por lesiones que está siendo tramitado por el Cuarto Juzgado de Paz de Barranco⁵.

Por tales razones, y teniendo en cuenta que los ilícitos penales son de competencia exclusiva del Poder Judicial, corresponde declarar improcedente la denuncia en este extremo.

00059

3.2 Sobre los actos de discriminación

3.2.1 Normativa aplicable

El artículo 2º, inciso 2 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."

Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor consagra una serie de derechos de los consumidores, entre los que se encuentran el derecho de acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, contenido en el inciso c) del artículo 5º 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.⁶

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."

⁵ Ver fojas 487 a 490 del Expediente.

⁶ LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Artículo 5º.- 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;
- d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial..."

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".⁷

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 de los 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 social 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.

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 qué 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 a que los recursos económicos existentes sean asignados de manera

⁷ Artículo agregado por el artículo 2 de la Ley 27049, publicada el 6 de enero de 1999 en el diario oficial "El Peruano"

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. 000508

En tal sentido, no puede dejar de reconocerse 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 y justificadas, 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 su denuncia, el señor Barrón manifestó que al acudir al local perteneciente a Mama Batata se le impidió el ingreso sin mediar causa objetiva alguna, siendo posteriormente agredido por personal del establecimiento.

En su defensa, la denunciada manifestó que el señor Barrón, quien se encontraba en estado de ebriedad, de manera prepotente trató de ingresar al local sin respetar a los clientes que se encontraban en la cola. Agregó que al denegársele el ingreso, trató de agredir a los miembros de seguridad, quienes sólo se defendieron de los golpes propinados por el denunciante.

Cabe tener en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor establece que la carga de la prueba sobre un trato desigual corresponde al consumidor afectado y que corresponde al proveedor de bienes o servicios acreditar la existencia de causas objetivas y justificadas.

A fin de acreditar los actos discriminatorios que habría cometido Mamá Batata, el denunciante presentó los siguientes medios probatorios:

- (i) Oficio N° 1473-06-VII-DIRTEPOL-DIVPOLMET-S1-CMF-DEINPOL de fecha 30 de abril de 2006, dirigido al Jefe del Instituto de Medicina Legal de Lima, del mismo que se desprende lo siguiente⁶:

"(...) se practique el examen de reconocimiento médico legal en la persona de Augusto BARRÓN VELIS (36), a fin de determinar lesiones recientes que pudiera presentar, quien refiere haber sido agredido físicamente por persona conocida, hecho ocurrido el 30 ABR06, en el distrito de Miraflores"
(el subrayado es nuestro)

- (ii) Conclusiones de parte de fecha 23 de mayo de 2007 emitida por la Comisaría de Miraflores:

"IV.-CONCLUSIÓN

A. Que el día 30ABR2006, en horas de la madrugada, Augusto BARRÓN VELIS (36), fue víctima de Falta Contra la Persona – Lesiones, cometido por personal de seguridad de la Emp. VIPS, en el frontis del local BAR "Mama Batata", representada por su

⁶ Ver fojas 105 del expediente.

administrador Sr. Alberto Manuel PASCO MORI (30), ubicado en el interior del Centro Comercial Larco Mar de Miraflores

- B. Se prosiguen con las investigaciones tendentes a la plena identificación, ubicación del sujeto conocido como Rodolfo ORTIZ, de cuyo resultado positivo se dará cuenta a la Autoridad Judicial competente con el documento respectivo conforme a Ley.- (...)” (el subrayado es nuestro)

- (iii) Historia Clínica N° 32094 de la Clínica Ricardo Palma, de donde se desprende que el denunciante fue atendido por Emergencia el 30 de abril de 2006 a las 4:46 horas, siendo diagnosticado con conmoción cerebral – policontuso, indicándosele reposo e Ibuprofeno cada 8 horas⁷. Además se pudo apreciar la siguiente información:

“Paciente agredido por golpe en cara No pérdida de conciencia, luego de 01 hora aprox. Presenta estado de confusión, cefalea (...) golpe a extremidades y tórax. (...).

DX. TEC. Conmoción cerebral, Policontuso”

(el subrayado es nuestro)

Por otro lado, cabe señalar que el denunciante presentó como medio probatorio un Informe Médico de fecha 11 de mayo de 2006, emitido por el Instituto Neurológico Ricardo Palma, donde se refiere que en la fecha de emisión fue atendido el señor Barrón⁸. Sin embargo, conforme se puede observar de la Historia Clínica antes descrita, el señor Barrón se atendió por Emergencia de la Clínica Ricardo Palma el 30 de abril de 2006, motivo por el cual, la Comisión sólo tendrá en cuenta la citada Historia Clínica a efectos de verificar la atención médica que recibió el denunciante.

En ese sentido, de las pruebas expuestas y de los argumentos vertidos por las partes, ha quedado acreditado que el denunciante fue impedido de ingresar al local de Mama Batata. En ese sentido, corresponde a Mama Batata acreditar que la negativa de acceso a su local comercial se debió a causas de seguridad o tranquilidad de sus otros clientes u otras causas objetivas justificadas, de conformidad con lo establecido por la Ley de Protección al Consumidor y el artículo 196° del Código Procesal Civil⁹.

Sobre el particular, Mama Batata alegó que la denegatoria de ingreso se encuentra justificada por el estado de embriaguez del denunciante y por la conducta violenta y prepotente mostrada por el mismo.

En ese orden de ideas, éste colegiado considera que hechos como los alegados por la denunciada podrían constituir causas que, objetivamente, justificarían el impedimento del ingreso del denunciante, en la medida que, el permitir el ingreso de consumidores en

⁷ Ver fojas 117 y siguientes del expediente.

