

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**INFORME JURIDICO DE LAS RESOLUCIONES N° 1255-2004-CPC y 0939-  
2005/TDC-INDECOPI**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **ABOGADO**

**Autor**

**DIEGO RAFAEL CHAVEZ MEZA**

**Revisor**

**ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS**

Lima, 2021

## **I. RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN:**

El presente informe jurídico versará sobre el análisis de la Resolución N° 1255-2004/CPC de fecha 24 de noviembre de 2004 (en adelante la “**RESOLUCIÓN**”), emitida por la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante la “**COMISIÓN**”), la cual tiene como materia de análisis la comisión de prácticas discriminatorias realizada por la empresa UNITED DISCO S.A. (en adelante “**AURA**”), misma que fue denunciada de oficio por la Comisión, en razón a la vulneración de derechos constitucionales.

Asimismo, el presente informe jurídico también versará sobre el análisis de la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI de fecha 26 de agosto de 2005 (en adelante la “**RESOLUCIÓN FINAL**”) emitida por la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante la “**SALA**”), misma que resuelve el recurso de apelación presentado por Aura contra la Resolución, la cual tiene como materia de análisis, la prueba indiciaria y los sucedáneos medios probatorios.

Para el presente informe, nos basaremos en los conocimientos adquiridos a lo largo del presente Programa de Segunda Especialidad, en jurisprudencia pertinente establecida por el Tribunal Constitucional, consulta con organizaciones de derechos humanos y también con autores que aborden sobre todo los conceptos que se aborde en el Marco Jurídico Conceptual.

Finalmente concluiremos respecto a los límites establecidos al ejercicio de los derechos de la libertad de empresa y libertad de contratación contra el derecho a la dignidad de las personas y a la no discriminación respecto a su origen étnico y su indefensión ante actos discriminatorios por parte de empresas de servicio.

**Palabras Clave:** Discriminación, Potestad Fiscalizadora, Potestad Sancionadora, Libertad de Empresa, Libertad de Contratación, Inspección

## **ABSTRACT**

*This legal report will deal with the analysis of Resolution No. 1255-2004 / CPC dated November 24, 2004 (hereinafter the "RESOLUTION"), issued by the Consumer Protection Commission (hereinafter the "COMMISSION"), whose subject of analysis is the commission of discriminatory practices carried out by the company UNITED DISCO SA (hereinafter "AURA"), which was denounced ex officio by the Commission, due to the violation of constitutional rights.*

*Likewise, this legal report will also deal with the analysis of Resolution No. 0939-2005 / TDC-INDECOPI dated August 26, 2005 (hereinafter the "FINAL RESOLUTION") issued by the Competition Defense Chamber (in hereinafter the "ROOM"), which resolves the appeal filed by Aura against the Resolution, which has as its subject of analysis, the circumstantial evidence and the substitute means of evidence.*

*For this report, we will base ourselves on the knowledge acquired throughout this Second Specialty Program, on pertinent jurisprudence established by the Constitutional Court, consultation with human rights organizations and with authors that address above all the concepts addressed in the Conceptual Legal Framework.*

*Finally, we will conclude with respect to the limits established for the exercise of the rights of freedom of business and freedom of contract against the right to dignity of people and non-discrimination with respect to their ethnic origin and their defenselessness against discriminatory acts by companies of service.*

**Key Words:** *Discrimination, Supervisory Power, Punitive Power, Freedom of Business, Freedom of Contract, Inspection*

## ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN: .....	4
II.	INTRODUCCION .....	6
III.	JUSTIFICACION DE ELECCION DE LA RESOLUCIÓN .....	7
IV.	ANTECEDENTES .....	8
V.	FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCION .....	10
	V.1. Si las cuestiones probatorias atendidas por AURA en relación con el desarrollo de la diligencia de inspección y al contenido de la filmación efectuada en dicha fecha y, de ser ello así, corresponde declarar la nulidad del presente procedimiento .	
	V.2. Si AURA ha incurrido en la comisión de prácticas discriminatorias y, en este sentido, si infringió lo establecido por el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor.	
	V.3. La Graduación de la Sanción en caso de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada.	
	V.4. Si corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI, la publicación de la presente Resolución.	
VI.	FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	14
VII.	FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN FINAL .....	15
	VII.1. Si AURA ha realizado prácticas discriminatorias en su local y en este sentido ha incurrido en infracción administrativa.	
	VII.2. La Graduación de la Sanción en caso de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada	
	VII.3. Si, corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI, la publicación de la presente Resolución	
VIII.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO .....	17
IX.	MARCO TEORICO CONCEPTUAL .....	17
	IX.1. ACTO DISCRIMINATORIO	
	IX.2. POTESTAD FISCALIZADORA	
	IX.3. LIBERTAD DE EMPRESA	
	IX.4. LIBERTAD DE CONTRATACION	
X.	DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS .....	22

XI.	CONCLUSIONES .....	28
XII.	RECOMENDACIONES .....	29
XIII.	MARCO NORMATIVO .....	30
XIV.	BIBLIOGRAFIA .....	31



## II. INTRODUCCION

La discriminación sigue siendo hoy un terrible mal que azota a nuestra sociedad de manera silenciosa en diversas actividades económicas, sociales, políticas y culturales, en el quehacer del día a día, podemos diversificar muchos actos discriminatorios, directos, indirectos que realizan los ciudadanos con sus pares, esto atendiendo a prejuicios, falta de educación o simple falta de inteligencia emocional y empatía para con los demás.

Asimismo, los consumidores no están ajeno a este tipo de situaciones, puesto que muchas veces las empresas buscan públicos objetivos en una determinar rama social o étnica con el objetivo de generar una suerte de burbuja elitista para cierto sectores de la sociedad, y para ello cometen violaciones a derechos constitucionales al no permitir el goce ni la libertad de ejercer el derecho a poder acceder a sus servicios, esto basado en un prejuicio respecto a su color de piel, lenguaje, origen étnico, etc.

Los consumidores que se ven afectados por estos hechos necesitan el amparo de el ente regulador, en este caso INDECOPI, para que utilizando todas las herramientas que la potestad fiscalizadora y punitiva le otorga, pueda ante todo, identificar dichas conductas, establecer operativos que acrediten que dichos comportamientos se suceden y en base a ello iniciar procedimiento administrativo sancionador contra dicha empresa, con el objeto de buscar erradicar dichas conductas infractoras, y establecer las sanciones que sus competencias les permiten imponer.

Finalmente, también es necesario aprovechar el análisis de dichas Resoluciones para poder establecer los limites que tienen derechos constitucionales atribuibles a las empresas, como el Derecho a la Libertad de Empresa o el Derecho a la Libertad de Contratación, esto con el objeto de poder aprender que su ejercicio no es absoluto y que tiene limites definidos, los cuales abordaremos en el presente Informe, de esta manera tendremos claro que sin menospreciar la libertad de empresa de la que el Estado tiene un rol promotor, esta no puede afectar el derecho a la dignidad que tenemos todos los ciudadanos.

### **III. JUSTIFICACION DE LA ELECCION DE LA RESOLUCION**

Las resoluciones que serán abordadas en el presente Informe, me permitirá abordar no solo conceptos de derechos humanos, sino también profundizar en la potestad fiscalizadora y sancionadora de la Administración, en un tiempo donde estos conceptos no habían sido desarrollados de la forma en las que los tenemos hoy, resulta interesante poder revisar como INDECOPI establece sus definiciones al mismo tiempo que emite precedentes que permiten garantizar limites a ejercicios constitucionales de empresa pero que entran en conflicto al permitir conductas discriminatorias contra sus propios clientes.

Asimismo, también nos permite establecer la actividad inspectora del personal de fiscalización de una entidad reguladora, poder revisar sus procedimientos, sus alcances, sus limites , y sobre todo su fundamental importancia como medio probatorio para poder garantizar el inicio de procedimientos administrativos sancionadores respecto a empresas que realicen conductas infractoras.

Esto me permite poder profundizar mas en el Derecho Sancionador, el cual, si bien tiene una normativa desarrollada, en el año 2004 no contaba con los mecanismos que contiene ahora, por lo que INDECOPI resuelve conforme a derecho, basándose mas que nada en los objetivos que el legislador establece al desarrollar los derechos constitucionales, para lo cual, en mi opinión, tanto la Comisión como la Sala, desarrollan varios conceptos jurídicos que permiten estudiarlo, razón por la cual he decidido elegir dicha Resolución.

#### IV. ANTECEDENTES

**AURA** operaba un local de entretenimiento abierto al público, el cual fue objeto de inspección por parte de la Secretaría Técnica con el fin de verificar la práctica de presuntas prácticas discriminatorias contra consumidores en su establecimiento ubicado en el centro comercial “Larcomar”.

Mediante Informe N° 332-2004/CPC de fecha 03 de noviembre de 2004, se deja en cuenta que el operativo fue organizado como consecuencia de algunas denuncias recibidas sobre posible discriminación en el local antes mencionado, así como de las acciones desarrolladas por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI en coordinación con miembros de la Coordinadora de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal.

En dicho operativo, se dejó constancia de la existencia de hechos que podrían configurar prácticas discriminatorias, tales como no permitir el ingreso a una de las parejas que formaba parte del operativo, en atención a sus rasgos mestizos, razón subjetiva e injustificada que implicaría una infracción a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor.

En razón a lo expuesto, se inició el 03 de noviembre de 2004, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de **AURA** por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

Mediante escritos presentados el 17 y 18 de noviembre de 2004, **AURA** presento sus descargos entre los cuales estableció cuatro argumentos de defensa.

Primero, **AURA** indicó que el Acta de Diligencia de Inspección debía ser declarada nula por la existencia de un defecto formal insubsanable, ya que a pesar de tener relevancia significativamente para la constatación de los hechos, no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en el operativo.

