

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**“INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N°  
1356-2004/CPC, PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO POR LA  
COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR CONTRA UNITED  
DISCO S.A., POR PRÁCTICA DISCRIMINATORIA”**

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

María Alejandra Torres Balarezo

REVISOR :  
Christian Guzmán Napurí

Lima, 2022

## RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por finalidad exponer el análisis de los principales problemas jurídicos identificados en el Expediente N° E-504. Se describen los antecedentes relevantes, identificación y desarrollo de los problemas jurídicos detectados; asimismo, en los anexos, copia de las principales piezas procesales del Expediente, y bibliografía. El Expediente llamó mi interés en tanto contiene una diversidad de materias, tales como derecho administrativo, constitucional y protección al consumidor. Asimismo, contiene supuestos de controversia que invitan a hacer una reflexión sobre la discriminación y racismo institucionalizados dentro de nuestra sociedad, tales como las prácticas discriminatorias incurridas por los proveedores en el mercado, conductas que vulneran notablemente el derecho de los consumidores. Al ser un Expediente del año 2004, me permite analizar cómo ha evolucionado a lo largo del tiempo las materias de Derecho Administrativo Sancionador y de Protección al Consumidor. Como conclusión principal, considero que, si bien es cierto que existen problemas procedimentales en el Expediente materia de análisis, me encuentro de acuerdo con la decisión del INDECOPI de sancionar a la empresa United Disco debido a la relevancia de la materia del caso, al sancionar una conducta prohibida por afectar el derecho constitucionalmente protegido a no ser discriminado por motivos de sexo, raza, opción sexual, condición socioeconómica. Al mismo tiempo, considero que es importante resaltar que, a partir del cambio normativo de la Ley del Procedimiento Administrativo General y de la concreción de las normas materia de Protección al Consumidor en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la actualidad se puede tutelar de manera más eficiente los derechos de los administrados.

## ÍNDICE ANALÍTICO

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>A. IDENTIFICACIÓN DEL ÁREA O LAS ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS QUE VERSA EL EXPEDIENTE</b> .....	4
<b>B. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE</b> .....	5
<b>II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSA</b> .....	6
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> ....	23
1. La notificación defectuosa de la resolución de primera instancia dirigida a United Disco SA. ....	24
2. La falta de atención del pedido de United Disco efectuado en su recurso de apelación.....	24
3. La competencia del INDECOPI para realizar diligencias de inspección en los establecimientos comerciales de los proveedores investigados. ....	25
4. La falta de motivación del análisis de graduación de la sanción efectuado por las instancias administrativas.....	25
5. La inadecuada medida correctiva de oficio ordenada por las instancias administrativas. ....	26
<b>IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN</b> .....	27
1. Sobre la notificación defectuosa de la resolución de primera instancia dirigida a United Disco.....	48
2. Sobre la falta de atención del pedido de United Disco efectuado en su recurso de apelación.....	53
3. Sobre la competencia del INDECOPI para realizar las diligencias de inspección en los establecimientos comerciales de los proveedores investigados. ....	58
4. Sobre la falta de motivación del análisis de graduación de la sanción efectuado por las instancias administrativas. ....	63
5. Sobre la inadecuada medida correctiva de oficio ordenada por las instancias administrativas. ....	76
<b>V. CONCLUSIONES</b> .....	82
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	87

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **A. IDENTIFICACIÓN DEL ÁREA O LAS ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS QUE VERSA EL EXPEDIENTE**

El presente expediente trata sobre un procedimiento iniciado de oficio, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en sus siglas institucionales, el INDECOPI) contra la empresa United Disco S.A. (en adelante, United Disco) en el marco de las acciones de prevención que estaba realizando la Comisión de Protección al Consumidor, cuyo objetivo principal era la constatación del cumplimiento de este con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINC (en adelante, la Ley de Protección al Consumidor), el cual se encontraba vigente durante el año 2004, año en el que tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el procedimiento seguido bajo el Expediente N° 1356-2004-INDECOPI/CPC. A continuación, se señalará las áreas del derecho que comprende el presente expediente:

1. **Derecho Administrativo.** En el presente caso, el objeto materia de controversia se comprendió como un procedimiento administrativo sancionador ante el INDECOPI, motivo por el cual resulta pertinente tener en cuenta los plazos procedimentales, los recursos administrativos, los vicios de nulidad de un acto administrativo, entre otros supuestos aplicables a la Ley del Procedimiento Administrativo General.
2. **Protección al Consumidor.** En el presente caso, la conducta infractora acarreada por un proveedor versa sobre actos de discriminación por motivos de raza, supuesto que se encontraba regulado en la Ley de Protección al Consumidor, el cual se estaría manifestando a través de un trato desigual que no puede ser justificado objetivamente, cuya infracción se connota como una grave, dada la afectación potencial de los

consumidores que presentasen rasgos mestizos. Dicho supuesto se encuentra actualmente contemplado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.<sup>1</sup>

3. **Derecho Constitucional.** En el expediente también se verifica que las prácticas discriminatorias no merman únicamente las expectativas de un consumidor frente a su proveedor, sino también los derechos fundamentales de una persona (el derecho constitucionalmente protegido a no ser discriminados por motivos de raza).

## **B. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE**

El expediente ha despertado mi interés, en tanto contiene una diversidad de materias, tales como derecho administrativo, constitucional y protección al consumidor. Al mismo tiempo, a través del presente Expediente, es posible apreciar como dichas materias se relacionan entre sí. Al mismo tiempo, al ser un expediente del año 2004, anterior a la promulgación del Código de Protección al Consumidor, y de la promulgación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, me permite apreciar la diversidad de cambios que han ocurrido en la normativa pertinente y cómo han venido evolucionado en el tiempo, en un proceso de mejora que permite tutelar de manera más eficaz y eficiente los derechos de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, y de los administrados en general.

Asimismo, contiene supuestos de controversia que invitan a hacer una reflexión sobre la discriminación y el racismo que han sido institucionalizados y normalizados dentro de nuestra sociedad, a través de prácticas discriminatorias incurridas por los proveedores en el mercado, conductas negativas que vulneran notablemente el derecho de los consumidores, quienes ven defraudadas sus expectativas al no poder acceder a un bien o servicio por motivos tan arbitrarios como son el sexo, el género, la raza, la orientación sexual, la posición socioeconómica, el origen, etc., lo cual es manifiestamente contrario al deber de idoneidad

---

<sup>1</sup> LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, publicado el 2 de septiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano. Dicho código será aplicable a los supuestos de infracción que se configuren a partir del 2 de octubre de 2010, fecha en la cual entró en vigencia.

que debe de regir las relaciones de consumo, y que representa una falta contra el deber de no discriminación y un atentado contra el derecho constitucionalmente protegido a la igualdad y a no ser discriminado.

Al mismo tiempo, la discriminación en el marco de las relaciones de consumo no solo es un atentado contra la dignidad de la persona, sino que tiene un serio impacto en la sociedad, porque desincentiva a los consumidores a adquirir cierto tipo de servicios, afectando de manera indirecta a la economía y, también, al quebrar la confianza de los consumidores en que recibirán por parte de las empresas, un trato digno, justo y en igualdad de condiciones.