⁸ Ver fojas 9 del expediente.

⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 196°.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

estado de ebriedad o violentos, podría ocasionar que se alterara el desarrollo normal de su actividad comercial.

No obstante, conforme desarrollaremos en los siguientes párrafos, Mama Batata no ha presentado pruebas suficientes para generar convicción respecto a que: (i) el señor Barrón se encontraba en estado de ebriedad; (ii) que el señor Barrón haya agredido físicamente a los miembros de su seguridad. 000

a) Resultado de las Inspecciones realizadas por el INDECOP

En efecto, el proveedor ofreció como medio probatorio el Memorándum N° 821-2006/GAF-AFI y el Memorándum N° 1079-2006/GAF-AFI, los mismos que resumen dos diligencias de inspección realizadas por el INDECOP en el local de Mama Batata, concluyendo que no encontró evidencias de discriminación en dicho establecimiento⁹.

No obstante, a criterio de la Comisión los resultados de las diligencias aludidas no resultan suficientes para exonerar de responsabilidad al proveedor, cuando objetivamente se acredite la comisión de actos contrarios a la Ley de Protección al Consumidor.

b) Fotografías tomadas por la empresa Lima2night¹⁰

En opinión de Mama Batata, dichas fotografías prueban que a su local asisten personas de diversas características raciales, siendo una muestra evidente que su local no discrimina.

Al respecto, este colegiado considera pertinente señalar que los actos de discriminación en el marco de las relaciones de consumo consisten en la selección de clientela o establecimiento de condiciones diferenciadas sobre la base de causas no justificadas por nuestro ordenamiento, como pueden ser, por ejemplo, la raza, la condición social, el género o la orientación sexual.

En consecuencia, si bien de las mencionadas fotografías permiten inferir que la denunciada no tiene una política de discriminación basada en los rasgos físicos de los consumidores, ello, en modo alguno descarta la ausencia de hechos de discriminación por otra índole en su establecimiento.

c) Informes de las empresas VIPs, Larcomar y Eulen del Perú

Con el objeto de acreditar su posición, Mama Batata aportó el "Informe de Ocurrencia" elaborado por la empresa VIPs¹¹, quien brinda seguridad al establecimiento. En dicho informe, la empresa de seguridad señaló que se impidió el ingreso del señor Barrón debido a su estado de ebriedad y conducta violenta.

⁹ Ver fojas 61 y siguientes del expediente.

¹⁰ Ver fojas 63 a 73 y 411 a 446 del expediente.

¹¹ Ver fojas 52 y 53 del expediente.

Del mismo modo, obran en el expediente los siguientes medios probatorios: (i) Una carta suscrita por el Gerente de Seguridad y Control de Larcomar¹²; (ii) Un Informe elaborado por la empresa Eulen del Perú S.A. quien brinda seguridad a Larcomar¹³. Ambos documentos, confirman la versión de la empresa VIPs sobre los hechos sucedidos el 30 de abril de 2006.

Sobre el particular, el artículo 197° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al procedimiento administrativo señala:

"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"

Conforme a ello, se otorga al juzgador la facultad de valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes utilizando su apreciación sobre los hechos, siempre que la misma se encuentre adecuadamente sustentada.

Respecto a los informes elaborados por las empresas VIPs, Larcomar y Eulen del Perú, la Comisión considera pertinente tomar en cuenta que los mismos han sido emitidos por personas jurídicas comercialmente vinculadas con Mama Batata. En ese sentido, las declaraciones emitidas por dichas personas jurídicas no resultan suficientes para generar convicción respecto a que el señor Barrón habría acudido al establecimiento en estado de ebriedad y mostrando actitudes prepotentes. Por lo tanto, corresponde desestimar los medios probatorios consistentes en los informes elaborados por las empresas antes mencionados.

A mayor abundamiento, cabe indicar que no obra en el expediente medio probatorio alguno que acredite fehacientemente que el señor Barrón se encontraba en estado de ebriedad al tratar de ingresar al establecimiento. Siendo que la carga de la prueba sobre dicho argumento le corresponde Mama Batata, en tanto que es la parte que lo plantea como medio de defensa:

Por las consideraciones expuestas, en la medida que Mama Batata no ha acreditado que negó al señor Barrón el acceso a su local por causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas, existen elementos de juicio que permiten a este colegiado concluir que Mama Batata incurrió en actos de discriminación en contra del denunciante, al ejecutar una política de selección de clientela.

En ese sentido, la Comisión considera que Mama Batata ubicado en el centro comercial Larco Mar, distrito de Miraflores, ha incurrido en una infracción a la Ley de Protección al Consumidor, al realizar actos de discriminación en el consumo, por lo que corresponde declarar fundada la denuncia presentada por el señor Barrón por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

3.3 De la medida correctiva solicitada por el denunciante

¹² Ver foja 270 del Expediente.

¹³ Ver foja 567 del Expediente.

3.3.1. De la procedencia de la medida

El artículo 42° inciso k) la Ley de Protección al Consumidor¹⁴ y el artículo 232° numeral 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁵, facultan a la Comisión para ordenar a los proveedores, de oficio o a pedido de parte, cualquier medida correctiva que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente. 0006

En el presente caso, el señor Barrón solicitó a la Comisión que ordene a Mama Batata, cumpla con reembolsarle los gastos que le genere su tratamiento médico. Por lo tanto, este colegiado considera que se debe ordenar a Mama Batata, a fin de revertir la conducta infractora, como medida correctiva, que en el plazo de 5 días hábiles de notificada la presente, cumpla con reembolsar al señor Barrón los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.