Segundo, **AURA** señaló que la discoteca no era un local abierto al público sino de acceso restringido a personas que cumplen con lo establecido en su Reglamento de Ingreso, que solo permite el ingreso de socios, invitados y turistas que realicen el pago correspondiente a S/. 100.00 soles, situación que es comunicada a sus consumidores.

Tercero, precisó que la participación en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal no se ajusta a Ley,



puesto que dicho organismo no es competente para realizar verificaciones de infracciones a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor, por lo que estas organizaciones habrían cometido usurpación de funciones, por lo que INDECOPI les habría otorgado prerrogativas que no correspondían

Cuarto, señalo que mediante un vídeo de filmación debía sustituir al Acta de Visita de Inspección, puesto que ambos se contradicen, puesto al analizar dicha filmación no se advierte que la pareja de inspectores, conformado por un par de personas de rasgos mestizos, se le hubiera impedido el ingreso al local y, en consecuencia, que hubiera sido víctima de discriminación, al mismo tiempo que una segunda pareja, conformada por personas de rasgos caucásicos, efectivamente hubiera ingresado.

La Comisión de Protección al Consumidor valoró el descargo presentado por **AURA**, y estableció las siguientes Cuestiones de discusión.

- 1) Si las cuestiones probatorias atendidas por **AURA** en relación con el desarrollo de la diligencia de inspección y al contenido de la filmación efectuada en dicha fecha y, de ser ello así, corresponde declarar la nulidad del presente procedimiento.
- 2) Si **AURA** ha incurrido en la comisión de prácticas discriminatorias y, en este sentido, si infringió lo establecido por el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor.
- 3) La Graduación de la Sanción en caso de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada.
- 4) Si, corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI, la publicación de la presente Resolución.

Que, mediante Resolución 1255-2004/CPC de fecha 24 de noviembre de 2004, la **COMISION** declara fundada el procedimiento de oficio iniciado por ellos y sancionan a **AURA** con una multa ascendente a 35 UIT más las costas y costos del proceso.

En virtud de ello, **AURA** interpone recurso de apelación el 09 de diciembre de 2004, contra la **RESOLUCIÓN**, por lo que la **COMISIÓN** mediante Memorando eleva a la **SALA**, misma que admite el recurso de apelación el 12 de enero de 2005.

Mediante escrito de fecha 08 de febrero de 2005, **AURA** solicitó el uso de la palabra, el cual le es concedido, por lo que el 08 de julio de 2005 se realizó la audiencia de Informe Oral, la cual contó con la participación de su representante.

La **SALA** mediante la **RESOLUCION FINAL** de fecha 26 de agosto de 2005, confirma la **RESOLUCIÓN** en todos sus extremos y solicita que esté se publique en el diario el Peruano.

## V. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCION

Como se ha indicado anteriormente, **AURA** mediante escritos de fecha 17 y 18 de noviembre emitió descargos y se fijaron los siguientes puntos de discusión

### 4.1. Si las cuestiones probatorias atendidas por AURA en relación con el desarrollo de la diligencia de inspección y al contenido de la filmación efectuada en dicha fecha y, de ser ello así, corresponde declarar la nulidad del presente procedimiento

Al respecto, la **COMISIÓN** se remite al Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi (en adelante **D.L. 807**) y el numeral 2) del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante **LPAG**), en dicha normativa se indica lo siguiente: “(...) gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin<sup>1</sup>.” (el énfasis es nuestro)

Asimismo, la Ley de Procedimiento Administrativo General en su Artículo 235.2° establece que: “procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con

---

<sup>1</sup> “Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPÍ

Título I

Facultades de las comisiones y oficinas del INDECOPÍ

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin . Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento. ”

*carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación<sup>2</sup>*” (el énfasis es nuestro)

En virtud de dichas normas y en aplicación del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG<sup>3</sup>, la COMISIÓN indica que los medios utilizados en el operativo son lícitos, puesto que tiene como objetivo la verificación de presuntas conductas infractoras a la Ley de Protección al Consumidor y que en virtud al inicio de un Proceso Administrativo Sancionador, tiene la potestad y el deber de realizar todas las investigaciones necesarios, empleando los medios posibles para poder determinar que el inicio de un Proceso Administrativo Sancionador debe iniciarse.

En razón a ello, la inspección se realizó empleando personal de INDECOPI los cuales conformaron tres parejas, cada uno de diferentes rasgos físicos, contando con el apoyo de colaboradores externos.

Al tratarse de una inspección con el objeto de verificar una conducta discriminatoria de AURA a sus consumidores, se contó con el apoyo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal en razón a su postura contraria a la práctica de actitudes que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos.

Una primera pareja de rasgos caucásicos, siendo uno de ellos extranjero, fue enviada, la cual ingresó sin ningún inconveniente, por lo que se demostró que en lo que respecta ese grupo étnico, no había problemas al ingresar.

---

<sup>2</sup> Artículo 235.- Procedimiento sancionador

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

(...)

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

<sup>3</sup> 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:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

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.

Acto seguido, se envió una segunda pareja de rasgos mestizos, los cuales no se les permitió ingresar, de esta manera se pudo acreditar que solo personas que respondían al rasgo étnico subjetivamente apreciado podían ingresar al local, en desmedro de gente con un rasgo étnico subjetivamente depreciado por la seguridad de **AURA**, por lo que todo ello configura una acción discriminatoria.

A todos estos hechos se emitió un Acta de Verificación, misma que deja constancia de estos hechos y registra la presencia del señor Gianni Dasso Sanchez, administrador del local, el señor Francisco Raygada Coriglioni, mismo que impidió la entrada de la segunda pareja al local, y por último el señor Robert Orlando Castillo Larrea, quien manifestó ser abogado de la discoteca, suscribiendo el contenido del acta sin constar oposición.

Asimismo, personal de INDECOPI realizó filmaciones en el exterior del local, por lo que señalado en el Acta de Verificación queda debidamente acreditado.

Finalmente se concluye que el operativo de verificación fue realizada conforme a ley y cumpliendo lo establecido en la normativa, en razón a ello se desestima la solicitud de nulidad del proceso.

#### **4.2. Si AURA ha incurrido en la comisión de prácticas discriminatorias y, en este sentido, si infringió lo establecido por el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor**

Al respecto, el Artículo 5º, inciso d) del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor (en adelante **D.L. N° 716**) prescribe el derecho de todo consumidor a un trato equitativo en toda transacción comercial<sup>4</sup>, asimismo, se constata una infracción al Artículo 7-B de la **D.L. N° 716**<sup>5</sup> la cual

---

<sup>4</sup> TITULO SEGUNDO DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

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;

(...)"

<sup>5</sup> Artículo 7B.-

Los proveedores no podrán establecer discriminación algún respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

prescribe que los proveedores no pueden establecer actos de discriminación alguna con los consumidores respecto a sus productos o servicios ofrecidos en locales abiertos al público, actos como la selección de clientela, salvo que existe razón objetiva o justificada o media necesidad de seguridad o de tranquilidad de sus clientes<sup>6</sup>.

Por lo tanto, ningún proveedor puede establecer una práctica discriminatoria respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público, estableciendo como criterio la selección de consumidores en virtud a apreciaciones subjetivas respecto a su grupo étnico, no solo constituye una vulneración a un derecho fundamental de todo ciudadano, sino también a la infracción administrativa a la normativa de derecho al consumidor, pues se niega un servicio a un consumidor por el solo hecho de no cumplir con pertenecer a un grupo étnico determinado.

Al acreditarse dichos comportamientos tanto en el Acta de Verificación, como en una filmación de los exteriores, corresponde declarar la existencia de prácticas discriminatorias por parte de **AURA**.

La **COMISIÓN** también considera que, respecto a lo manifestado por **AURA**, al indicar que su libertad de contratación se ve afectada, es necesario manifestar que el derecho de la libertad de contratación es garantizado por la Constitución, por lo que los proveedores establecen mecanismos como el trato diferenciado entre un grupo consumidores, para lo cual dirigen su consumo hacia un público objetivo.

La **COMISIÓN** manifiesta que el comportamiento realizado por **AURO** no constituye un trato diferenciado, sino un trato discriminatorio, en razón a que el trato diferencia responde a criterios objetivos, tales como funcionalidad del producto al cliente, etc., lo cual no es ilegal.

---

*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*

<sup>6</sup> Artículo adicionado por el Artículo 2 de la Ley N° 27049

Por otro lado, diferenciar a un público de consumidores en razón a su raza, no responde a un criterio objetivo, sino a un criterio subjetivo, por lo cual varios consumidores se ven menos favorecidos en razón a su grupo étnico, dicha práctica es ilegal y corresponde un Proceso Administrativo Sancionador.

**V.4. La Graduación de la Sanción en caso de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada.**

Al acreditarse prácticas discriminatorias de parte de AURA, la sanción aplicarse debe guardar concordancia con las ganancias económicas que acredite AURA, es por ello por lo que la COMISIÓN decide que la sanción a imponer es de 35 UIT.

**V.5. Si corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI, la publicación de la presente Resolución.**

La COMISIÓN considera que, dado la gravedad de las vulneraciones a los derechos a los ciudadanos, no solo en su calidad de consumidor sino también en sus derechos fundamentales, corresponde dictar un precedente contra dichas prácticas realizadas por los proveedores, mismo que debe ser publicado en el Diario Oficial para su publicidad.

**VI. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

AURA presentó recurso de apelación contra la RESOLUCIÓN, estableciendo los siguientes argumentos:

- 5.1. El Acta de Diligencia presente defecto insubsanable por la existencia de un defecto formal insubsanable, ya que, a pesar de tener relevancia significativa para la constatación de hechos, no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en el operativo.
- 5.2. La discoteca “AURA” no era un local abierto a un público, sino de acceso restringido a las personas que cumplen con lo establecido en su Reglamento de

Ingreso; el cual únicamente permite ingreso a socios, a invitaos y a turistas que realicen el pago de un derecho ascendente a S/. 100.