Debo agregar que el expediente bajo comentario contiene controversias que no son desactualizadas sino, por el contrario, lamentablemente resultan bastante contemporáneas. Si bien es un Expediente del año 2004, de hace 17 años, una mirada a los medios de comunicación nos permite apreciar claramente que todavía somos una sociedad bastante segmentada, en la que, lamentablemente, aún podemos apreciar muestras de violencia y discriminación. Dicha discriminación, tristemente, se mantiene en las relaciones de consumo de ciertos ámbitos, en las cuales se restringe el acceso a ciertos bienes o servicios a sectores de la población, por motivos tan dolorosos, injustificados y dañinos para la sociedad en su conjunto, como lo son razones de raza, de sexo, de condición socioeconómica, de orientación sexual, por tener una discapacidad, etc., siendo abiertamente contrarios a la Constitución y a nuestro derecho a un trato digno, respetuoso y en igualdad de condiciones. Ejemplos claros de estas conductas los podemos encontrar en los reportajes televisivos y denuncias a través de redes sociales mediante los cuales se reporta que se impidió el acceso a un restaurante, a un local de una discoteca, a un centro comercial, etc. o que retiró del precinto a ciudadanos consumidores por motivos discriminatorios, injustificados y dañinos.

## **II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA**

### **ETAPA INSTRUCTIVA**

En virtud del Memorandum N° 1211-2004/CPC y de la Investigación N° 041-2004/PREV-CPC, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión) delegó facultades de fiscalización al Área de Fiscalización del INDECOPI (en adelante, el Área de Fiscalización) con la finalidad de que dicha área efectuara la realización de visitas inspectivas en diversos locales abiertos al público en general y, para los efectos del presente caso, discotecas; ello a fin de constatar si en efecto se estarían realizando prácticas discriminatorias en contra de las personas que desearan acceder a estos locales.

Para tales efectos, se precisó la utilización de la metodología consistente en el empleo de dos (02) parejas como supuestos consumidores incógnitos (a saber, la pareja N° 1 conformada por dos personas con rasgos mestizos, y la pareja N° 2 conformada por personas con rasgos caucásicos), las cuales acudirían al establecimiento comercial de la empresa investigada en el siguiente orden: mientras que la pareja N° 1 intentaría ingresar al referido establecimiento, la pareja N° 2 se colocaría detrás de ella en la fila de ingreso.

El 23 de octubre de 2004, a las 00:30 horas, se llevó a cabo la diligencia de inspección –en conjunto con la **Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal**– en el establecimiento comercial denominado “Aura”, perteneciente a United Disco S.A. (en adelante, United Disco), ubicado en el Malecón La Reserva N° 610 – N° 236, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima. Es importante precisar que la referida diligencia de inspección se efectuó en presencia del señor Gianni Dasso Chávez, identificado con Documento Nacional de Identificación (DNI) N° 10219042, quien dijo ser el administrador del establecimiento comercial inspeccionado y suscribió el Acta de Inspección, en la cual se dejó constancia de 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 (...). Cuando les tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada se constató que el miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Coriglioni identificado con DNI 10613465*

*impidió al suscrito (Fernando Yaya Espinoza) y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso a la discoteca señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraba detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso a la discoteca por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca (...). Cabe señalar que se filmó y grabó la ocurrencia de los hechos descritos en la presente acta, anexándose dichos soportes el 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 del INDECOPI. Se notificó la carta N° 232-2004/PREV-CPC-INDECOPI del 15 de octubre de 2004. Asimismo al ingreso de la discoteca se observó un letrero que indica “Aura Acceso Restringido” con una literatura, entregándose una hoja la cual contiene el mismo texto del letrero con excepción de una frase del punto 4 que dice “No polos, no zapatillas, no short” que aparece en la hoja más 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 a la empresa no suscriben acepta ni reconoce video y/o grabación alguna. Finalmente el Dr. Castillo señaló que la primera pareja en ingresar fue la pareja N° 2 y que la pareja N° 1 no ejerció el derecho que le faculta el reglamento que se exhibe ubicado en la parte exterior del local a simple vista  
(...)”*

El 26 de octubre de 2004, el Área de Fiscalización remitió a la Secretaría Técnica de la Comisión el Informe N° 117-2014-FYE/AFI del 25 de octubre de 2004, a través del cual se relataban los hechos suscitados en la diligencia de inspección anteriormente mencionada.

Posteriormente, mediante Informe N° 332-2004/CPC del 3 de noviembre de 2004, la Secretaría Técnica de la Comisión puso en conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión) la investigación sobre presuntas prácticas discriminatorias en establecimientos abiertos al público, concluyéndose que la conducta verificada no era un “trato diferenciado” (en tanto que no se evidenció **alguna razón objetiva que justificara la diferenciación para permitir o denegar el acceso al establecimiento**) sino que se evidenció todo lo contrario: un “trato discriminatorio”, pues en el establecimiento comercial de United Disco:

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

### **AUTO ADMISORIO**

En virtud del Informe N° 332-2004/CPC, con Resolución N° 1 de fecha 3 de noviembre de 2004, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión) inició un procedimiento de oficio, por iniciativa propia en el marco de las acciones de prevención que había estado llevando a cabo con objetivo de verificar la existencia prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público, en contra de United Disco por presuntas infracciones del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor.

En consecuencia, dicho órgano resolutivo dispuso: (i) correr traslado a United Disco el Informe N° 332-2004/CPC del 3 de noviembre de 2004; y, (ii) poner en conocimiento de United Disco que podía apersonarse a las oficinas del INDECOPI a efectos de poder visualizar la filmación que fue realizada con motivo de la investigación llevada a cabo en la discoteca “Aura” el 23 de octubre de 2004; ello, a efectos de que la empresa investigada, en

un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de su notificación, presentara sus descargos.

## **DESCARGOS**

Mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2004, United Disco presentó sus descargos, solicitando se declare infundado el procedimiento iniciado en su contra, bajo los siguientes fundamentos:

### **Fundamentos de hecho:**

- La Resolución N° 1 señala que el operativo iniciado contra la discoteca Aura, se realizó de manera conjunta por el personal de INDECOPI, la coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, lo que se corrobora con la participación de Mirtha Allende Zuñiga, miembro de la Mesa Contra el Racismo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- Aun cuando habían consignado en el Acta de Inspección que la supervisión fue efectuada por varios supervisores del INDECOPI, tan solo una de las cuatro (4) personas suscribió el referido documento, lo que tendría una relevancia significativa, pues el acta es una constatación de los hechos en los que las personas que en ella se consignan deben haber participado. En tanto las personas mencionadas no suscriben el acta, esta adolece de defecto formal insubsanable, siendo por lo tanto nula en todos sus extremos, en aplicación de lo establecido en el artículo 156° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- El artículo 39° de la Ley del Consumidor establecía que únicamente la Comisión tenía competencia para conocer las infracciones relativas a los derechos de los consumidores, así como para sancionar y dictar medidas correctivas por tales infracciones; por tanto, en la medida que la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal no eran organismos competentes para constatar los hechos violatorios de la referida norma, ni para efectuar operativos de manera individual o conjunta con el INDECOPI, su participación en el operativo era ilegal y representaba incluso un delito penal consistente en la usurpación de funciones, conforme lo establecía el artículo 361° del Código Penal.