Por otro lado, la Comisión considera pertinente ordenar de oficio como medida correctiva que, Mama Batata 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

La presente medida correctiva se sujetará a las responsabilidades del proveedor y los derechos del denunciante señalados en los puntos siguientes.

3.3.2 Responsabilidad de la denunciada en caso de incumplimiento de la medida correctiva

Debe advertirse a la denunciada que el incumplimiento de la medida correctiva ordenada en el párrafo precedente será considerado como una infracción grave a los derechos del consumidor. En este sentido, de no cumplir la medida correctiva dentro del plazo establecido, la Comisión podrá imponer a Mama Batata una multa¹⁶, la misma que será duplicada sucesiva e ilimitadamente hasta el total cumplimiento de la medida correctiva ordenada.

La sanción impuesta a Mama Batata podrá ser ejecutada coactivamente por el INDECOPI, situación en la cual se procederá al embargo de sus bienes hasta el monto

¹⁴ 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.

(...)

- 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.

¹⁵ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

1. Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior (...)

¹⁶ La Comisión puede imponer sanciones de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias. Así, considerando el valor actual de la UIT: S/ 3 500, el rango de la multa que puede ser impuesta es de hasta S/ 345 000, dependiendo de cada caso articular y por el grado de afectación que produzca el incumplimiento de la medida correctiva.

que cubra la deuda impaga, su posterior remate y la potestad de ordenar la clausura de su establecimiento comercial; ello, en caso de no cumplir con el pago oportuno de la obligación pendiente a favor del INDECOPI.

00060

3.3.3 Derechos del denunciante frente al incumplimiento de la medida correctiva ordenada

En caso que se configure un incumplimiento de la medida correctiva por parte de la denunciada, el señor Barrón deberá remitir un escrito a la Secretaría Técnica comunicando acerca de este hecho. Luego de ello, la Comisión verificará si se ha producido un incumplimiento para imponer las sanciones establecidas por el artículo 44 de la Ley de Protección al Consumidor.

La sanción impuesta al proveedor, en caso de incumplimiento, tiene como única finalidad procurar el cumplimiento oportuno de la medida correctiva. Por ello, las sanciones impuestas serán duplicadas de forma sucesiva e ilimitada hasta el total cumplimiento de la medida correctiva ordenada y durante todo el tiempo que transcurra hasta que se haga un cumplimiento efectivo de la misma.

No obstante lo indicado, no constituye una facultad del INDECOPI ejecutar la medida correctiva a favor del consumidor, pues el Estado ha reservado esta potestad únicamente al Poder Judicial. Por estas razones, el artículo 43° de la Ley de Protección al Consumidor establece que las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen Títulos de Ejecución conforme a lo dispuesto por el artículo 713° del Código Procesal Civil.

3.4 Graduación de la sanción

*La Gewas es
pr parte del PJ*

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 concreto¹⁷.

En el presente caso, se ha verificado que Mama Batata 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, salas de baile, bares, pub, etc. evitando incurrir en conductas que afectan sus derechos fundamentales.

¹⁷ LEY DE PROTECCIÓN 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.

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 INDECOPÍ, 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. 0006

De otro lado, dados los beneficios económicos que se derivan de la comisión de dichas prácticas y atendiendo al número significativo de personas que concurrirán 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 han sido elevadas¹⁸.

Por las razones expuestas, la Comisión considera que corresponde sancionar a Mama Batata con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias.

3.5 Sobre el pago de costas y costos

De conformidad con lo establecido por el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807 en cualquier procedimiento contencioso seguido ante INDECOPÍ es potestad de la Comisión ordenar el pago de los costos y costas en que hubiera incurrido el denunciante o el INDECOPÍ en los casos en que, luego del análisis correspondiente, así lo considere conveniente¹⁹.

En este caso, en la medida que ha quedado acreditado que Mama Batata ha incurrido en prácticas discriminatorias, al no haber permitido el ingreso del denunciante a su local, la Comisión considera que corresponde ordenar a Mama Batata el pago de las costas y costos en que hubiese incurrido el señor Barrón durante el procedimiento.

En consecuencia, Mama Batata deberá cumplir en un plazo no mayor de 5 días hábiles de notificada la presente, con pagar al señor Barrón las costas del procedimiento, que a la fecha ascienden a la suma de S/.34²⁰; sin perjuicio de ello, y de considerarlo pertinente, una vez que se ponga fin a la instancia administrativa, el denunciante podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del

¹⁸ Ver Resolución N° 0221-2004/TDC-INDECOPÍ correspondiente al expediente NO 022-2003/CPC SUR-CUS. En dicha resolución se sancionó al Pub mama América en el Cusco con 20 UIT. Asimismo, ver Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPÍ de fecha 26 de agosto de 2005, que confirma la Resolución Final N° 1255-2004/CPC de fecha 24 de noviembre de 2004, emitida por la Comisión, y en la que se sanciona con una multa de 35 UIT a la discoteca Aura.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807**

Artículo 7°.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716.

²⁰ Tasa correspondiente al derecho de presentación de la denuncia.

presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costas y costos²¹.

000605

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

PRIMERO: declarar improcedente la denuncia interpuesta por el señor Augusto Barrón Velis en contra de Mamabars S.A.C. por infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor.

SEGUNDO: declarar fundada la denuncia interpuesta por el señor Augusto Barrón Velis en contra de Mamabars S.A.C. por infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

TERCERO: ordenar a Mamabars S.A.C. como medida correctiva, que en el plazo de 5 días hábiles de notificada la presente, cumpla con reembolsar al señor Augusto Barrón Velis los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma.