- 5.3. La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal carecía de competencia para verificar la existencia de infracciones a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor, siendo INDECOPI el único organismo dotado de competencia por Ley para ejercer tal función fiscalizadora.
- 5.4. La filmación presentada como medio probatorio por **AURA** debía sustituir al Acta de Visita Inspectoral, atendiendo a las contradicciones advertidas entre ambos, aduciendo que no existe valor probatorio suficiente para poder garantizar que efectivamente se ha cometido una infracción.

## **VII. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN FINAL**

La **RESOLUCION FINAL** de fecha 26 de agosto de 2005, emitida por la **SALA** en merito al recurso de apelación realizada por **AURA**, establece 03 puntos de discusión:

- 1) Si **AURA** ha realizado prácticas discriminatorias en su local y en este sentido ha incurrido en infracción administrativa.
- 2) La Graduación de la Sanción en caso de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada.
- 3) Si, corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI, la publicación de la presente Resolución.

### **6.1. Si AURA ha realizado prácticas discriminatorias en su local y en este sentido ha incurrido en infracción administrativa.**

De acuerdo con el artículo 2º, inciso 2º de la Constitución Política del Perú, prohíbe la discriminación en todo nivel, manifestación o actuación, entre ellos la discriminación por raza, por lo que es inadmisibles que se toleren dichas

prácticas en operaciones de consumo, bajo pretextos o argumentos elaborados que dificulten su detección o hagan difícil su sanción.

Asimismo, el Artículo 62° de la Constitución Política del Perú, garantiza la libertad de contratación al señalar que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo de contrato, lo que supone la adecuación del derecho de contratación a las normas de orden público, es decir, aquellas inspiradas en el establecimiento y preservación del bien común y el bienestar social.

Asimismo, en el Informe Oral, la representante de **AURA**, indico que dicha discriminación se realiza por motivos de seguridad, indicando que el ingreso es principalmente a socios y a sus invitados, siendo flexibles con el ingreso de turistas.

Todo lo manifestado acredita que el rasgo principal para el ingreso al local responde a un criterio subjetivo de que las personas tengan rasgos caucásicos o sean del extranjero, lo cual es restrictivo y discriminatorio para los más elementos derechos establecidos en la constitución.

**6.2. La Graduación de la Sanción en caso de comprobarse la responsabilidad administrativa de la denunciada**

Al confirmarse las prácticas discriminatorias, se entiende que la multa debe ir en razón al Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad establecidos en la **LPAG**, en razón a ello también se reconoce la necesidad de la imposición de una sanción alta que desincentive la continuación de dichas prácticas discriminatorias, en función a los perjuicios económicos.

**6.3. Si, corresponde solicitar al Directorio de INDECOPI, la publicación de la presente Resolución**

La **SALA** declara la necesidad de la publicidad de la **RESOLUCION FINAL**, esto debido a su importancia de establecer un precedente respecto a



las prácticas discriminatorias realizadas por **AURA**, y desincentivar la continuación de dichas prácticas tanto por la empresa sancionada como por otros proveedores similares.

## VIII. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO

Después de analizar ambas resoluciones, he establecido los siguientes Problemas Jurídicos:

- 7.1. ¿Reservarse el derecho de admisión en un local privado constituye una violación al derecho constitucional de la no discriminación o por el contrario es un correcto ejercicio de la libertad de empresa?
- 7.2. ¿La potestad inspectora de la Administración debe ser acreditada ante un tercero?
- 7.3. ¿La presencia de un Organismo ajeno a aquel que reviste potestad fiscalizadora, puede deducir la nulidad del Acta de Inspección que ahí se emita?
- 7.4. ¿Constituye la Publicación de una Resolución un elemento punitivo en contra del proveedor, en razón a ser una afectación a su reputación?

## IX. MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

En el presente es menester desarrollar algunos conceptos previos antes de desarrollar los problemas jurídicos identificados en el punto precedentes.

El presente caso es sostenido por INDECOPI como un **acto discriminatorio**, mediante el cual se reserva el derecho de admisión respecto a todos los consumidores que no cumplan con características definidas.

**AURA** sostiene que, al ser un local privado, puede reservarse el derecho de admisión en concordancia con sus **derechos de Libertad de Empresa** y **Libertad de Contratación**.

A continuación, desarrollaremos estos conceptos.

## 8.1. ACTO DISCRIMINATORIO

La Constitución Política del Perú indica en su Artículo 2°, Inciso 2° que todo ciudadano tiene derecho a la igualdad ante la ley, y no puede ser discriminado por ningún motivo, entre los cuales se indica por raza, por lo que discriminar a cualquier ciudadano por sus rasgos étnicos, constituye la violación de un derecho constitucional.

Si nos remitimos a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, cuya entrada en vigor fue el 04 de enero de 1969, estos definen en su artículo Nro. 1 de la Parte 1 el concepto de discriminación racial de la siguiente manera: *“En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”*<sup>7</sup>

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 0045-2004-AI/TC de fecha 29 de octubre de 2005 define criterios de proporcionalidad a la hora de ponderar respecto a casos de discriminación, otorgándole determinados valores de intensidad, para lo cual indicamos un cuadro para mayor claridad:

<b>INTENSIDAD EN LA INTERVENCIÓN</b>	<b>SUSTENTO NORMATIVO</b>	<b>IMPEDIMENTO</b>
--	---------------------------	--------------------

<sup>7</sup> <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>

GRAVE	Causal proscrita en el Art. 2.2 de la Constitución Política del Perú	Ejercer un Derecho Fundamental
MEDIA	Causal proscrita en el Art. 2.2 de la Constitución Política del Perú	Ejercicio de un Derecho meramente legal o de un interés legítimo
LEVE	Ninguna causal proscrita en el Art. 2.2 de la Constitución Política del Perú	Ejercicio de un Derecho meramente legal o de un interés legítimo

Del cuadro precedente, podemos deducir que INDECOPI acusa a **AURA** de realizar un acto discriminatorio de intensidad media, puesto que si bien tiene origen en una causal proscrita por el Artículo 2.2. de la Constitución Política del Perú (raza), tiene como consecuencia el impedir el derecho de impedir un interés legítimo (esto es el ingreso libre a un local de entretenimiento).

Por lo tanto, debemos entender que un acto discriminatorio puede entenderse como el impedimento de parte de un tercero al ejercicio de un derecho de goce por razones de rasgos étnicas, lo cual es aplicable al caso concreto.

## 8.2. **POTESTAD FISCALIZADORA**

La fiscalización se encuentra recogida en nuestra normativa como: “el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, con el objeto de un cumplimiento normativo.

De acuerdo con lo manifestado por el Profesor Manuel Izquierdo Carrasco<sup>8</sup>, la potestad fiscalizadora tiene diversos elementos:

Objeto:

Refiere a las actuaciones reguladas por el administrado.

Contenido:

Debe contener elementos que garantice el cumplimiento de los deberes a los que los administrados estén sometidos.

Finalidad:

Se busca realizar el cumplimiento de la norma, con el objeto de poder garantizar que los administrados estén realizando sus actividades conforme a lo que estipula la Ley.

Forma:

Es una actividad esencialmente material, que, si bien puede tener procedimientos establecidos, estos son definidos de acuerdo con la actividad que estén supervisando.

Naturaleza Jurídica:

La fiscalización posee una potestad innovativa, en cuanto puede crear, extinguir, modificar relaciones jurídicas concretas entre la Administración y los administrados, en beneficio del interés público.

### 8.3. **POTESTAD SANCIONADORA**

---

<sup>8</sup> IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, 2019 Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho Peruano

De acuerdo con el concepto desarrollado por Guzmán Napuri (2013) “por la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico.” (p. 29)<sup>9</sup>, en base a ello podemos establecer que la Potestad Sancionadora se manifiesta como una actuación posterior al ejercicio de la Potestad de Fiscalización y al mismo tiempo la complementa, al ser la última la que realiza inspecciones que acreditan conductas infractoras, siendo el órgano sancionador el que en base a esos medios probatorios establece Procedimientos Administrativos Sancionadores.

#### 8.4. **LIBERTAD DE EMPRESA**

El Artículo 59° de la Constitución Política del Perú define el Rol Económico del Estado en la sociedad, la cual se define como promotor de la libertad de empresa, comercio e industria en el ámbito de una economía social de mercado, siempre y cuando el ejercicio de estas libertades no sea lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha definido la Libertad de Empresa de la siguiente manera: “31. *La libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades*” (STC 0003-2006-PI-TC).

De todo lo expuesto podemos concluir dos ideas, la primera es que el Estado garantiza la libertad de formar empresas que provean bienes y servicios para satisfacer la necesidad de los consumidores, y, por otro lado, una segunda

---

<sup>9</sup> GUZMAN NAPURÍ, CHRISTIAN, (2013). Los Procedimientos Administrativos Sancionadores. Editado por Gaceta Jurídica

idea, en donde se establece un límite a estos ejercicios, que es la afectación a la moral, salud ni seguridad pública de los ciudadanos.

La empresa manifiesta que no puede considerarse lesivo el reservarse el derecho de admisión de un consumidor, puesto que el local contiene un Reglamento, el cual es de conocimiento para todos sus clientes, y en el cual se establece dicha práctica.

#### 8.5. **LIBERTAD DE CONTRATACION**

El Artículo 2°, inciso 14, de la Constitución Política del Perú, establece que dos partes (una empresa y su cliente) pueden pactar válidamente de acuerdo con las normas vigentes al momento del contrato.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha manifestado respecto a este derecho, aunque debemos aclarar que dicha disposición fue realizada posteriormente a los hechos realizados en el caso y a las Resoluciones que están siendo analizadas, aun así, creo pertinente poder dar un vistazo a dicha definición, la misma prescribe lo siguiente: “47. Consagrado en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución, el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, prima facie: • Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.(...)” (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47)

**AURA** manifiesta que ellos tienen todo el derecho a elegir quien va a ser la otra parte en su relación contractual (consumidor autorizado a ingresar a su local), sin que se pueda considerar un acto discriminatorio, puesto que solo se trata del ejercicio de la libertad de una empresa respecto a quienes podrán ejercer una relación contractual basado en el consumo dentro de su local.