- En virtud de ello, solicitaba la nulidad del Acta de Inspección del 23 de octubre de 2004, pues, acorde a lo desarrollado en el párrafo precedente, dicho documento adolecía de nulidad de conformidad con el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Tanto el Acta de Inspección como la grabación realizada en dicho momento presentaban diversas contradicciones, por lo que los referidos medios probatorios no podían ser considerados por la Autoridad Administrativa.
- El operativo realizado por el Área de Fiscalización del INDECOPI, tal como se puede apreciar del video al que se hace mención en el Acta de Inspección, no consistía en el uso de dos (02) parejas de características distintas, sino que eran tres (03) parejas: las parejas N° 1 y N° 3 tenían similares características étnicas, mientras que la pareja N° 2 presentaba rasgos caucásicos.
- Su local era una discoteca de acceso restringido y no una abierto al público, pudiendo acceder a ella únicamente las personas que cumplieran con los requisitos establecidos en el reglamento (socios) y, de manera excepcional, a los turistas y personas invitadas por los socios. El referido reglamento se encontraba exhibido en la parte exterior de su local, tal como se visualizaba incluso en el video grabado por la autoridad administrativa.
- La naturaleza “restringida” de la discoteca había sido puesta en conocimiento de los consumidores de manera suficiente y oportuna a través de la publicación de las condiciones para el ingreso, el cual no solo se verificaba en el acta levantada sino en la grabación efectuada por la autoridad administrativa, en cumplimiento de los artículos 5 inciso b y 15° de la Ley de Protección al Consumidor.
- Si bien se permitía el ingreso de personas que no eran socias (esto es, invitados de los socios y turistas), ello no significaba –de ninguna manera- que su local era abierto al público en general, puesto que dichas terceras personas efectuaban un pago excepcional de S/ 100.00 (Cien con 00/100 soles), por lo que el hecho de que una de las parejas de supervisores del INDECOPI haya ingresado a su establecimiento no corroboraba la posición que asumía la Comisión.
- El trato diferenciado se encontraba sustentado en causales objetivas y justificadas, pues, a través del cartel antes aludido, se informaba los requisitos para el uso de sus

instalaciones, los cuales eran: (i) ser socio de la discoteca; (ii) encontrarse en la lista de invitados; (iii) portar su carnet de socio en el caso que tenga tal calidad; (iv) estar vestido con traje sport elegante; (v) ser varón mayor de 24 años o ser dama mayor de 21 años; (vi) si es extranjero pagar el *cover [sic]* de S/ 100. 00 (cien con 00/100 soles); (vii) no portar armas de fuego, cámara fotográfica o filmadora; (viii) no encontrarse en estado etílico o bajo el efecto de sustancias ilegales; y, (ix) pagar el cover extraordinario de S/ 100.00 (cien con 00/100 soles) en caso de no contar con carnet.

- Sostener lo contrario (local abierto al público), era atentar contra el derecho de los socios que habían pagado su derecho a formar parte de su local y quienes incluso habían cumplido con las disposiciones de la discoteca para ser considerados dentro de la membresía.
- En el caso materia de análisis, correspondía que los supervisores (usuarios) acreditaran un trato discriminatorio basado en diferencias étnicas, culturales o económicas; no obstante, los referidos usuarios no habían presentado ningún medio probatorio que lo acreditara, ya que el sustento de la supuesta discriminación es la respuesta obtenida de un miembro del personal de seguridad de una empresa contratada por United Disco (la empresa VIP'S), la cual carece de autoridad alguna, y una respuesta que se ajustaba a lo establecido en el Reglamento de ingreso al local.
- Del análisis del video que es materia de controversia no se podía desprender ningún impedimento de ingreso de la pareja N° 1 al local, pues simplemente se le había informado que el ingreso a su local era para personas que se encontraban en la lista de invitados, no obstante, dicha pareja no se acercó a la puerta de entrada de la discoteca a verificar que se encontrase en dicha lista, por el contrario, tan solo se limitó a preguntar a un personal de seguridad cómo se podía ingresar.
- La pareja N° 2 no efectuó el referido cuestionamiento al personal de seguridad, por el contrario, pasó por el frente de la primera pareja y del personal de seguridad de su establecimiento (a saber, la empresa VIP'S), no obstante, de la revisión del video que es materia de controversia, no se podía visualizar si es que la pareja N° 2 se dirigió a la puerta de entrada de su local u otro lado, no generándose la convicción suficiente de que esta pareja logró ingresar a la discoteca.

- La pareja N°1 tan solo había preguntado cómo podía ingresar a la discoteca, más no se visualizaba que el personal de seguridad haya impedido su ingreso por razones discriminatorias. Por otro lado, la pareja N° 2, así como muchas personas más, (dentro de ellas una persona que contaba con rasgos similares a la pareja N° 1) habían ingresado de manera directa, pues el área donde se ubicaban no formaba parte de la puerta de ingreso a la discoteca, por lo que el personal de seguridad no detuvo a dichas personas para interrogarlos. Se señala que entra las personas que ingresaron al local se encontraba una persona con casaca de cuero negra que pasa directamente sin ser detenido ni interrogado por el personal de seguridad de la empresa y cuyas características son mestizas, que probablemente se encontraba incluida en la lista de invitados y conocía de los procedimientos para ingresar al local por ello no se detuvo a preguntar cómo podía hacer para ingresar.
- Por costumbre, en algunas oportunidades, su personal de seguridad no verificaba exhaustivamente la condición de invitado de la discoteca de los consumidores ya que se entendía que los mismos se encontraban debidamente informados sobre los requisitos para el ingreso a su establecimiento comercial, lo cual hacía suponer que las personas que se acercaban se encontraban en la lista.
- Aun cuando aparecía en la introducción de la grabación una tercera pareja que tenía las mismas características que la pareja N° 1, esta no apareció posteriormente en la filmación de la inspección llevada a cabo, con lo cual se podía colegir válidamente que dicha tercera pareja: (i) sí ingresó sin ningún problema a su establecimiento comercial en tanto se dirigió a la puerta de ingreso; o (ii) se acercó a dicha puerta a preguntar si se encontraba en la lista de invitados, obteniendo como respuesta una negativa; por tales motivo, el procedimiento sancionador iniciado en su contra devenía en infundado.
- Asimismo, se observaba que la finalidad de la inspección era buscar un rechazo por parte de su representada, lo cual denotaría -a su vez- una tendencia marcada contra su local a fin de acusarlo de discriminación, pues, contrario a lo aducido por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, no tenía ni una sola denuncia por discriminación ante el INDECOPI.

**Fundamentos de derecho:**

- Artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor – Decreto Legislativo 716.
- Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Art. 2 numeral 14 de la Constitución Política de la República del Perú

#### **Medios Probatorios:**

- En mérito del Acta de Inspección del 23 de octubre de 2004, llevada a cabo por el Área de Fiscalización del INDECOPI.
- En mérito del video de grabación efectuada en la diligencia de inspección del 23 de octubre de 2004.
- Copia de la carta del 5 de noviembre de 2004, remitida por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal.
- Copia de un (01) CD con fotografías tomadas en las instalaciones de la discoteca “Aura”.
- Copia de una impresión de la página web del 15 de noviembre de 2004 ([www.dhperu.org/index.php?link=94](http://www.dhperu.org/index.php?link=94)).
- Una copia del Reglamento de ingreso a la discoteca “Aura”, cuya denominación era de acceso restringido.
- Una copia del diario “Correo” de fecha 17 de noviembre de 2004, en la cual se consignó la nota de prensa “Investigan a discoteca de Larcomar por racista”.