CUARTO: ordenar de oficio a Mamabars S.A.C. 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 de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

QUINTO: declarar improcedente el pedido del señor Augusto Barrón Velis para que Mamabars S.A.C. le reembolse futuros gastos médicos.

SEXTO: sancionar a Mamabars S.A.C. con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias²², la cual será rebajada en 25% si la empresa denunciada consiente la presente resolución y procede a cancelar la multa impuesta 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° 27890, Ley General del Sistema Concursal²³.

SÉTIMO: ordenar a Mamabars S.A.C. que en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificada la presente, cumpla con pagar al señor Augusto Barrón Velis la suma de S/. 34.00. por concepto de costas correspondientes al procedimiento. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste al denunciante de solicitar la liquidación de las costas y costos una vez concluida la instancia administrativa.

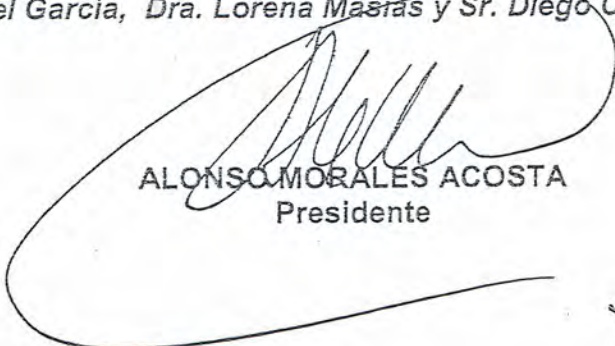
²¹ Dicha solicitud deberá ser acompañada de los documentos que sustenten los gastos incurridos por el denunciante en la tramitación del presente procedimiento.

²² 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.

²³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN 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.

OCTAVO: la presente resolución tiene vigencia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa a las partes que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38° del Decreto Legislativo N° 807, el único recurso impugnativo que puede interponerse contra lo dispuesto por este colegiado es el de apelación²⁴. Cabe señalar que dicho recurso deberá ser presentado ante la Comisión en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación²⁵, caso contrario, la resolución quedará consentida²⁶.

Con la intervención de los señores Comisionados: Dr. Alonso Morales, Dr. Juan Luis Daly, Dr. Uriel García, Dra. Lorena Masías y Sr. Diego Cisneros.



ALONSO MORALES ACOSTA
Presidente

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

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.

²⁵ **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.

²⁶ **LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 212°.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR
 PROCEDIMIENTO : DE PARTE
 DENUNCIANTE : AUGUSTO BARRÓN VELIS
 DENUNCIADO : MAMABARS S.A.C.
 MATERIA : DISCRIMINACIÓN
 ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *se confirma el pronunciamiento venido en grado toda vez que Mamabars S.A.C. incurrió en una exclusión injustificada de clientela en perjuicio del señor Augusto Barrón Velis prohibida por el artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor.*

SANCIÓN: 2 UIT

Lima, 11 de agosto de 2010

I ANTECEDENTES

1. El 18 de octubre de 2006, el señor Augusto Barrón Velis (en adelante, el señor Barrón) denunció ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur (en adelante, la Comisión) a Mamabars S.A.C., administradora de la discoteca conocida como Mama Batata ubicada en el Centro de Entretenimiento Larcomar del distrito de Miraflores, por prácticas discriminatorias en su contra e infracciones al deber de idoneidad, ya que el domingo 30 de abril de 2006 a las 2:30 horas aproximadamente trató infructuosamente de ingresar al local de la referida discoteca siendo agredido por el personal de seguridad motivando una serie de contusiones que fueron registradas en la misma fecha por personal de la Clínica Ricardo Palma. El denunciante presentó como prueba de sus alegatos una fotografía del presunto agresor tomada desde su teléfono celular, además de detallar los siguientes hechos:

- (i) Al llegar al local de Mama Batata conjuntamente con un amigo, se colocaron detrás de dos personas esperando ingresar, cuando éstas lo hicieron los miembros de seguridad cerraron la puerta y se colocaron entre ésta y la reja portátil de metal existente en el local, impidiendo su ingreso.
- (ii) Luego de la entrada y salida de varias personas – con puerta y verja habilitando el paso – procedieron a ingresar y en ese momento un miembro de seguridad lo cogió violentamente y sin explicación alguna lo sacó del local, agrediendo verbal y físicamente - con golpes en el lado izquierdo del rostro - lo que motivó su caída al suelo, situación en la que le propinó varias patadas en el cuerpo.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