## **X. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS**

### **¿RESERVARSE EL DERECHO DE ADMISIÓN EN UN LOCAL PRIVADO CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA NO DISCRIMINACIÓN O POR EL CONTRARIO ES UN CORRECTO EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA?**

Se ha desarrollado en el marco conceptual las definiciones de ACTO DISCRIMINATORIO, así como LIBERTAD DE EMPRESA Y CONTRATACION, por lo que corresponde poder desarrollar este punto.

Primero, debemos manifestar que como hemos expuesto líneas arriba, el Tribunal Constitucional considera que no todo acto discriminatorio puede ser catalogado de la misma manera, puesto que hay que analizar primero la causal de la discriminación, su origen normativo y la afectación que realiza hacia el afectado.

En el presente caso, **INDECOPI** sostiene que la causal de la discriminación se basa en el origen étnico de los afectados (rasgos no caucásicos, más bien de naturaleza cobriza o mestiza).

El origen normativo de este acto es en el Artículo 2°, inciso 2° respecto al derecho constitucional a la no discriminación por razones de raza.

Finalmente, la afectación hacia el consumidor es impedirle el goce o disfrute de un interés específico, esto es de poder ingresar a un local de entretenimiento y consumir, este último punto considero que es importante, porque generalmente se relaciona a la discriminación con la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental (como la libertad de tránsito o la de participación política).

También es necesario situarnos contextualmente en la normativa vigente al momento de la comisión de la infracción, esto es al 23 de octubre de 2004, su relevancia implica porque desde la promulgación del Código de Protección al Consumidor promulgada mediante Ley N° 29571 el 01 de septiembre de 2010 y publicado en el diario “El Peruano” al día siguiente, se establece en su Artículo 38°, la prohibición de discriminación de consumidores y que estos no pueden ser excluidos por ningún motivo, estén expuestos o dentro de una relación de consumo, sin que medie causa objetiva y justificada.

Por otro lado, en el año 2004, se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 716, la cual era mucho más escueta de acuerdo a lo que debemos considerar como acto discriminatorio, puesto que en su Artículo 7B indica que los proveedores no pueden realizar actos de discriminación respecto a sus consumidores ofrecidos en locales abiertos al público, entre estos actos se consideran la selección de clientela, exclusión de personas o practicas similares, a menos que existan causas de seguridad o tranquilidad pública u otras razones objetivas y justificadas.

Considero que el Decreto Legislativo N° 716 es muy limitado puesto que reduce los límites a establecimientos abiertos al público por lo que un establecimiento cerrado o de características privadas, no estaría sujeto a tales limitaciones, lo cual genera peligro de que dichas situaciones se realicen, y es justo lo que **AURA** considera, que, al ser un local privado de entretenimiento, no está exento a lo que considera el Artículo 7B del Decreto Legislativo N° 716.

Asimismo, debemos manifestar que como se ha desarrollado en el marco conceptual, la Libertad de Empresa y de Contratación garantizado por el rol promotor de la inversión privada del Estado, busca la creación de empresas que satisfagan servicios de los consumidores, y para ello se les otorga completa autonomía para poder negociar y pactar sus contratos y a las empresas el de elegir a la otra parte del contrato, de esta manera se flexibiliza las medidas para poder garantizar que las empresas puedan establecerse.

Sin embargo, existen limitaciones para el ejercicio de estas libertades, entre ellas que no contravengan la moral, la que puede definirse como un conjunto de costumbres consideradas correctas para dirigir el comportamiento y desarrollo de una sociedad en una comunidad.

La discriminación es un práctica que contraviene el desarrollo de una sociedad moderna, puesto que no es posible un crecimiento a nivel social si una parte de la población ve limitada sus posibilidades de desarrollo debido a que sus rasgos étnicos no tienen el mismo nivel de consideración que otros.

Entonces no es posible que **AURA** sostenga que el ejercicio de su libertad de empresa y de contratación garantice la realización de estas prácticas puesto que las mismas mantienen limitaciones que en el presente caso se están sucediendo, por lo tanto se puede concluir que el reservarse el derecho de admisión no constituye un ejercicio de libertad de empresa y de contratación puesto que es un acto lesivo moralmente y que si bien no está tipificado, o al



menos no de una manera clara y extensiva a todos los ámbitos, en la normativa vigente, su comisión constituye una afectación de un derecho constitucional y por lo tanto no podemos omitir su sanción.

### **¿LA POTESTAD INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN DEBE SER ACREDITADA ANTE UN TERCERO?**

La potestad inspectora de INDECOPI se debe definir como la capacidad que esta mantiene para poder realizar inspecciones en todos los locales y garantizar el cumplimiento de su normativa, caso contrario, dejar constancia de tales hechos y realizar un Procedimiento Administrativo Sancionador a los responsables.

El Decreto Legislativo N° 807, mismo que regula las Facultades, normas y organización del INDECOPI, indica en su artículo 24° las funciones de un secretario técnico, entre las cuales se establece llevar a cabo inspecciones e investigaciones necesarias para otorgar mayores elementos de juicio a la Comisión, así como las fiscalizaciones.

Complementariamente, el Artículo 32° del mismo cuerpo normativo establece que de ser necesario la realización de una inspección, esta deberá ser realizado por el secretario técnico o persona autorizada por este, levantando un acta al momento de constarse la comisión de una infracción siendo firmada por estos y de considerarlo así puede ser firmada por los representantes de la empresa inspeccionada.

Por lo tanto, los inspectores pueden acreditarse al momento de informar a la empresa inspeccionada que se ha constatado la comisión de una infracción administrativa contraria a su normativa y pedirle que, si desea, firme el acta y exija se deje constancia en la misma de cualquier irregularidad que se haya realizado en la misma diligencia.

Finalmente, se debe concluir que la potestad inspectora/fiscalizadora de INDECOPI queda establecida en su normativa y por lo tanto está lo suficientemente acreditada de manera indubitable.

### **¿LA PRESENCIA DE UN ORGANISMO AJENO A AQUEL QUE REVISTE POTESTAD FISCALIZADORA, PUEDE DEDUCIR LA NULIDAD DEL ACTA DE INSPECCIÓN QUE AHÍ SE EMITA?**

En el presente caso, personal de INDECOPI solicitó la compañía de la Coordinadora de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, con el objeto de utilizar su experiencia en la identificación de conductas discriminatorias y por ello poder determinarlas de manera clara.

**AURA** indica que no corresponde la participación de dichas asociaciones civiles puesto que ellos no revisten potestad fiscalizadora por ninguna normativa y por lo tanto su presencia en la firma del Acta de Inspección, tendría como consecuencia la nulidad de esta.

Antes de continuar debemos tener claro que es una asociación civil, la cual es definida en el Artículo 80 de nuestro Código Civil como: *“una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo”*.

En el caso concreto, la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, son asociaciones civiles que tienen como objeto la de fiscalizar prácticas contrarias a los derechos fundamentales de las personas, y si bien no tienen capacidad fiscalizadora otorgada mediante norma con rango de ley, su labor viene a ser con apoyo tanto de personal como de su experiencia y conocimiento profesional.

Entonces, reviste coherencia que ante una situación donde se está configurando una práctica discriminatoria contra un consumidor, INDECOPI considere pertinente la participación de Asociaciones Civiles con experiencia en estos temas, que puedan identificar dichas prácticas y por lo que puedan constar en una Acta de Fiscalización dando sustento a lo que en ella se manifiesta.

Esto no quiere decir que dichas Asociaciones Civiles estén ejerciendo potestad fiscalizadora, porque no están participando de manera activa en dicha inspección, sino de manera pasiva como un soporte de apoyo intelectual para la determinación de una determinada infracción en un determinado caso.

Finalmente, si revisamos las causales de nulidad establecidas en la Ley General de Procedimientos Administrativos, Ley N° 27444, Artículo 10<sup>o</sup><sup>10</sup>, no podemos determinar que

---

<sup>10</sup> Artículo 10.- Causales de nulidad

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

ninguna de esas causales sea aplicable al presente caso, por lo que se concluye que la participación de una asociación civil no puede determinar la nulidad de una Acta de Inspección

### **¿CONSTITUYE LA PUBLICACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN UN ELEMENTO PUNITIVO EN CONTRA DEL PROVEEDOR, EN RAZÓN A SER UNA AFECTACIÓN A SU REPUTACIÓN?**

Con respecto a este problema jurídico, la **RESOLUCION FINAL** fue publicada en el diario el Peruano en virtud de lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807, decide publicar la misma, en virtud de ser un precedente de observancia obligatoria, dada la gravedad del derecho afectado y poder establecer un criterio con el cual poder determinar sanción respecto a prácticas discriminatorias en el futuro.

El problema es que cuando dicha publicación tiende a afectar la buena reputación de una empresa, la cual puede afectar el ejercicio de su libertad de empresa al verse afectado por las consecuencias de la publicación antes mencionada.

El derecho a la buena reputación de las personas jurídicas ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC (Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín), la cual establece lo siguiente: *“(...) aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.”* (STC 0905-2001-AA/TC, fundamento 7).

Por lo tanto, en este punto queda establecido que las personas jurídicas tienen derecho a la buena reputación y de solicitar su protección a través de un proceso de amparo, por lo que

---

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de esta

establecido que **AURA** tiene un derecho a la buena reputación, y la disposición de parte de INDECOPI de publicitar una resolución debido a su importancia y a los derechos afectados, corresponde a analizar qué derecho se superpone.