#### **RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre de 2004, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Declaró fundado el procedimiento iniciado en contra de United Disco, por infracción del artículo 7-B de la Ley del Consumidor, al haberse acreditado que la proveedora denunciada incurrió en prácticas discriminatorias al realizar una política de selección de clientela para el acceso a la discoteca “Aura”, sin que mediara razones de seguridad, tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas que justifiquen dicho accionar, y basándose únicamente en sus características raciales.

- (ii) Sancionó a United Disco con una multa de 35 (Treinta y Cinco) Unidades Impositivas Tributarias (En adelante, UIT) por infracción del artículo 7-B de la Ley del Consumidor.
- (iii) Se ordenó a United Disco, en calidad de medida correctiva complementaria, que se abstuviera de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneraran los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implicara la selección de clientela sin que mediara causas objetivas y/o justificadas.
- (iv) Ordenó la publicación de la referida resolución en el diario oficial El Peruano, dado que los criterios de interpretación señalados contribuirían a una mejora eficiente del mercado para proteger los intereses de los consumidores, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

Sobre el particular, cabe precisar que, respecto al pedido de nulidad del procedimiento alegado por la proveedora denunciada, la Comisión desestimó el mismo por los siguientes fundamentos:

- Tanto la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal habían sido entidades invitadas por el INDECOPI para participar en la diligencia de inspección dado el grado especialización y conocimiento sobre este tipo de prácticas en el mercado peruano; por lo que mantenían la misma posición contraria frente a todo tipo de prácticas discriminatorias.
- La selección de un ciudadano extranjero para conformar el primer grupo del operativo del INDECOPI, 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, más no que la denunciada haya requerido la probanza de que el supervisor tuviera la mayoría de edad o que su documento de identidad se encontrara vigente.
- Los señores Gianni Dasso Sánchez y Robert Orlando Castillo Larrea, administrador y abogado del establecimiento comercial de la denunciada, respectivamente, habían suscrito el Acta de Inspección del 23 de octubre de 2004 en señal de conformidad,

siendo que incluso en dicha acta se consignó que el personal de seguridad del local estuvo presente en la diligencia e impidió el acceso a una de las parejas de supervisores del INDECOPI.

- Los hechos contenidos en el Acta de Inspección quedaban debidamente acreditados con la grabación efectuada en la parte exterior del establecimiento comercial de la denunciada (“Aura”).
- Respecto a la tercera pareja aludida por la denunciada, dado que los hechos suscitados al momento de la grabación del video contenían indicios suficientes que permitían acreditar la comisión de prácticas discriminatorias, el personal del INDECOPI –a cargo de la diligencia- había decidido no optar por la participación de la referida pareja.

Dicho lo anterior, resulta pertinente traer a colación que el órgano resolutorio de primera instancia basó su decisión de declarar fundado el procedimiento iniciado en contra de United Disco, en tanto que el hecho cuestionado (impedimento de una pareja con rasgos mestizos y el acceso de ingreso a otra pareja con rasgos caucásicos) había quedado acreditado con la inspección llevada a cabo el 23 de octubre de 2004. Asimismo, la Comisión efectuó los siguientes fundamentos para motivar su decisión:

- La grabación efectuada resultaba un medio probatorio complementario al Acta de la Diligencia de Inspección, los cuales –en conjunto– constituían medios probatorios suficientes (sucedáneos de los medios probatorios) para que la primera instancia identificara las infracciones cometidas a la Ley del Consumidor.
- Aun cuando se había brindado información relevante (local con acceso restringido) de manera oportuna, dicho cartel constituía un elemento creado por United Disco para justificar su conducta discriminatoria y, así, vulnerar los derechos de los consumidores.
- En la medida que se permitía el acceso de personas que no ostentaban la calidad de socios al establecimiento comercial de la denunciada, dicha acción traía como consecuencia que el mencionado local tuviera la calidad de “abierto al público”, acreditándose de esta manera que la negativa en el ingreso era tan solo una justificación empleada por la denunciada para ocultar o encubrir una práctica discriminatoria.

- En anteriores ocasiones, otros proveedores habían empleado el derecho a la libertad de asociación como una justificación para encubrir la comisión de prácticas lesivas a los derechos fundamentales, por lo que el INDECOPI contaba con cierto grado de experiencia en la naturaleza de dichas situaciones.
- El hecho de que una tercera persona con rasgos similares a la pareja N° 1 haya logrado ingresar al establecimiento comercial no desvirtuaba los hechos acreditados en la diligencia de inspección del 23 de octubre de 2004.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Con escrito del 9 de diciembre de 2004, dentro del plazo legal establecido, United Disco interpuso su recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, solicitando que esta sea revocada en todos sus extremos, declarando infundado el procedimiento iniciado en su contra. Ello, bajo los siguientes fundamentos:

### **Fundamentos de hecho:**

- La Comisión no había merituado el medio probatorio que presentó, consistente en un (01) CD que contenía fotografías de las personas asistentes a la discoteca “Aura”, con lo cual quedaba desvirtuado el hecho imputado en su contra, debido a que en dichas fotografías se visualizaba personas con rasgos mestizos, asiáticos, caucásicos y de raza negra; por lo que la primera instancia habría vulnerado el artículo 122° del Código Procesal Civil y el artículo 163° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- La grabación realizada por el INDECOPI no complementaba, ni corroboraba el acto de discriminación, sino que sustituía el valor probatorio del Acta de Inspección, ya que a través de la grabación se podía apreciar si los hechos consignados en el Acta eran coincidentes con los que figuraba en el video. Así, **tal video no era un sucedáneo de los medios probatorios sino era la prueba fundamental de la conducta materia de controversia.**
- De conformidad con el artículo 166.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, se solicitó a la Sala que procediera con programar una fecha para la visualización del video, a efectos de analizar el referido medio probatorio.

- Pese a que en el informe obrante en el expediente se habría consignado la realización de un operativo conjunto con otras entidades privadas, la Comisión –en su resolución final– se limitó a indicar que dichas entidades eran “colaboradores externos”; no obstante, tanto la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal no tenían convenios de delegación de facultades suscritos con el INDECOPI, por lo que su participación en la diligencia de inspección devenía en nulo e ilegal.
- Ninguna de las entidades privadas mencionadas podía ser catalogada como una entidad representativa para la “sociedad civil” (concepto atípico esgrimido para justificar una supuesta autoridad que les permite atribuirse actividades propias de la Administración Pública), siendo insubsistente por tanto lo argumentado por la Comisión respecto de la participación ilegal de ambas entidades en la inspección efectuada a la empresa. Asimismo, la Comisión no se apoya en ningún dispositivo legal que les permita actuar de manera conjunta con entidades privadas, ya que ello solo es posible cuando existan convenios aprobados por el Directorio del INDECOPI o en caso de entidades que se encuentren inscritas como Asociaciones de Consumidores lo que no sucede con ninguna de las dos instituciones.
- Conforme se podía visualizar de la grabación de la inspección, la forma en como actuaron las personas enviadas por el INDECOPI no requería de ninguna actividad extraordinaria (alto grado de especialización o experiencia) como para justificar la participación de personal ajeno al INDECOPI, por lo que se señala que, al parecer, las motivaciones son de distinta índole.
- La falta de suscripción de la totalidad de personas que realizaron el operativo (diligencia de inspección del INDECOPI) invalidaba el Acta de Inspección pues solo uno de ellos había suscrito el referido documento.
- Resultaba inconsistente la argumentación vertida por la Comisión, puesto que en el supuesto de que el señor Gregory Pollet Babier hubiera suscrito el acta, su participación como agente incapaz (en tanto su documento de identidad no se encontraba vigente) hubiera declarado nulo de *ipso jure* el Acta de Inspección; sin embargo, en tanto dicha persona no tenía la capacidad para participar en un acto jurídico administrativo, el Acta

de Inspección no tenía validez, conforme lo establecía el artículo 140° del Código Civil (requisitos de validez de un acto jurídico).