63
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

- (iii) Debido a estos hechos luego de que sus abogados se apersonaran al local y coordinaran una reunión con el administrador de la discoteca, formuló una denuncia ante la Comisaría de Miraflores, registrada con el número 546 del Libro de Faltas. Asimismo, ingresó al área de emergencias de la Clínica Ricardo Palma, siendo atendido por el doctor Héctor García Requena, quien le diagnosticó "TEC (Traumatismo Encéfalo Craneano) Conmoción cerebral. Policontuso, indicándosele descanso médico en posición vertical".
2. En sus descargos, Mama Batata negó los hechos narrados por el denunciante precisando que el personal de seguridad - de la empresa Vips Group Services - sólo trató de contenerlo dada la conducta agresiva que mostró cuando se le negó el ingreso dado su estado de ebriedad. Precisó que la fotografía presentada por el señor Barrón no probaba la agresión alegada y menos aún los supuestos actos discriminatorios. En este extremo señaló que el 10 de junio de 2006 Indecopi efectuó una visita inopinada en la discoteca verificando la ausencia de prácticas discriminatorias, tal como lo ratificaban las imágenes del portal *Lima2night* tomadas en el año en curso, en las que se apreciaba que los clientes de la discoteca era de distintos rasgos raciales¹.
3. En respuesta el denunciante negó que se haya encontrado en estado de ebriedad el día que se suscitaron los hechos destacando que padecía de discopatía crónica (hernia discal lumbar), por lo que era imposible que haya agredido al personal de seguridad de Mama Batata. Presentó un informe emitido por Resoclinic el 6 de febrero de 2006 para acreditar la dolencia alegada, así como el oficio de la Comisaría de Miraflores dirigido al Instituto de Medicina Legal de Lima para que se le practique un examen de reconocimiento. Posteriormente, presentó copia de la hoja de atención médica de emergencia de la Clínica Ricardo Palma generada el 30 de abril de 2006². Asimismo, precisó que el 3 de mayo de 2006 pasó una revisión física por parte del médico legisla del Ministerio Público, el mismo que ratificó las lesiones registradas en la denuncia policial formulada en la Comisaría de Miraflores y dispuso 8 días descanso médico, siendo que el original de este documento se encontraba en el 4to Juzgado de Lince y San Isidro (Exp. 43-2007 Penal) cuyo Secretario era Luis Alberto Torrejón a quien debía oficiarse para que remita copias certificadas³.

1 Dichos medios de prueba obran de fojas 61 al 73 del expediente.

2 Dichos documentos obran a fojas 104, 105 y 117 y siguientes del expediente.

3 De fojas 249 y siguientes y 259 obran actuados en el referido proceso, así como una constancia acerca del estado actual de la denuncia interpuesta en la Comisaría de Miraflores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

- 63.
4. El 2 de abril de 2007, Mama Batata negó la validez del Informe Médico presentado por el denunciante destacando que fue emitido el 11 de mayo de 2006, días después de los sucesos investigados. Respecto del oficio de la Comisaría de Miraflores precisó que en él no se reconoce ningún tipo de lesiones sino la versión del denunciante sobre el particular. Finalmente cuestionó la hoja de atención médica precisando que no se apreciaba siquiera una hora clara de la atención en las notas del especialista. La denunciada señaló que a diferencia de dichas pruebas las aportadas por ella sí acreditaban la ausencia de prácticas discriminatorias. Adicionalmente presentó un informe de la ocurrencia emitido por la empresa Vips Group Services y solicitó que se oficie al empleador del denunciante –Banco Wiese Sudameris – para que informe sobre su record de asistencia a partir de la fecha de lo ocurrido.
 5. El 22 de mayo de 2007, el denunciante señaló que lo único cierto era que el 30 de abril de 2006 se le negó el ingreso al local de la denunciada sin una causa objetiva, ya que era falso que haya estado ebrio pues de ser así tal situación hubiese sido registrada por la Comisaría de Miraflores cuando presentó su denuncia o por el personal médico de la Clínica Ricardo Palma que lo atendió. Al margen de ello, presentó un acta notarial para acreditar que las fotografías de Lima2night que le fueron notificadas correspondían a archivos creados el 3 de enero de 2003 y no durante el año 2006 como señaló Mama Batata⁴. Finalmente destacó que de acuerdo con la Asociación Pro Derechos Humanos – APRODEH se habían comprobado actos discriminatorios en discotecas como la denunciada.
 6. El 25 de mayo de 2007, Mama Batata presentó un informe de Larcomar S.A. elaborado por la empresa Eulen S.A. subcontratada para dar seguridad y vigilancia en las inmediaciones del centro comercial, que ratificaban los hechos expuestos en su defensa.
 7. Mediante Resolución 1043-2007/CPC del 30 de mayo de 2007, la Comisión declaró fundada la denuncia del señor Barrón contra Mama Batata por infracción del artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor, al haber incurrido en prácticas discriminatorias al aplicar una selección de clientela sin que medien razones objetivas que justifiquen dicha selección, sancionándola con 20 UIT.
 8. Dicho pronunciamiento fue apelado por ambas partes, el denunciante señaló que la Comisión no se pronunció por la infracción al deber de idoneidad y Mama Batata destacó que el caso planteado no correspondía a un supuesto de discriminación sino de desigualdad de trato por razones

⁴ El Acta Notarial señalada obra a fojas 253.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

83
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

objetivas siendo que la Comisión afectó su derecho de defensa al no permitirle cuestionar las presuntas pruebas de APRODEH presentadas por el señor Barrón. Adicionalmente presentó como medio probatorio nuevas fotografías de Lima2night y la declaración testimonial del señor Jorge Jesús Salas Gutiérrez - cliente que acudió a la discoteca el día de los hechos⁵ - respecto a que fue el denunciante en estado de ebriedad quien agredió al personal de seguridad de la discoteca, insultando a los presentes. El señor Barrón cuestionó dichos medios probatorios debido a que fueron generados durante el procedimiento y presentó un informe de APRODEH de noviembre de 2007 para ratificar lo expuesto en sus escritos⁶.