Primero debemos identificar el bien jurídico afectado por **AURA**, la misma ha realizado prácticas discriminatorias contra consumidores en razón a sus rasgos étnicos, lo cual es la lesión a un derecho fundamental consagrado en la Constitución, por lo cual su afectación reviste especial gravedad respecto a las infracciones comunes a la normativa del Derecho al Consumidor.

Asimismo, estamos hablando de una Resolución que constituye precedente de observancia obligatoria, por lo que su publicidad resulta imperativa, tanto para las Autoridades que emitirán Resoluciones posteriores respecto a la misma materia, como sobre todo a personas naturales y jurídicas que podrán tener acceso a dicha **RESOLUCIÓN FINAL** y por lo tanto tener claridad respecto a evitar dichas prácticas.

Lo indicado adquiere vital importancia, puesto que como hemos desarrollado en otro punto, la normativa vigente en el 2004 en INDECOPI no determinaba de manera extensa y clara la prohibición de actividades discriminatorias, limitándola a ambientes abiertos al público, por lo que también su publicación busca tener un efecto disuasorio en otras empresas similares.

Por lo tanto, si bien es correcto afirmar que **AURA** tiene reconocido un derecho a la buena reputación como persona jurídica, la gravedad de su actuación es tal que no es posible dejar pasar la oportunidad de establecer un precedente que evite, o al menos advierta a otras empresa similares, el evitar dichas prácticas y establecer un criterio más universal respecto a la prohibición de prácticas discriminatorias.

Finalmente, cabe indicar que, en el año 2010, con la publicación del Código de Protección al Consumidor, se modificó dicha norma, estableciendo un criterio más universal y equitativo respecto a la obligatoriedad de no realizar prácticas discriminatorias, la cual tuvo su fundamento en este caso, por lo que eso reafirma la importancia que tuvo la publicación de dicha norma.

## **XI. CONCLUSIONES**

En el presente trabajo hemos podido comprobar que toda actividad empresarial tiene libertades y promociones de parte del marco normativo pero también límites establecidos en la Constitución y en la Jurisprudencia sobre la materia, por lo que una actividad discriminatoria no puede ser negada o tergiversada fundamentándose en sus derechos constitucionales como empresas, INDECOPI crea un precedente y establece un criterio para garantizar la dignidad de los consumidores así como su libre acceso a servicios sin que sus origen étnico o cualquier apreciación subjetiva que puedan tener los proveedores de los servicios solicitados, pueda constituir una barrera para poder adquirir un servicio.

La potestad fiscalizadora y la potestad sancionadora son dos ejercicios en momentos diferentes, pero con un mismo fin, garantizar el cumplimiento normativo respecto a los administrados y poder identificar y acreditar conductas infractoras, las mismas que deberán ser materia de procesos administrativos sancionadores, de esta manera en distintas etapas se garantiza un fin, el cumplimiento de la normativa.

La Administración para poder cumplir con la facultad de fiscalizar a los administrados, puede valerse de medios lícitos, tales como investigaciones, fotografías, declaraciones, así como el apoyo logístico de entidades especializadas en determinar conductas como la que se busca acreditar, por lo tanto el apoyo de Sociedades Civiles especializadas en el tema no invalida las Actas que se emitan como resultado de la intervención, puesto que las causales de nulidad no establecen que el apoyo de una entidad externa invalide la inspección.

## **XII. RECOMENDACIONES**

Por medio de la presente, y a través de la investigación del presente trabajo, consideramos que es necesario establecer un sistema de búsqueda de empresas que hayan sido sancionadas en materia de discriminación, esta medida podría considerarse lesiva contra la buena reputación de dichas empresas, pero también es cierto que la afeción a la dignidad humana y al derecho de todos de no ser discriminados no puede ser considerada una infracción leve o menor.

Asimismo, considero que es necesario que todos los establecimientos que contengan servicio al público deben contar con procedimientos disciplinarios internos para con

su personal, en caso estos manifiesten comportamientos o actitudes discriminatorias contra su público.

Asimismo, considero que hay mecanismos alternativos a la imposición de sanciones que pueden resultar mas coercitivas que las multas, como el compromiso de cese de conductas infractoras, lo cual agiliza los procedimientos sancionadores y cumple con el objetivo de hacer cumplir la normativa y erradicar conductas infractoras.

### **XIII. MARCO NORMATIVO:**

Constitución Política del Perú

Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor

Decreto Legislativo N° 807, Facultades, normas y organización del INDECOPI

2010 Ley N° 29571. Ley de Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima

2016 Decreto Legislativo N° 1272. Decreto Legislativo que modifica la

Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo general y deroga la Ley N°

29060, Ley del Silencio Administrativo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2001 Sentencia del Exp. No 0905-2001-AA/TC

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>

2004 Sentencia del Exp. No 02974-2010-PA/TC

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02974-2010-AA.html>

2004 Sentencia del Exp. N° 0045-2004-AI/TC

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

2004. Sentencia del Exp. N° 0048-2004-PI/TC

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

2007 Sentencia del Exp. No 00033-2007-PI/TC

#### **XIV. BIBLIOGRAFIA**

CAIRAMPOMA ARROYO, ALBERTO, (2014). Ley de Procedimiento Administrativo General, Humillada y Concordada. Lima: Editado por el Circulo de Derecho Administrativo.

GUZMAN NAPURÍ, CHRISTIAN, (2013). Manuel de Procedimientos Administrativos General. Editado por Instituto Pacifico.

GUZMAN NAPURÍ, CHRISTIAN, (2013). Los Procedimientos Administrativos Sancionadores. Editado por Gaceta Jurídica

MORON URBINA, JUAN CARLOS, (2014). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Editado por Gaceta Jurídica

CERVANTES ANAYA, DANTE (2013). Manual de Derecho Administrativo. Editado por Editorial Rodhas

DELGADO CAPCHA, RODRIGO (2020). Una mirada global a la discriminación en el consumo. Jurisprudencia del Indecopi. Editado por IndecopiPE

DIRECCIÓN DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – INDECOPI (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito, jurisprudencia del Indecopi. Editado por IndecopiPE

2013 Directiva N° 009-2013/DIRCOD-INDECOPI. Denominada “Normas sobre Registro, Reconocimiento y Participación de las Asociaciones de Consumidores en los Procedimientos sobre Defensa de los Derechos de los Consumidores”. Lima, 20 de noviembre. Consulta: 18 de mayo del 2021.

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3800885/Directiva+009-2013.pdf/bf4a1081-b0be-0948-6dcc-0ad0f2e3822f>

2014 Resolución No 1666-2014/SPC-INDECOPI

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/165724/Re1666.pdf/be82f06a-aecf-42bda147-e3681ffd4df8>

2015 Discriminación en el Consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI. Lima. Consulta: 16 de mayo del 2021

<https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminación+en+el+Perú/f5b608b8-8cc6-43bb-bde8-fbe6398d0094>

#### DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2009 Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo. Consulta: 20 de mayo del 2021.

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-005-2009-DP-ADHPDvf.pdf>

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge

2016 Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general. Consulta: 18 de mayo del 2021.

[https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf)

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel

2019 Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho Peruano. Consulta: 18 de junio de 2021





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

SUMILLA: *en el procedimiento sobre infracción a las normas de protección al consumidor<sup>1</sup> seguido de oficio contra United Disco S.A., la Comisión ha resuelto lo siguiente:*

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

SANCION: 35 Unidades Impositivas Tributarias

<sup>1</sup> 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.



Lima, 24 de noviembre de 2004

## ANTECEDENTES

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

En el referido informe se dejó constancia de la metodología empleada para la investigación<sup>2</sup>, así como de la constatación de indicios de la comisión de prácticas discriminatorias por parte del personal de la citada discoteca; ello, al impedir el ingreso de una de las parejas seleccionadas para el operativo<sup>3</sup>. El resultado de la investigación efectuada fue consignado en el acta correspondiente<sup>4</sup>, dejándose constancia de la filmación efectuada por el personal de INDECOPI.

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

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

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

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

En sus descargos, Aura señaló lo siguiente:

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

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

## II. CUESTIONES EN DISCUSION

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

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

## 3. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSION

### 3.1 Sobre la nulidad del procedimiento

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

Sobre el particular, debe considerarse que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI<sup>5</sup> y, el numeral

<sup>5</sup> LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

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

2) del artículo 235 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>6</sup>, otorgan facultades al INDECOPI para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia.

En este mismo sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha establecido en anteriores precedentes administrativos que, en aplicación de lo dispuesto por la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil<sup>10</sup>, así como del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>9</sup>, es lícito el empleo en el procedimiento administrativo de los sucedáneos de los medios probatorios, esto es, de auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos<sup>10</sup>.

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

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

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

<sup>6</sup> LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 235.- Procedimiento sancionador.

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

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

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

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

<sup>9</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)
2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3.2 Sobre los actos de discriminación

#### 3.2.1 Normativa aplicable

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

<sup>11</sup> LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> Artículo agregado por el artículo 2 de la Ley 27049, publicada el 6 de enero de 1999 en el diario oficial "El Peruano"



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

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

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

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

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

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

### 3.2.2 Aplicación al caso concreto

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

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

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

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

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

El acceso a quienes no tienen la calidad de socios hace que el mencionado establecimiento tenga la calidad de "abierto al público" y permita acreditar que la negativa en el ingreso sea, en realidad, una justificación empleada por Aura para ocultar o encubrir una práctica discriminatoria. En relación a este argumento, cabe mencionar que en anteriores ocasiones se ha empleado el derecho a la libertad de asociación como una justificación para encubrir la comisión de prácticas lesivas a los derechos fundamentales; por lo cual, el INDECOPI cuenta con cierto grado de experiencia en la naturaleza de estas situaciones<sup>13</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3.3 Graduación de la sanción.

El artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor establece que la Comisión determina la sanción administrativa atendiendo criterios como la gravedad de la falta, los efectos que pudiese ocasionar la conducta infractora en el mercado entre otros que considere adecuados para cada caso concreto<sup>15</sup>.