- Si bien –conforme a lo señalado por la primera instancia– la tercera pareja no había participado del operativo en tanto que su participación no resultaba necesaria, ello inducía a pensar que el actuar de la Autoridad Administrativa era maliciosa, pues pretendía corroborar a toda costa cualquier actitud de trato diferenciado –por más justificado y objetivo que sea– como uno discriminatorio, vulnerándose de esta manera los Principios de Imparcialidad y Objetividad de la Administración Pública.
- No era cierto que el señor Robert Orlando Castillo Larrea haya suscrito el Acta de Inspección en señal de conformidad en tanto que, contrario a lo asumido por la Comisión, dicha persona consignó una serie de observaciones sobre la diligencia de inspección en la respectiva acta, las cuales incluso habían sido desarrolladas a lo largo del procedimiento.
- Las empresas –bajo los alcances de libertad de contratación contenido en el artículo 2.14 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución)– podían establecer parámetros o requisitos que cierta clase de personas debía reunir a efectos de determinar con quien establecer relaciones contractuales; por tanto, en la medida que su establecimiento comercial no era uno abierto al público (hecho que quedaba acreditado con los medios probatorios que ofreció en sus descargos) no le era aplicable el artículo 7-B de la Ley del Consumidor.
- Respecto a la graduación de la sanción, debido a que no había cometido ningún acto discriminatorio no correspondía la imposición de una multa de 35 UIT; no obstante, dicha multa era **desproporcionada, exagerada y confiscatoria**.
- Respecto a la medida correctiva ordenada, carecía de objeto efectuar el cumplimiento de la misma, en tanto, en su establecimiento comercial no se efectuaba actos de discriminación.

#### **Fundamentos de derecho:**

- Art. 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú.
- Art. 7-B de la Ley de Protección al Consumidor – Decreto Legislativo 716.

- Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Arts. 10 inciso 1 y 4, 52°, 156 inciso 4, 163°, 166 inciso 3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Art. 140° y 219° del Código Civil
- Arts. 122°, 188°, 275° y Primera Disposición Final del Código Procesal Civil.

### **AUTO CONCESORIO DE APELACIÓN**

Mediante Resolución N° 1 del 12 de enero de 2005, la Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto por United Disco el 9 de diciembre de 2004, en tanto que este fue presentado dentro del plazo de ley y en cumplimiento de los requisitos establecidos por el Decreto Supremo N° 006-2004-PCM.

Por tal motivo, el expediente materia de análisis fue remitido a la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI (en adelante, la Sala), que obra como órgano resolutorio de segunda instancia mediante Memorandum N° 103-2005/CPC del 18 de enero de 2005.

### **ESCRITO ADICIONAL**

El 8 de febrero de 2005, United Disco presentó un escrito, a través del cual solicitó a la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) que se le concediera el uso de la palabra en una audiencia pública, a efectos de exponer sus argumentos de defensa pues, de la lectura de la resolución de primera instancia, se podía verificar una incorrecta apreciación de los hechos materia del procedimiento.

### **AUDIENCIA DE INFORME ORAL**

Mediante Proveído N° 2 del 27 de junio de 2005, la Secretaría Técnica de la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica de la Sala) citó a United Disco a una audiencia de informe oral, la cual iba a realizarse el día 8 de julio de 2005, a las 8:45 horas, en el local del INDECOPI ubicado en la calle La Prosa N° 138, distrito de San Borja,

provincia y departamento de Lima. Para tales efectos, se precisó que la denunciada dispondría únicamente de cinco (05) minutos para hacer uso de la palabra.

Así, el 8 de julio de 2005 a las 8:45 horas, la Secretaría Técnica de la Sala llevó a cabo la audiencia de informe oral programado con la asistencia del señor Daniel Linares Prado en representación de United Disco.

### **RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2005, la Sala emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Confirmó la Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre de 2004, en el extremo que declaró fundado el procedimiento iniciado en contra de United Disco, por infracción del artículo 7-B de la Ley del Consumidor, al haberse acreditado que la proveedora denunciada, en su establecimiento comercial “Aura”, ofreció un servicio diferenciado a sus clientes, distinción que no encontraba 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.
- (ii) Confirmó la Resolución N° 1255-2004-CPC, en el extremo que sancionó a United Disco con una multa de 35 UIT por infracción del artículo 7-B de la Ley del Consumidor.
- (iii) Confirmó la Resolución N° 1255-2004-CPC, en el extremo que ordenó a United Disco, en calidad de medida correctiva complementaria, que se abstuviera de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneraran los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implicara la selección de clientela sin que mediara causas objetivas y/o justificadas.
- (iv) Confirmó la Resolución N° 1255-2004-CPC, en el extremo que ordenó la publicación de la referida resolución en el diario oficial El Peruano, dado que los criterios de interpretación señalados contribuirían a una mejora eficiente del mercado para proteger los intereses de los consumidores, de conformidad con lo establecido en el artículo 43°

del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

Ello, en tanto que, a consideración de la Sala, la discriminación solía ser un hecho clandestino de difícil probanza dada la velocidad con la que se desarrollaban las actividades de los ciudadanos, particularmente en el ámbito comercial, y los nulos o muy escasos incentivos que existían para que los afectados con estas conductas desarrollaran acciones de denuncia y/o persecución.

En esa misma línea, la Sala precisó que la conducta verificada en la diligencia de inspección, a su vez, había sido corroborada en la audiencia de informe oral llevado a cabo en el procedimiento (en la cual, la denunciada se vio inmerso en diversas contradicciones entre las afirmaciones vertidas y las respuestas brindadas al Colegiado de la Sala). De modo adicional, agregó los siguientes fundamentos sobre las alegaciones vertidas por la denunciada:

- Aun cuando United Disco aseguró que al Acta de Inspección no había sido suscrito por todas las personas que habían intervenido en el operativo llevado a cabo por el Área de Fiscalización del INDECOPI, ello no resultaba incidental, en tanto que la mencionada Acta era un documento redactado de manera posterior a la verificación de los actos materia de investigación, con la única finalidad de dar cuenta de que el operativo había sido realizado recabando las versiones de los representantes de las investigadas.
- Si bien una de las personas que participó del operativo podía no tener su carné de extranjería vigente, lo cierto es que: (i) ello no enervaba su intervención para acreditar los hechos cuestionados en el procedimiento, en tanto, la discriminación era fáctica y no legal; y, (ii) resultaba incongruente que, recién ahora, la denunciada advirtiera dicha observación cuando su propio personal de seguridad había permitido el ingreso de la referida persona sin verificar la validez de su documento de identidad.
- La participación de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y del Instituto de Defensa Legal no invalidaba el Acta de Inspección del 23 de octubre de 2004, pues: (i) la diligencia en mención se efectuó bajo la conducción estricta de un funcionario público del INDECOPI, el cual intervenía por delegación de la Secretaría Técnica de

la Comisión; y, (ii) el INDECOPI podía decidir la intervención del personal, cuyas capacidades y características físicas y psicológicas, pudieran aportar a verificar la realización de la conducta infractora (prácticas discriminatorias).