9. Mediante Resolución 2478-2007/TDC-INDECOPI del 6 de diciembre de 2007, se declaró la nulidad de la Resolución 1043-2007/CPC por afectación al debido procedimiento toda vez que en su emisión no se merituaron las pruebas ofrecidas por Mama Batata sobre las razones objetivas que justificaron la negativa de ingreso al denunciante.
10. Por Resolución 1525-2008/CPC del 7 de agosto de 2008, la Comisión declaró improcedente la denuncia del señor Barrón contra Mama Batata por presuntas infracciones al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor debido a que las agresiones físicas alegadas eran materia de un proceso penal en trámite. Sin perjuicio de ello, declaró fundada la denuncia por actos de discriminación prohibidos por el artículo 7B de la Ley, ya que la denunciada impidió el ingreso del denunciante a su local sin que haya acreditado que tal proceder se sustente en situaciones objetivas. La Comisión sancionó a Mama Batata con una multa de 20 UIT ordenándole en calidad de medida correctiva que reembolse al denunciante los gastos de atención médica en que éste incurrió.
11. El 19 de agosto de 2008, Mama Batata apeló la Resolución 1525-2008/CPC alegando que la Comisión no valoró adecuadamente las pruebas como las fotografías de Lima2night que dejaban de lado la existencia de prácticas discriminatorias, destacando que todas las resoluciones emitidas por el Indecopi que sancionaban tales prácticas señalaban cual era el tipo de discriminación o motivo de la misma, lo que no ocurrió en el presente caso.
12. El 26 de agosto de 2009, el señor Barrón solicitó el uso de la palabra. La audiencia de informe oral tuvo lugar el 22 de julio de 2010, con la presencia de su abogado y de los representantes de Mama Batata.

⁵ De acuerdo a su voucher de consumo y la constatación en RENIEC que obran a fojas 401 y 402.

⁶ Dicho informe obra de fojas 506 a 508.



II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Determinar si Mama Batata contravino lo dispuesto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, tomando en cuenta los medios de prueba obrantes en el procedimiento así como los criterios establecidos por la Sala en materia de discriminación y trato diferenciado y, de ser el caso;
- (ii) determinar si la medida correctiva ordenada resulta pertinente y si corresponde graduar la sanción impuesta a Mama Batata.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Los actos tipificados en el artículo 7°B del Decreto Legislativo 716

13. El artículo 5° del Decreto Legislativo 716 reconoce el derecho de los consumidores a acceder a una variedad de productos y servicios, a ejercer su libertad de elección frente a ellos y a ser tratados justa y equitativamente en toda transacción comercial⁷, disposiciones que consagran el derecho a la igualdad de trato en esta materia.
14. En la práctica los derechos antes citados se resumen en la obligación de los proveedores de brindar sus servicios o productos sin exclusiones o selección de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de sus prestaciones, lo que es particularmente relevante tratándose de establecimientos abiertos al público.
15. Los móviles detrás de una contravención a este deber pueden ser variados, desde la arbitrariedad restringida a un consumidor en particular hasta una situación de discriminación en términos constitucionales, que implicaría una condición de mayor gravedad para este tipo infractor pues a diferencia de la simple selección o exclusión arbitraria, en esta variante la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos⁸, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal desvaloración.

7 DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 5°.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...).

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

(...)

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

8 La raíz de las prácticas discriminatorias se encuentra en la atribución, bajo paradigmas socio culturales - lamentablemente - vigentes, de características o comportamientos no deseables a tales grupos humanos, impidiendo que los individuos sean juzgados por sus propios méritos y acciones, ocasionando que sufran los prejuicios de cierto segmento de la sociedad de manera injustificada y contraria al ordenamiento constitucional.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

16. Aunque coloquialmente los consumidores puedan calificar como discriminación a cualquier selección o exclusión de clientela, la discriminación reviste una gravedad mayor dentro de este tipo de limitaciones pues aquí la restricción no sólo afecta el derecho a acceder a los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado, sino que adicionalmente afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad.
17. En atención a lo expuesto y como ha señalado esta Sala en reiterados pronunciamientos, el artículo 7°B de Decreto Legislativo 716 comprende ambas variantes al prohibir de forma absoluta, en su primer párrafo, los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano lo que de suyo implica una limitación de acceso, y en su segundo párrafo el tipo básico de selección o exclusión injustificada de clientela⁹.
18. En cualquiera de estos casos, se toma en cuenta la dificultad para el consumidor de probar que ha sido víctima de un trato discriminatorio o de un trato diferenciado ilícito, ya que sólo tendrá que acreditar con suficientes indicios que ha recibido un trato desigual, para que surja la obligación del proveedor de acreditar que su actuación respondió a motivos de seguridad del establecimiento, la tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. En ese orden de ideas, en el tercer y cuarto párrafos del artículo 7°B se considera la particular dificultad probatoria que revisten este tipo de prácticas al establecer lo siguiente:

"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".

9

DECRETO LEGISLATIVO 716. 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 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.



19. De acuerdo a lo expuesto, en tanto el consumidor acredite un trato desigual y el proveedor no pruebe causas objetivas para dicho proceder, corresponderá sancionar a éste último por el tipo básico previsto en el artículo 7°B de la Ley de Protección al Consumidor. La sanción de la forma agravada correspondiente a actos de discriminación requiere de una mayor actuación probatoria acorde con la naturaleza de este tipo de prácticas, a través de diligencias de inspección, sin notificación previa, u otros medios aportados por las partes en ese sentido que permitan a la Administración determinar la existencia de esta clase de infracciones, pues aún cuando el proveedor no logre acreditar una condición objetiva para la limitación o negativa de acceso, dicha situación sólo podría implicar una selección de clientela injustificada sin llegar a dar cuenta de prácticas discriminatorias, figura agravada de esta práctica.