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

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

<sup>15</sup> LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

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

Finalmente, dados los beneficios económicos que se derivan de la comisión de dichas prácticas y atendiendo al número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona, consideramos que la sanción a imponer debe guardar relevancia particular con tales hechos; ello, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas ha sido elevada.<sup>16</sup>

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

### 3.4 De las medidas correctivas

El literal k) del artículo 42 de la Ley de Protección al Consumidor, establece la facultad que tiene la Comisión para, actuando de oficio o a pedido de parte, ordenar a los proveedores cualquier otra medida que considere pertinente y tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro<sup>8</sup>, en los casos en que aquellos hubieran infringido la Ley de Protección al Consumidor.

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

### 3.5 Sobre la publicación de la presente resolución

El artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 establece que el Directorio del INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial El Peruano por considerar que dichas resoluciones son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.<sup>17</sup>

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

<sup>8</sup> LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

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

(...)

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

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

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

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

#### 4. DECISION DE LA COMISION

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

SEGUNDO: sancionar a United Disco S.A. con una multa ascendente a 35 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)<sup>15</sup>, la cual será rebajada en 25% si las denunciadas consienten la presente resolución y procede a cancelar la misma dentro del plazo de cinco (5) días de su notificación, conforme a lo establecido en los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo N° 807, Ley Sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y la décimo tercera disposición complementaria de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal<sup>16</sup>.

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

<sup>15</sup> 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.

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

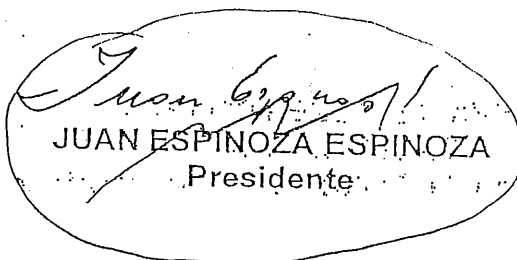
Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. La apelación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

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

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

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

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

  
JUAN ESPINOZA ESPINOZA  
Presidente



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR  
DENUNCIANTE : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR  
(LA COMISIÓN)  
DENUNCIADO : UNITED DISCO S.A. (UNITED DISCO)  
MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR  
DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO  
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN  
MULTA  
MEDIDA CORRECTIVA  
ACTIVIDAD : PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN  
FUNCIONAMIENTO DE SALAS DE BAILE,  
DISCOTECAS, PARQUES DE DIVERSIÓN Y  
LUGARES SIMILARES

SUMILLA: en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra United Disco S.A., por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución N° 1255-2004-CPC, toda vez que ha quedado acreditado que United Disco, en su local "Aura", ofrece un servicio diferenciado a sus clientes, distinción que no encuentra justificación en razones objetivas sino que está vinculado a la existencia de conductas discriminatorias configuradas con ocasión de la procedencia geográfica, la raza o la condición económica de estos.

Dada la gravedad de los hechos verificados, la Sala ha resuelto proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

SANCIÓN: 35 UIT

Lima, 26 de agosto de 2005

I ANTECEDENTES

Mediante Informe N° 332-2004/CPC del 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión que había realizado una diligencia de inspección en el local de la discoteca "Aura" ubicada en el Centro Comercial Larcomar, a fin de verificar la ocurrencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público. En el informe se daba cuenta de que el operativo fue organizado como consecuencia de algunas denuncias recibidas sobre posible discriminación en el local antes mencionado, así como de las acciones desarrolladas por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI en

M-SDC-02/1C





RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0125

coordinación con miembros de la Coordinadora de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, en las cuales se había advertido la existencia de hechos que podrían configurar prácticas discriminatorias, tales como no haber permitido el ingreso a la discoteca a una de las parejas que formaba parte del operativo, en atención a sus rasgos mestizos, razón subjetiva e injustificada que implicaría una infracción a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor.

El 3 de noviembre de 2004, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de United Disco por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

En sus descargos, United Disco señaló que el Acta de Diligencia de Inspección debía ser declarada nula por la existencia de un defecto formal insubsanable, ya que a pesar de tener relevancia significativa para la constatación de los hechos, no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en el operativo. De otro lado, señaló que la discoteca "Aura" no era un local abierto al público sino de acceso restringido a las personas que cumplen con lo establecido en su Reglamento de Ingreso, el cual únicamente permite el ingreso a los socios, a invitados y a turistas que realicen el pago del cover correspondiente a S/. 100,00. Asimismo, señaló que dicha situación había sido adecuadamente informada a los consumidores.

Adicionalmente, precisó que la participación en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal era ilegal, toda vez que ninguno de dichos organismos era competente para verificar la existencia de infracciones a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor, por lo que estas organizaciones habrían cometido el ilícito de usurpación de funciones, no habiendo el INDECOPI haberles otorgado prerrogativas que no les correspondían.

Igualmente, señaló que el vídeo de la filmación debía sustituir el mérito probatorio del Acta de Visita Inspectiva, atendiendo a las contradicciones advertidas entre ambos. Al respecto, manifestó que de la filmación no se desprendía que a la primera pareja - conformada por personas de rasgo mestizo - se le hubiera impedido el ingreso al local y, en consecuencia, que hubiera sido víctima de discriminación. Asimismo, indicó que tampoco había quedado acreditado que la segunda pareja - conformada por personas de rasgo caucásico -, efectivamente, hubiera ingresado. Finalmente, mencionó que en el vídeo no se apreciaba a la tercera pareja que supuestamente participó en el operativo.

El 24 de noviembre de 2004, mediante Resolución N° 1255-2004-CPC, la Comisión emitió pronunciamiento identificando en la conducta de United



RESOLUCIÓN N° 0939-2005/TDC-INDECOPI

0126

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

Disco una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En consecuencia, la sancionó con una multa ascendente a 35 UIT y le ordenó, como medida correctiva, que se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas.

El 9 de diciembre de 2004, United Disco apeló de la mencionada resolución indicando que la Comisión había omitido pronunciarse respecto del Disco Compacto ofrecido como prueba, el cual contenía fotografías en las que se apreciaba que a la discoteca asistían personas de todo origen racial. Asimismo, reiteró que el vídeo de la filmación debía sustituir el valor probatorio del Acta de Visita Inspectiva, en atención a las inconsistencias detectadas entre éstos.

Adicionalmente, reiteró lo señalado respecto de la participación conjunta en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal, en el sentido de que su participación en la inspección sería inválida, toda vez que no se trataba de Asociaciones de Consumidores reconocidos por el INDECOPI.

De otro lado, manifestó que tanto el Acta de Visita Inspectiva, como el operativo, carecían de validez, ya que una de las personas que formaba parte de la segunda pareja que participó en el operativo no contaba con un documento de identidad vigente. Asimismo, indicó que la mencionada acta debía ser declarada nula, debido a que no había sido suscrita por todas las personas que intervinieron en la diligencia y que el representante del INDECOPI, que sí la suscribió, no había consignado el número de su Documento Nacional de Identidad - DNI -, ni las facultades que le habían sido delegadas por la Secretaria Técnica de la Comisión.

Posteriormente, señaló que la calificación hecha por la Comisión respecto de considerar a la discoteca como local abierto al público, vulneraría su derecho constitucional a la libre contratación. Al respecto, indicó que resultaba válido realizar una selección de las personas con las cuales se establecería una relación patrimonial sobre la base de ciertos parámetros o requisitos. Finalmente, manifestó que la sanción impuesta resultaría desproporcionada, exagerada y confiscatoria.

El 8 de febrero de 2005, United Disco solicitó el uso de la palabra. El 8 de julio de 2005 se realizó la Audiencia de Informe Oral, la cual contó con la participación del representante de la denunciada.



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOP

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0127

## II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

La Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

- (i) si United Disco ha realizado prácticas discriminatorias en su local "Aura" y, en este sentido, si ha incurrido en una infracción a los dispuesto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor;
- (ii) de haber incurrido en una infracción, graduar la sanción; y
- (iii) si resulta conveniente solicitar la publicación de la resolución.

## III ANALISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### III.1 Discriminación

El artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú prohíbe la discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Ese tipo de conductas deben ser rechazadas por todos los ciudadanos y no pueden ser admitidas en las operaciones de consumo, bajo pretextos o argumentos elaborados que dificulten su detección o hagan difícil su sanción.

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú garantiza la libertad de contratación al señalar que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, lo cual supone la adecuación del ejercicio del derecho de contratación a las normas de orden público, es decir, aquellas inspiradas en el establecimiento y preservación del bien común y el bienestar social.

Las normas constitucionales referidas no se encuentran en conflicto pues se entiende que la libertad contractual no puede ser sustento para poner en riesgo el principio de la no discriminación, presupuesto fundamental en la construcción del Estado democrático de Derecho. Este criterio ha sido reconocido por el Poder Judicial en un caso similar al presente, referido a prácticas discriminatorias en una discoteca, donde el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima en fallo del 23 de enero de 2002 – confirmado el 3 de septiembre de 2003 por la Corte Superior de Justicia de Lima – señaló lo siguiente:

*" (...) nuestra Constitución Política en su artículo Segundo inciso 2do. establece como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, para seguidamente proclamar que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra*

Indecopi



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

0123

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CP

índole; que ahora bien dicha norma constitucional interpretada bajo el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número trece mil doscientos ochenticos tenemos que: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, así como deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, que por tanto siendo dicho derecho fundamental debe ser respetado por el Estado Peruano y por las mismas personas sean naturales o jurídicas, teniendo el primero la capacidad de hacer valer dicha igualdad entre particulares con las instituciones tutelares como es el Poder Judicial; que es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres, ocurriendo igual limitación para los efectos de la contratación establecidas en la excepción del artículo mil trescientos cincuenticuatro y en lo dispuesto por el artículo mil trescientos cincuentiocho del Código Civil que resulta concordante con el artículo ciento cuarenta no. (Sic) 3ro. de dicho cuerpo legal (...) (Subrayado y resaltado añadidos)

La discriminación suele ser un hecho clandestino de muy difícil probanza dada la velocidad con que se desarrollan las actividades de los ciudadanos - particularmente en el ámbito comercial - y los nulos o muy escasos incentivos que existen para que los afectados con estas conductas desarrollen acciones de denuncia y persecución.