- Si bien la denunciada había presentado una fotografía mediante la cual pretendía acreditar el ingreso de una persona con rasgos similares a la pareja N° 1 (rasgos mestizos), lo cierto es que, de la revisión de la misma, la referida fotografía daba la ligera impresión que las personas convocadas en su establecimiento comercial compartían la misma identidad racial, cultural y económica, no pudiéndose advertir que la fotografía en mención haya sido tomada de manera anterior a la realización del operativo del INDECOPI.
- No era posible deducir que el local de la denunciada era uno de acceso restringido cuando, a su vez, esta empresa había aceptado de manera reiterada que el mismo se encontraba abierto para cualquier turista extranjero que decidiera ingresar a su local.
- El sistema de ingreso previsto en la diligencia de inspección incentivaba la discriminación por rasgos raciales pues, incluso en el supuesto de que las personas con rasgos mestizos fuesen extranjeras, su ingreso a la discoteca podía ser obstaculizado. Asimismo, el ingreso al local comercial podía ser permitido para personas nacionales que presentaran rasgos caucásicos.

Finalmente, resulta pertinente señalar que la Sala confirmó además la sanción impuesta por el órgano resolutorio de la primera instancia, en tanto, la multa de 35 UIT se encontraba acorde a los Principios de Proporcionalidad, Razonabilidad y Concurso de Infracciones.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

De la evaluación del presente expediente se puede identificar los siguientes problemas jurídicos:

#### **CUESTIONES PROCESALES**

**1. La notificación defectuosa de la resolución de primera instancia dirigida a United Disco SA.**

De la revisión de la cédula de notificación dirigida a United Disco sobre la Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre de 2004, se aprecia que esta no fue debidamente diligenciada conforme lo contempla la Directiva N° 001-2013/TRI-INDECOPI, puesto que, aun cuando la señora María Cecilia Macchiavello O' Ryan (persona que recibió la referida cédula de notificación) suscribió la recepción de la referida resolución, esta no consignó el vínculo respectivo que presentaba con la persona destinataria de la cédula.

En tal sentido, la controversia gira en torno a si dicha actuación es adecuada o no en el trámite del presente procedimiento administrativo.

**2. La falta de atención del pedido de United Disco efectuado en su recurso de apelación.**

De la revisión de la apelación formulada por United Disco, se advierte que dicha administrada solicitaba a la Sala que, en atención del artículo 166.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, procediera con programar una fecha para la visualización grabación efectuada en la diligencia de inspección, a efectos de analizar el referido medio probatorio. De modo posterior, mediante escrito del 8 de febrero de 2005, United Disco solicitó que la Sala le concediera el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.

En virtud de ello, la Autoridad Administrativa: (i) mediante Proveído N° 2 del 27 de junio de 2005, atendió su pedido formulado el 8 de febrero de 2005, citando a la proveedora denunciada a una audiencia de informe oral que se llevaría a cabo el 8 de julio de 2005; no obstante, no atendió de manera expresa el pedido formulado a través de su recurso de apelación; y, (ii) mediante Resolución N° 939-2005/TDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2005, no se pronunció sobre la solicitud de exhibición efectuada por United Disco, tan solo se limitó a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

En tal sentido, la controversia gira en torno a si dicha actuación es adecuada o no en el trámite del presente procedimiento administrativo.

### **CUESTIONES MATERIALES**

**3. La competencia del INDECOPI para realizar diligencias de inspección en los establecimientos comerciales de los proveedores investigados.**

De la revisión de los escritos presentados por United Disco a lo largo del procedimiento, se puede advertir que dicha administrada cuestionó –en varias oportunidades– el Acta de Inspección levantado en la diligencia de inspección del 23 de octubre de 2004, la misma que se llevó a cabo en su establecimiento comercial (a saber, la discoteca “Aura”).

Sobre el particular, dichos cuestionamientos se encuentran referidos a varios momentos (o actuaciones) realizados por el Área de Fiscalización del INDECOPI en la mencionada diligencia de inspección; no obstante, en el presente análisis me referiré a la falta de consignación en el acta de que la pareja N° 3 ya no formaría parte del operativo y/o diligencia de inspección, en tanto que, para ese momento, ya se había verificado el presunto acto de discriminación por parte del personal de seguridad de United Disco.

Así, la controversia gira en torno a si dicha actuación es adecuada o no en el trámite del presente procedimiento administrativo.

**4. La falta de motivación del análisis de graduación de la sanción efectuado por las instancias administrativas.**

De la lectura de las resoluciones de la Comisión y la Sala, se aprecia que, si bien el órgano resolutorio de primera instancia consideró que la imposición de una multa de 35 UIT a United Disco era la más idónea, dada que la conducta verificada en la diligencia de inspección del 23 de octubre de 2004 era una práctica discriminatoria, que se

constituye como lesiva contra los intereses de los consumidores, (argumento que fue confirmado por el órgano resolutorio de segunda instancia), ambas instancias administrativas no motivaron adecuadamente los criterios y/o las circunstancias (atenuantes o agravantes) en las cuales se basaron para determinar dicha multa.

En el caso de la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI revisada, se puede apreciar de la misma que el análisis del hecho infractor cometido por United Disco no fue analizado por el INDECOPI respecto a los criterios de graduación de la sanción, por lo que la multa a ser aplicada no fue adecuadamente justificada.

En tal sentido, la controversia gira en torno a si dicha interpretación es adecuada o no en el trámite del presente procedimiento administrativo.

**5. La inadecuada medida correctiva de oficio ordenada por las instancias administrativas.**

De la lectura de la resolución de la Comisión, se advierte que –a su consideración– la medida correctiva de oficio idónea, a efectos de que conductas como la sancionada no volvieran a ocurrir, era que: *“United Disco se abstuviera de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneraran los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implicara la selección de clientela sin que mediara causas objetivas y/o justificada”* (medida correctiva que quedó consentida en segunda instancia); no obstante, a mi criterio, la medida correctiva ordenada no connotaba necesariamente una actuación inmediata de la proveedora denunciada, como si lo hubiera sido que, en un plazo determinado (por ejemplo, dentro de quince (15) días hábiles desde notificada la resolución), United Disco capacitara a todo el personal de su establecimiento comercial ubicado en el distrito de Miraflores a fin de evitar situaciones similares al hecho infractor verificado.

En tal sentido, la controversia gira en torno a si dicha interpretación es adecuada o no en el trámite del presente procedimiento administrativo.