20. Lo expuesto resulta relevante en el presente caso, dado que en su apelación Mama Batata cuestionó que la Comisión la haya sancionado por actos de discriminación sin sustentar cuál era el tipo o motivo de la misma, ya que en todo pronunciamiento por este tipo de prácticas el Indecopi siempre precisaba el factor de discriminación, lo que no ocurrió en su caso. En ese orden de ideas señaló que la Comisión no efectuó una adecuada valoración de las pruebas.

III.2. La negativa de ingreso denunciada por el señor Barrón

21. En el procedimiento ambas partes han coincidido en señalar que el 30 de abril de 2006 a las 2:30 horas aproximadamente el señor Barrón intentó ingresar al local de Mama Batata ubicado en el centro de entretenimiento Larcomar, del distrito de Miraflores, pero fue impedido por el personal de seguridad. La discrepancia entre las partes - que puede definir que dicha limitación de acceso sea lícita o no - es respecto a la justificación alegada por la discoteca. Mama Batata ha señalado que el denunciante se encontraba en estado de ebriedad y que en ese estado generó una confrontación no solo verbal sino física con el personal de seguridad quienes se limitaron a contenerlo pero no pudieron hacerlo plenamente motivando que el señor Barrón caiga al suelo.

22. Las pruebas presentadas por el señor Barrón acreditan que a las 4:20 horas del 30 de abril de 2006 - dos horas después de los hechos materia del procedimiento - acudió a la comisaria de Miraflores a presentar una denuncia por lesiones en las afueras de la discoteca de Mama Batata y, posteriormente, a las 4:46 horas se registró su ingreso a la Clínica Ricardo



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

643
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

Palma siendo atendido por el doctor Héctor García Requena, quien dio cuenta de contusiones en su rostro aunque sin déficit neurológico¹⁰.

23. Dichos documentos constituyen pruebas pre constituidas de cara al presente procedimiento y generan certeza en este colegiado cuando menos de la confrontación física entre el denunciante y el personal de seguridad de Mama Batata, ya que no corresponde a este colegiado analizar eventuales lesiones debido a que este extremo de la denuncia fue declarado improcedente, en el marco del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, sin que haya sido apelado por el denunciante.
24. Frente a ello, las pruebas aportadas por la apelante acerca de la condición de ebriedad del señor Barrón corresponden a informes sin fecha cierta, obtenidos en el curso del procedimiento o presentados con mucha posterioridad luego de sus descargos, emitido por empresas vinculadas comercialmente a Mama Batata, lo que si bien no afecta la validez de estos documentos sí requiere de mayores sucedáneos que refuercen su solidez probatoria. A este respecto la declaración testimonial del señor Jorge Jesús Salas Gutiérrez, cliente que acudió a la discoteca el día de los hechos, no puede operar como prueba concluyente sobre la condición de ebriedad del denunciante debido a que tal declaración fue certificada recién el 23 de julio de 2007, luego 15 meses de ocurridos los hechos, periodo que relativiza la contundencia de cualquier proceso de recordación básico en materia testimonial. Al margen de ello, el señor Barrón también opuso una prueba testimonial en sentido contrario por parte de la persona que lo acompañaba el día de los sucesos.
25. Si bien no escapa a la consideración de este colegiado que el ingreso en horas de la madrugada a una discoteca suele estar precedida de la asistencia a otros centros de diversión, siendo habitual el consumo de bebidas alcohólicas en este género de establecimientos, tal regularidad sólo puede colocar en contexto la defensa argumentada por Mama Batata pero no relevarla de probar el efectivo estado de ebriedad del denunciante, cuando tal condición ha sido alegada como causal de justificación para negarle el acceso a la discoteca mediando incluso un altercado no sólo verbal sino físico con el personal de seguridad. A este respecto el artículo 7°B de la Ley de Protección al Consumidor es expreso en los parámetros probatorios que deben aplicarse en este tipo de denuncias y dado que en el procedimiento se ha acreditado el trato diferenciado sin que se pruebe el

10

En el procedimiento obra copia del registro de emergencia de la Clínica Ricardo Palma suscrito por el doctor, precisando como hora de atención las 4:46 horas del 30 de abril de 2006. Este reporte sustenta el informe médico de fecha 11 de mayo de 2006 suscrito por el mismo profesional que, en referencia a la historia clínica del denunciante (H.C. 32094), detalla que éste presentó escoriación en la región frontal izquierda sin mayor déficit neurológico, prescribiéndosele descanso y un analgésico y antiinflamatorio oral.

8/12

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

Calle De la Prosa 138, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



estado de ebriedad del denunciante, se ha configurado el supuesto de la referida norma en su tipo básico.

26. En efecto, en el presente caso la denuncia del señor Barrón fue interpuesta por la negativa de ingreso a la discoteca Mama Batata y si bien empleó términos como *política discriminatoria* y *trato discriminatorio*, no mencionó siquiera cuál sería el factor de discriminación en los términos del primer párrafo del artículo 7ºB tal como ha sido analizado en los puntos 16 y 17. Debido a ello, si bien en un primer momento Mama Batata ofreció medios de prueba para acreditar que no había selección alguna por criterios raciales o de condición socio económica, finalmente el procedimiento se concentró en valorar el presunto estado de ebriedad del señor Barrón, pues ya se ha señalado que éste último sólo denunció la arbitrariedad en la negativa de acceso a la discoteca sin atribuir a un factor de discriminación particular tal conducta.
27. Por las consideraciones precedentes, corresponde confirmar la resolución recurrida que declaró fundada la denuncia del señor Barrón contra Mama Batata por infracción del artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor, modificando sus fundamentos, en atención a precisar que en el presente caso se configuró un exclusión injustificada de clientela prevista en el segundo párrafo de la norma sin llegar al supuesto de discriminación en sentido estricto, figura que importa la forma agravada de dicha infracción. Dicha precisión resulta necesaria en el análisis de las medidas correctivas ordenadas así como en la graduación de la sanción impuesta, que sigue a continuación.