En este contexto es perfectamente válido y constituye más bien una obligación irresistible y bajo responsabilidad de la autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, monitorear periódicamente los distintos mercados, con énfasis en los más sensibles, para identificar o descubrir la prácticas de discriminación que pudieran existir en las operaciones de consumo en nuestra sociedad. Es deber de la autoridad administrativa vigilar que la discriminación, conducta naturalmente encubierta, sea puesta de manifiesto y se le sancione tal y como establece el ordenamiento jurídico vigente

Atendiendo al cumplimiento de tal deber de acción y ante las denuncias sobre la materia recibidas en forma anónima en los servicios de atención gratuita a los consumidores, la Comisión organizó con su Secretaría Técnica un operativo destinado a verificar cuáles eran las condiciones de acceso al local de la investigada denominada "Aura". Para tal efecto se organizaron tres parejas - hombre y mujer - con rasgos raciales diferenciados,

5/17



caucásicos y mestizos, los mismos que recibieron la instrucción de intentar el ingreso al mencionado local. La acción fue objeto de filmación y los resultados de esta intervención se recogieron en un Acta de Visita Inspectiva.

En el presente caso, United Disco ha utilizado una primera línea de defensa ante la imputación de cargo consistente en destruir la validez del medio probatorio utilizado por la Comisión para la emisión de su pronunciamiento. A continuación se analizan los alcances de tales alegaciones.

La investigada ha señalado que el Acta de Visita Inspectiva no fue suscrita por cada una de las seis personas que participaron en el operativo. Al respecto, corresponde señalar que esta alegación carece de sustento pues, el Acta de Visita Inspectiva es el documento que se redacta después de producidos los actos que se evaluarán en su contenido discriminatorio y con la única finalidad de dar cuenta de que el operativo fue realizado recabando las versiones de los representantes de las investigadas. En tal sentido, el Acta no documenta los actos discriminatorios pues ellos se encuentran documentados en el video de la acción destinada a verificar la posibilidad del acceso al local de las parejas participantes en el operativo. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado, el artículo 32 del Decreto-Legislativo N° 807 únicamente exige como formalidad para un documento de este tipo que esté firmado por el funcionario de INDECOPI.

La investigada ha cuestionado que una de las personas intervinientes en el operativo, precisamente uno de rasgos caucásicos, no contaba con documento de identidad válido, pues su carné de extranjería no se encontraba vigente. Al respecto, corresponde señalar que el acto discriminatorio prohibido es contra las personas, sin importar su condición legal de ciudadanía, por lo que, la vigencia o no del carné de extranjería de uno de los intervinientes en el operativo en nada enerva su intervención para acreditar hechos. La discriminación es fáctica no legal. Adicionalmente, debe señalarse que la propia investigada permitió el ingreso de esta persona a su local, sin cuestionar la validez del documento de identidad que ahora pretende utilizar para invalidar la constatación fáctica de la autoridad administrativa.

Por otro lado, United Disco cuestionó la intervención en el operativo de miembros de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y del

LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO N° 807  
Artículo 32.- *En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho.* (Subrayado y resaltado añadidos)



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/GPC

0130

Instituto de Defensa Legal, con los cuales fueron conformadas las parejas para intentar el ingreso al local de la investigada. En este aspecto, es necesario tener en consideración que una visita inspectiva es una acción que se desarrolla bajo la conducción estricta de un funcionario público del INDECOPI, el cual interviene por delegación de la Secretaría Técnica o de la Comisión, tal como expresamente faculta el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807. En tal sentido, la intervención de este funcionario público es la que garantiza la legalidad de la visita inspectiva o el operativo. No obstante, ello no significa ni podría significar que, en la realización del operativo estuvieran impedidas de participar personas ajenas a la institución pues, en éste, la autoridad diseña una estrategia para identificar una conducta infractora reproduciendo un hecho de la realidad. En esta reproducción pueden y, en ocasiones, deben intervenir las personas que el INDECOPI considere con la capacidad y las características - físicas o psicológicas - para lograr verificar la realización de la conducta infractora que, en este caso, se encontraba constituida por la comisión de prácticas discriminatorias en el local de la investigada.

A mayor abundamiento, en la formulación de un operativo pudiera ser necesaria la participación de personas de una determinada estatura, sin que en la institución pública exista algún funcionario con esas características, configurándose en tal supuesto, un típico caso en el que se requerirá del concurso de otras personas que no dirigirán el operativo sino que únicamente se limitarán a simular una situación de la realidad.

Es de notar, además, que las organizaciones que intervinieron en el operativo tienen legítimo derecho - en su condición de representantes de la sociedad civil - de coadyuvar a la detección de conductas de discriminación racial en el consumo.

Finalmente, la investigada cuestionó que el funcionario del INDECOPI que firmó el Acta de Visita Inspectiva no consignó el número de su DNI. Esta alegación resulta intrascendente pues dicho funcionario estuvo identificado en todo momento como funcionario de INDECOPI y así lo hizo saber a los representantes de la investigada, lo cual consta en la referida acta.

Una segunda línea de defensa utilizada por la investigada se centra en alegar que las pruebas que obran en el expediente no habrían sido adecuadamente valoradas por la autoridad de primera instancia.

Al respecto, esta Sala ha efectuado una revisión minuciosa del video de cargo presentado por la primera instancia, el Acta de Visita Inspectiva y los documentos que en medio electrónico han sido presentados por la investigada para - según su propósito - desvirtuar los hechos materia de



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOP

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPO

0131

imputación. De la revisión de dicho material, esta Sala se encuentra persuadida de que los mismos acreditan los siguientes hechos:

1. El operativo fue preparado expresamente para generar dos supuestos de intento de ingreso de parejas al local de la investigada. Una primera pareja, de rasgos mestizo, es impedida de ingresar bajo argumentos de no pertenecer a una asociación; la segunda pareja, de rasgos caucásicos, ingresa sin mayor dificultad al local. La tercera pareja no interviene porque durante el curso de la inspección se consideró innecesaria su participación.
2. El material presentado por la investigada muestra fotografías de distintas actividades en su local, en las cuales se puede percibir que las personas que allí asisten son de rasgos raciales caucásicos o muy similares a éstos, por lo que, más bien, da la clara impresión que la personas convocadas a este establecimiento comparten identidad racial, cultural y económica. Asimismo, debe señalarse que no existe certeza de que las mismas hubieran sido tomadas de manera anterior a la realización del operativo.

Finalmente, una tercera línea de argumentación utilizada por la denunciada consiste en reconocer y sostener que su local denominado "Aura" no es un local abierto al público sino uno de acceso restringido, donde resulta necesario satisfacer algunas condiciones de ingreso, previamente definidas en un reglamento interno. Esta distinción, según la investigada, se basaría en razones objetivas y, por lo tanto, no constituiría infracción alguna a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor.

Según sostiene la denunciada, el ingreso a su local sólo es posible para aquellos que ostentan la condición de socios, lo cual estaría sustentado en el hecho de que el establecimiento busca evitar el ingreso de personas que pudieran desarrollar un comportamiento inadecuado - por ejemplo, el consumo de drogas -, lo que se logra cuando las personas asociadas son conocidas entre sí y sólo ellas pueden llevar invitados al local. De conformidad con lo señalado por la investigada, el carácter de socio conlleva el ser conocido por los demás socios y garantiza que éstos sólo inviten a personas que, al igual que ellos, tendrán un adecuado comportamiento en el local.

Lo señalado queda corroborado con el diálogo que se produjo en la Audiencia de Informe Oral y que cuenta con su respectiva grabación:

"Indecopi: cuáles son las condiciones para ser socio de este establecimiento?

Aura: no hay tantas restricciones pero sí ciertas condiciones.

8/17

INDECOPI



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0132

Indecopi: ¿puede decirnos cuáles son?

Aura: las condiciones son básicamente que alguien presente carné y esto por un tema básico de seguridad. En "Aura" nunca hemos tenido problemas de drogas; ni temas de violencia, porque allá la gente más o menos se conoce.

El criterio es que lo presente un socio. Para que uno pueda acceder a la discoteca y pueda pasar debe mencionar a tres o cuatro socios de la discoteca y más o menos se corrobore si lo conocen o no. Y esa es la manera de que uno pueda saber si es socio o no de la discoteca. La otra forma de acceder es que el socio lo invite para determinada situación y con eso pagará su derecho. O que sea extranjero.

Indecopi: ¿cómo controlan el comportamiento de los extranjeros?, ¿cómo garantizan que estas personas extranjeras tengan determinadas formas de comportamiento que reflejen el espíritu de la asociación que usted dice que "Aura" es?

Aura: el comportamiento se garantiza con la vigilancia externa e interna, fundamentalmente tenemos un cuerpo de vigilancia

Indecopi: la vigilancia no tiene nada que ver con definir o suponer que un extranjero se comporte bien. ¿un extranjero puede ser más drogadicto que un nacional?

Aura: ¡ah no! ... si tiene ese comportamiento. Lo que sucede es lo mismo Doctor que pasaría en algún tipo de local o club que permite el acceso libre, además no es la mayoría.

Indecopi: perdóneme, mi pregunta iba al hecho de que usted me ha explicado que la asociación es una asociación de personas que no tienen problemas de drogas; eso le garantiza a usted generar un círculo de conocimiento, todos se conocen. Ahora, ¿qué pasa con el extranjero al que usted no conoce? se para en la puerta, muestra su carné de extranjería e ingresa?.