#### **IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN**

En el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento sancionador en contra de United Disco, por infracción del artículo 7-B de la Ley del Consumidor, en tanto que, al momento de la diligencia de inspección llevada a cabo el 23 de octubre de 2004, la proveedora denunciada incurrió en prácticas discriminatorias al no permitir el ingreso de una pareja (la pareja N° 1) a su establecimiento comercial “Aura”, dado que dichas personas presentaban rasgos étnicos o mestizos. Posteriormente, la Comisión halló responsable a United Disco por dicha conducta infractora verificada, sancionándola con una multa de 35 UIT.

En su defensa, United Disco cuestionó la validez del Acta de Inspección, en tanto, esta presentaba ciertas incongruencias, tales como que: (a) en dicho documento no se consignaba la firma de todas las personas que intervinieron en el operativo del INDECOPI, (b) el documento de identificación (carnet de extranjería) de uno de ellos no se encontraba vigente, (c) pese a que el inicio de la grabación se indicaron que estarían (03) parejas la que serían parte del operativo, solo dos (02) de ellas aparecieron en el desarrollo de la diligencia de inspección, (d) entre otros puntos vertidos a lo largo del procedimiento.

Adicionalmente, como parte de sus descargos, United Disco alegó que, contrario a lo asumido por el INDECOPI, no incurría en actos de discriminación, toda vez que, de manera previa al ingreso de su establecimiento comercial, se indicaba que su local era un de acceso restringido, siendo que las personas que podían ingresar al referido local debían cumplir con los requisitos consignados en el cartel ubicado al exterior de su establecimiento comercial (entre otros requisitos, el de ser socio, invitado por el socio o un turista).

A consideración de la Autoridad Administrativa, los cuestionamientos efectuados por United Disco, respecto del Acta de Inspección realizado el 23 de octubre de 2004, no tenían mayor asidero en tanto los mismos no eran incidentales y/o trascendentales para declarar que la referida Acta de Inspección presentaba un vicio de nulidad; por tanto, tomando como válida

el Acta de Inspección en mención, quedaba acreditada la conducta infractora incurrida por United Disco, siendo que además, de la revisión del expediente administrativo, dicha administrada no presentó medios probatorios suficientes que acreditaran la existencia de alguna causa que la eximiera o exonerara de responsabilidad (esto es, una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor; o de un hecho determinante de un tercero).

Sobre el cuestionamiento de la validez del Acta de Inspección, he de acotar que el INDECOPI sí omitió realizar un pronunciamiento expreso sobre los argumentos esgrimidos por United Disco respecto a la validez del Acta. La empresa cuestionó su validez, debido a que dicha Acta solo contaba con la firma de uno de los participantes de la actividad de inspección, el sr. Fernando Yaya Espinoza, quien formó parte de la pareja N° 1 y que fue quien redactó el Acta de Inspección. Lo argumentado por la empresa United Disco versaba en que, según lo dispuesto en el artículo 156° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuya materia es la elaboración del Acta de Inspección, y que se encontraba vigente en ese entonces (actualmente se encuentra vigente el artículo 167 sobre la elaboración de Actas del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS – En adelante, TUO LPAG), debía de consignarse la firma de los declarantes en el Acta.<sup>2</sup> De los descargos presentados por United Disco se desprendía que el cuestionamiento respecto a la validez del Acta de Inspección, se basaba en que las personas que conformaban las parejas N° 1 y N° 2, y que participaron del operativo, no consignaron sus ni sus nombres ni sus firmas.

El INDECOPI, sin embargo, omitió pronunciarse cabalmente sobre el cuestionamiento respecto del Acta en la Resolución Final N° 1255-2004-CPC, de primera instancia. A pesar de que en la Resolución se hizo una clara referencia al cuestionamiento del Acta de Inspección en el recuento de los descargos de United Disco, señalándose en el punto (vi) que el Acta de Inspección no fue suscrita por los intervinientes en el operativo, lo cual, según United Disco, nulificaba el acto que consta en dicha Acta. A pesar de ello, al momento de

---

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 156 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que se encontraba vigente en ese entonces, el acta debía ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los que quisieran hacer constar su manifestación.

analizar los descargos de la empresa, el INDECOPI no realizó un pronunciamiento expreso respecto a la presunta afectación a lo señalado en el artículo 156° de la Ley.

Así, el INDECOPI se limitó a señalar que el Acta fue firmada por el señor Giovanni Dasso Sánchez, quien era el administrador del local, el señor Franco Raygada, quien formaba parte del personal de seguridad y prohibió la entrada al local a la pareja N° 1, y de Robert Orlando Castillo Larrea, quien dijo ser abogado de la discoteca. El cuestionamiento de United Disco sobre el Acta versaba sobre que no todos los participantes del operativo de INDECOPI (las parejas N° 1 y N° 2 que declararon los hechos acontecidos durante el mismo) consignaron sus firmas en el Acta, salvo el sr. Fernando Yaya Espinoza, sin embargo, el INDECOPI únicamente hizo referencia a que el Acta de Inspección contenía también las firmas de personas relacionadas a la discoteca inspeccionada, lo cual no guarda correlación con lo alegado por United Disco en sus descargos.

United Disco solicitó la nulidad del Acta porque no se consignaba la firma de todos los participantes del operativo llevado a cabo por el INDECOPI, **entendiendo que todas las parejas eran declarantes de los hechos y que, en correspondencia al artículo 156°, debían consignar sus firmas.** INDECOPI entiende, en cambio, que es suficiente con la firma del declarante (el sr. Fernando Yaya Espinoza) y del personal de seguridad de la discoteca “Aura”, el administrador de la discoteca y quien se presentó como el abogado.

A pesar de ello, el cuestionamiento realizado por la empresa United Disco no fue nuevamente alegado al momento de presentar la apelación, con lo que quedó consentida la falta de pronunciamiento del INDECOPI, a pesar de que dicho supuesto hubiese constituido una infracción a lo señalado en el artículo 156° de la Ley, al no contarse con la firma de todos los participantes declarantes.

De ese modo, se habría configurado una omisión por parte del INDECOPI, lo cual también constituiría un supuesto de falta de una motivación adecuada, porque United Disco cuestionó la falta de aplicación de lo señalado en el artículo 156°, pero el INDECOPI no consideró ni se pronunció sobre la interpretación que había sido planteada por la empresa, limitándose a

que la validez del acta no se podía cuestionar porque contaba con las firmas de los participantes de la fiscalización por parte de la discoteca “Aura”, sin pronunciarse o siquiera justificar el porqué de la falta de firmas del resto de los participantes de la fiscalización, que conformaban las parejas N° 1 y N° 2.

De dicho modo, la falta de una motivación suficiente se vería en que la empresa sancionada alega que, durante la Inspección, se contravino lo dispuesto en el artículo 156° ( ello como parte de ejercer su derecho de defensa) pero la Autoridad Administrativa no solo no comprende lo alegado a través de dicho cuestionamiento, sino que, en su lugar, lo ignora y desvía para ajustarlo a su propia narrativa y concluir, de manera contraria a lo afirmado por la empresa United Disco, que el Acta estuvo bien realizada por contar con las firmas de los participantes, omitiendo totalmente la falta de firmas de los declarantes supervisores que habían concurrido por encargo del INDECOPI (las parejas N° 1 y N° 2 que participaron del operativo), e incluso de las personas que en un inicio participarían del operativo pero no lo hicieron (siendo este el caso de la pareja N° 03). Allí, la motivación del acto de sanción no habría sido basada en fundamentos adecuados o correctos, por haberse omitido información relevante, resultando en la afectación del derecho de defensa de la empresa presuntamente infractora, porque los argumentos que fueron esgrimidos para su defensa fueron completamente dejados de lado.