III.3. Pertinencia de las medidas correctivas ordenadas a Mama Batata

28. El artículo 42º de la Ley de Protección al Consumidor establece que al margen de las sanciones aplicables la Comisión, de oficio o a solicitud de parte, debe imponer medidas correctivas con la finalidad de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que ésta se presente en el futuro¹¹.

11

DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 42º.- 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:

- a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
- b) Solicitar a la autoridad municipal correspondiente la clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;
- c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado;
- d) Reposición y reparación de productos; (e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;
- e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;
- f) Que el proveedor cumpla lo ofrecido en una relación de consumo, siempre que dicho ofrecimiento conste por escrito en forma expresa;

9/12



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

64

29. La resolución recurrida ordenó a Mama Batata en calidad de medida correctiva que cumpla con reembolsar al denunciante los gastos médicos que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma, sin advertir que una medida de tal naturaleza estaba vinculada a las lesiones denunciadas en el marco del deber de idoneidad, extremo que fue declarado improcedente por la Comisión y consentido por el señor Barrón, más que a la exclusión de clientela verificado en el procedimiento.
30. Por las consideraciones precedentes, corresponde revocar las medidas correctivas ordenadas a Mama Batata, sin que resulte necesario disponer nuevas órdenes al infractor para garantizar el acceso efectivo a sus instalaciones, debido a que tal disposición se encuentra contenida en una norma legal de obligatorio y permanente cumplimiento – como es el artículo 7°B analizado en el presente caso – sin que quepan plazos de adecuación para tales efectos.

III.4. Graduación de la sanción

31. La Resolución 1525-2008/CPC sancionó a Mama Batata con una multa de 20 UIT por considerar que la infracción al artículo 7°B involucraba sin distinción alguna una afectación a la dignidad de las personas y generaba un daño muy grave en la vida en sociedad segmentándola irracionalmente.
32. El fundamento de dicho acto permite apreciar que la Comisión asumió en el presente caso un supuesto agravado de exclusión de clientela que no llegó a verificarse ni siquiera indiciariamente.

- g) La devolución o extorno, por el proveedor, de las sumas de dinero pagadas por el consumidor cuando el producto entregado o servicio prestado no corresponda a lo que haya sido expresamente acordado por las partes;
- h) Que las entidades depositarias cumplan con efectuar el traslado y el pago de las cuentas por CTS del trabajador, conforme a lo establecido en la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios;
- i) Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado; (Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)
- j) Que el proveedor pague las coberturas ofrecidas en los seguros contratados por los consumidores, quedando sujeto el pago al cumplimiento de las condiciones establecidas en la correspondiente póliza de seguros;
- 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.

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.

(texto modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27917)

10/12

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

Calle De la Prosa 138, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 | Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe | Web: www.indecopi.gob.pe



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

646
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

33. La Sala considera que habiéndose presentado una selección injustificada de clientela la arbitrariedad cometida en el caso del denunciante no puede generalizarse como una afectación a un colectivo o para la vida en sociedad, lo que implica una reducción en la cuantía de la multa impuesta, pues incluso en el caso de la afectación del denunciante, como se ha señalado en el apartado anterior no puede considerarse lesiones o afectaciones a la salud para calificar tal conducta.
34. Uno de los principios que rige el ejercicio de potestad sancionadora de la Administración, es el principio de razonabilidad por el cual las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o la sanción, siendo necesario considerar la existencia de intencionalidad, las circunstancias de comisión de la infracción y la repetición de las mismas, esto último a efecto de contar con un parámetro sobre el efectivo carácter disuasivo de multas anteriores.
35. En el caso de Mama Batata la Sala ha advertido que no registra sanciones previas a la comisión de la infracción por conductas similares, lo que aunado al beneficio obtenido y la afectación generada al denunciante amerita una multa menor a la impuesta por la Comisión debiendo fijarse en 2 UIT, sin perjuicio de que la misma sea considerada como multa básica en el caso de futuras infracciones de igual índole, oportunidad en que deberá duplicarse, salvo que se aprecien situaciones atenuantes calificadas que diluyan tal gravedad.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 1525-2008/CPC emitida el 7 de agosto de 2008, por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur que declaró improcedente la denuncia del señor Augusto Barrón Velis contra Mamabars S.A.C. por infracción del artículo 7°B de la Ley de Protección al Consumidor, modificando sus fundamentos a efectos de precisar que la infracción verificada corresponde a una exclusión injustificada de clientela.

SEGUNDO: revocar la Resolución 1525-2008/CPC en el extremo de las medidas correctivas ordenadas a Mamabars S.A.C. a solicitud del señor Augusto Barrón Velis toda vez que el reembolso de gastos médicos no guarda correspondencia con la infracción sancionada sino con el extremo de lesiones denunciado en el marco del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, que quedó consentido por el denunciante.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

6
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

TERCERO: revocar la Resolución 1525-2008/CPC el extremo de la sanción de 20 UIT impuesta a Mamabars S.A.C. fijando la misma en una multa de 2 UIT.

Con la intervención de los señores vocales Camilo Nicanor Carrillo Gómez, Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle, Oscar Darío Arrús Olivera, Hernando Montoya Alberti y Miguel Antonio Quirós García.

CAMILO NICANOR CARRILLO GÓMEZ
Presidente