Aura: de extranjería o pasaporte.

Indecopi: o sea ustedes presumen que el extranjero se va a portar bien, el extranjero que entra cumple con los estándares de buenas conductas que su empresa trata de seleccionar.

Aura: lo que pasa es que dentro de este criterio de tratar de cumplir normas, los extranjeros no representan gran afluencia de público en Aura. Es mínima y lo que pueda suceder es totalmente controlable porque tenemos un sistema de seguridad.

Indecopi: (...) la Sala ha visto que en el público hay bastantes extranjeros.

Aura: sí, sí porque hay eventos que se realizan, es un tema turístico.





RESOLUCIÓN N° 0939-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0133

Indecopi: entonces, ¿entran todos?, usted me acaba de decir que hay mínima presencia de extranjeros y ahora usted dice que es bastante.

Aura: espero que me entienda cuando nosotros permitimos al acceso de extranjeros. No sé a ustedes les puede haber parecido que son extranjeros; de repente son nacionales también y aparentan extranjeros, porque es un tema turístico. Es atractivo, en la fotos que ustedes han visto, como señaló, no son necesariamente extranjeros."

El diálogo transcrito evidencia que el sistema de ingreso al local de la investigada se sustentaría en una especie de "conocimiento" entre los miembros de la asociación que no es exigible a los extranjeros, los cuales pueden ingresar por el solo hecho de ser extranjeros. Asimismo, se menciona que el ingreso es previa exhibición del documento de identidad que acredita la nacionalidad extranjera.

En el operativo pudo constatarse que el 23 de octubre de 2004, cuando el señor Fernando Yaya Espinoza – de rasgos mestizos – intentó ingresar a la discoteca "Aura", se le informó que sólo se permitía el ingreso a los invitados en lista. No obstante lo cual, minutos después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos extranjeros<sup>2</sup> – los cuales no ostentaban la calidad de socios o invitados de socios – y a los cuales no se les requirió identificación alguna.

United Disco ha manifestado que la Comisión había incurrido en un error al considerar que su local era uno abierto al público. Sin embargo, tanto en su escrito de descargos como en su escrito de apelación ha aceptado que se permite el ingreso de personas que no tienen la calidad de socios o invitados de éstos. En tal sentido, la investigada aceptó que "excepcionalmente" se permite el ingreso de turistas, es decir, ha admitido que su empresa establece una diferencia entre los consumidores nacionales y los extranjeros, diferencia cuya justificación se encuentra en el lugar de procedencia de los clientes<sup>3</sup>.

Para United Disco, su local sería uno de acceso restringido en el caso de los consumidores peruanos – supuesto en el que únicamente ingresan socios e invitados de socios – y uno de acceso público para los turistas - ya que en tal caso únicamente se requiere que los mismos no sean peruanos -. Como es evidente, el razonamiento al que pretende arribar United Disco resulta ilógico toda vez que no es posible sostener que su local es uno de acceso restringido, no obstante, acepta de manera reiterada que el mismo se encuentra abierto para cualquier turista extranjero que decida ingresar al local.

<sup>2</sup> Ver fojas 4, 5, 6 y 7 del expediente.

<sup>3</sup> Véase también a fojas 8 del expediente. En el punto 2, párrafo tercero.



En consecuencia, sobre la base de lo señalado por la propia investigada, ha podido establecerse que "Aura" no es un local de acceso restringido toda vez que permite el ingreso de turistas extranjeros que no cuentan con la condición de socios o invitados de socios y que la selección realizada constituye una práctica discriminatoria con ocasión del lugar de procedencia geográfica del cliente.

Adicionalmente, es evidente que un sistema de ingreso como el previsto incentiva también la discriminación por rasgos raciales pues, incluso en el supuesto de que la asociación de conocidos existiera, cualquier extranjero o nacional con rasgos de extranjero - y entiéndase extranjero con rasgos caucásicos - que intentara ingresar - y a juicio del personal reuniera rasgos de extranjero - podría entrar sin que le sea requerido documento de identidad alguno. Mientras que, los de rasgos mestizos serían inmediatamente obstaculizados en su ingreso - incluso si fueran extranjeros - tal como ocurrió con la segunda pareja.

La Sala coincide con lo señalado por la Comisión respecto de que la situación verificada constituye también un acto de discriminación racial, ya que no establece diferencias sobre la base de patrones objetivos sino que evidencia la utilización de parámetros de apreciación subjetivos respecto de la raza o procedencia de los clientes, así como de las condiciones que en razón de esto se ofrece a los consumidores.

Finalmente, la alegación de la investigada en el sentido de que el carácter de asociación que respalda la operación de su establecimiento tiene un innegable efecto de grupo económico, es decir, en palabras de la propia investigada de "todos los que se conocen". Al respecto, el mismo fallo judicial que ha sido referido anteriormente establece:

"(...) (las normas de orden público) están constituidas por los derechos naturales de la persona humana, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socio-económica, que también debe destacarse que el status económico, esgrimido como una de las maneras de justificar la discriminación a las discotecas que regentan las empresas demandadas por sí sola se da sin necesidad de que se restrinja el ingreso, ya que los servicios que se prestan dentro de ellos al ser de alto costo, como lógica respuesta del usuario que no tiene dicha capacidad económica no podrá utilizarlos, que por ello resultaría innecesario que se restrinja el ingreso ingreso por tales motivos (...)" (Subrayado añadido)

En tal sentido, limitar el acceso a un lugar público a personas de determinado entorno socioeconómico también constituye un acto de discriminación, ya que como se ha señalado en los párrafos anteriores,



RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

0135

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

involucra la existencia de una selección de clientela efectuada sobre la base de patrones subjetivos.

En consecuencia, atendiendo a los argumentos que anteceden y asumiendo como propias las consideraciones de la resolución de primera instancia<sup>4</sup>, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia por infracción, a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, toda vez que ha quedado acreditada una conducta discriminatoria de la investigada en función a procedencia geográfica, condición racial y condición económica.

Asimismo, debe confirmarse la resolución de la Comisión en el extremo que ordenó como medida correctiva que la investigada se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas, toda vez que ha quedado acreditado que ésta resulta apropiada para revertir los efectos de la conducta infractora en que ha incurrido la denunciada<sup>5</sup>.

### III.2 Graduación de la sanción

#### III.2.1 Objeto y finalidad de la sanción administrativa

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan

<sup>4</sup> LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, ARTÍCULO 6.- MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.- (...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...)

<sup>5</sup> TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Artículo 42°.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

(...)

f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo.



imprudencia temeraria. En el ejemplo; a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro<sup>6</sup>.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio esperado por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.

En efecto, en caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de ser detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso que esto ocurra, recibirán una sanción significativamente mayor. Lo anterior, con el objeto que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

<sup>6</sup> NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª. Ed. Reimp. 2000. Madrid: Técnos, 2000. p. 145.



### III.2.2 Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado. La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>7</sup>.

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>8</sup>. Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

<sup>7</sup> Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.

<sup>8</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa  
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. **Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.**- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
5. **Irretroactividad.**- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
6. **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de Infracciones.**- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.



Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad; el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

### III.2.3 Aplicación al caso concreto

El artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión deberá atender la gravedad de la falta, al daño resultante de la infracción, a los beneficios obtenidos por el proveedor, a la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, a los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar<sup>9</sup>.

En el presente caso ha quedado acreditada la existencia de una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En tal sentido, a efectos de graduar la sanción en el presente procedimiento debe tomarse en consideración la gravedad de la falta, la cual involucra la vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, tales como el derecho a no ser discriminado y a la igualdad de trato de las personas, cuya afectación genera graves daños económicos y sociales.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

#### <sup>9</sup> LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

Artículo 41.- Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley.



Asimismo, corresponde señalar que cuando se verifica una restricción del acceso al consumo - que al mismo tiempo vulnera la libertad de elección de los consumidores - basada en una práctica discriminatoria que importa que un proveedor está brindando un trato no equitativo en la prestación de sus servicios (en este caso esparcimiento), se genera un daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema, dado que aquellos que reciben un trato diferenciado por sus características físicas aprecian que cuentan con los medios para acceder a los bienes y servicios con los cuales desean satisfacer sus necesidades y expectativas, no tendrán acceso a éstos por consideraciones inadmisibles en una economía social de mercado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que sancionar la existencia de una infracción como la verificada en el presente caso resulta de especial importancia toda vez que permite crear incentivos para que empresas como la denunciada en el presente procedimiento desarrollen una labor acorde con los parámetros de corrección y eficiencia que deben regir el actuar de todos los agentes del mercado.

Finalmente, corresponde indicar que este tipo de conductas son de difícil detección por lo que la autoridad debe evaluar lo riesgoso de que la mismas se sigan produciendo sin poder identificarlas oportunamente y el hecho de que la investigada haya tenido una permanente actitud de entorpecimiento del proceso con argumentos formales deleznable destinados a evitar la acción de la autoridad administrativa.

Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a United Disco con una multa ascendente a 35 UIT.

### III.3 La publicación de la resolución en el Diario Oficial "El Peruano"

Dada la gravedad de los hechos materia de controversia en el presente procedimiento, la Sala ha establecido que la publicación de la resolución constituye un instrumento idóneo a efectos de defender el derecho de los consumidores.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807<sup>10</sup>; corresponde proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

<sup>10</sup> LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI  
DECRETO LEGISLATIVO N° 807

Artículo 43.- (...) El Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.



IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** confirmar en todos sus extremos la Resolución N° 1255-2004-CPC expedida por la Comisión de Protección al Consumidor el 24 de noviembre de 2004.

**SEGUNDO:** disponer que la Comisión de Protección al Consumidor organice y realice periódicamente operativos con el fin de evitar que la conducta identificada como infracción en la presente Resolución pueda volver a producirse.

**TERCERA:** proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

*Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzí Ibárceña.*

JUAN FRANCISCO ROJAS-LEO  
Presidente