Sin embargo, la presente problemática no ha sido contemplada como parte del análisis de los principales problemas jurídicos relevantes del Expediente materia de estudio, debido a que, a mi parecer, es posible realizar un tipo diferente de interpretación de la que fue planteada por United Disco. Si se considera que uno de los requisitos del Acta de Inspección es contar con la firma del declarante, ese requisito fue cumplido al contar con la firma del sr. Fernando Yaya Espinoza, porque es él quien declara los hechos del operativo consignados en el Acta, narrándolos en primera persona, y elaborando dicha Acta de su puño y letra. Si recogemos la interpretación que el sr. Fernando Yaya era el declarante y, por ende, su firma era la única que resultaba necesaria, el argumento de United Disco carece de base. Estaríamos, entonces, ante dos formas de interpretación de la norma, la cual no fue cuestionada por United Disco por lo que se entendería que se allanó ante el pronunciamiento del INDECOPI, según el cual

el Acta de Inspección contaba con las todas **las firmas necesarias para su validez**: la firma del Sr. Fernando Yaya como declarante, la firma del sr. Giovanni Dasso Sánchez, como administrador del local, la firma del señor Franco Raygada, como parte del personal de seguridad y por ser la persona que prohibió la entrada al local a la pareja N° 1, y, finalmente, la firma de Robert Orlando Castillo Larrea, quien se presentó como abogado de la discoteca.

Así, concluyo sobre este punto, que es posible realizar una interpretación respecto a que bastaba con la consignación de la firma del Sr. Fernando Yaya Espinoza, como la persona que elaboró el Acta y quien declaró los hechos acontecidos durante la inspección. De no haber estado conforme con la interpretación realizada por la Autoridad Administrativa, la empresa United Disco pudo haber insistido con dicho argumento en la apelación, incluso procediendo contra el pronunciamiento del INDECOPI sobre la validez del Acta en el marco de un proceso contencioso administrativo. Al no continuar con dicho cuestionamiento, se entiende, como ya se ha señalado anteriormente, que la empresa se terminó allanando a la interpretación de INDECOPI respecto a la validez del Acta, haciendo que dicha validez sea incuestionable en cualquier otra instancia.

Con respecto a los alegatos de la empresa United Disco sobre que no se configuró un supuesto de discriminación porque de manera previa y pertinente al ingreso al establecimiento comercial de la discoteca “Aura”, se indicaba que dicho local era un de acceso restringido, y que el ingreso solo estaba permitido con el cumplimiento de ciertos requisitos, es de suma importancia, en primer lugar, hacer un análisis sobre qué es la discriminación en el marco de las relaciones de consumo.

En este punto, cabe precisar que la discriminación de consumo se encuentra definida como:

(...) un problema que atraviesa diversos ámbitos de la vida privada y pública de las personas. Es también un problema que parte de la percepción que tienen las mismas sobre una determinada realidad o persona. Por ello, las acciones que se pueden tomar para erradicarla, requieren no solo de normas y políticas públicas eficientes sino también de actuaciones conjuntas de los ciudadanos.

Por parte del Estado, es posible afirmar que, respecto a 1990, ha habido un avance en la dación de normas que proscriben la discriminación, así como de implementación de diferentes políticas públicas, (...). Si bien la sola vigencia de una norma no soluciona el problema, sí ayuda a establecer mandatos que rigen las actuaciones de las personas. (Prado, 2018:13)

En esa línea, cabe indicar que, en uno de sus artículos jurídicos, Amaya (2015) ha aseverado que:

El INDECOPI ya venía investigando y sancionando casos —la mayoría promovidos de oficio (...) por prácticas discriminatorias que no tenían un sustento legal específico. Por ello, y ante la lamentable realidad de que eran muchas las discotecas que practicaban evidentes conductas segregacionistas, el INDECOPI emitió el Documento de Trabajo N° 3-1998 del 24 de noviembre de 1998. En él concluyó que era necesario modificar el marco legislativo e incorporar la figura de «discriminación en el consumo» (...). (p.34)

Por otro lado, es importante realizar un análisis del aspecto constitucional de la materia de controversia del Expediente bajo análisis, en tanto que, constituye la base del procedimiento administrativo sancionador seguido contra United Disco.

Como se señala en el Informe N° 332-2004/CPC, en el marco de las acciones de prevención que viene realizando la Comisión, la Secretaría Técnica dirigió una actividad de fiscalización en la discoteca “Aura”, con objeto de verificar la existencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público.

En dicho Informe se hace mención de que en el mercado existen dos mecanismos que son empleados por los proveedores para restringir el acceso del público a los productos o servicios que ofrecen, siendo estos los siguientes:

- a) *El trato diferenciado que constituye un método lícito al existir una razón objetiva que justifica dicha diferenciación; y,*

- b) *El trato discriminatorio que es en esencia ilícito en tanto que, en ese caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas.*

La Ley de Protección al Consumidor vigente en el año 2004 señalaba en su artículo 7-B, 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 un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quién lo represente en el proceso o 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.

Actualmente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor recoge lo relativo a la prohibición de discriminación contra los consumidores en su artículo 38°, el cual se menciona lo siguiente:

**Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores**

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

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

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que

justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

Así, como se puede desprender de dichos artículos, el INDECOPI protege a los consumidores de actos de discriminación, por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En el artículo también se señala que se encuentra prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

También se establece que es posible que exista un trato diferente entre los consumidores, sin embargo, esta distinción debe obedecer a causas objetivas y razonables. **La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.**

La redacción del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor también se contemplaba la prohibición de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, **sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.**

En el caso materia de análisis, cuando la pareja N° 1 se dirigió al personal de seguridad que cuidaba la puerta, no tenía la intención de adquirir el ticket de ingreso, pues solo se limitó al consultar cómo se podía hacer para entrar a la locación. Asimismo, señaló que el local de la discoteca “Aura” no es uno de atención abierta al público. United Disco señaló que no incurría en actos de discriminación pues, de manera previa al ingreso de su establecimiento comercial, se indicaba que su local era un de acceso restringido. Para ingresar al local, las personas debían cumplir con los requisitos consignados en el cartel ubicado al exterior de su establecimiento comercial (entre otros requisitos, el de ser socio, invitado por el socio o un turista).

United Disco menciona que la presunta discriminación ocurrió por parte de la información que fue proporcionada por un trabajador de la empresa VIP'S que brinda servicios de seguridad a la discoteca "Aura", y que, por costumbre, en algunas oportunidades, el personal de **seguridad no verificaba exhaustivamente la condición de invitado de la discoteca de los consumidores.** Ello, en tanto que se entendía que los mismos se encontraban **debidamente informados sobre los requisitos para el ingreso a su establecimiento comercial, lo cual hacía suponer que las personas que se acercaban se encontraban en la lista.**

Por otro lado, la empresa United Disco señaló en sus descargos que la supuesta discriminación sería la respuesta de un miembro del personal de seguridad de una empresa contratada para la discoteca "Aura" (un servicio tercerizado de seguridad contratado por United Disco a la empresa VIP'S, especializada en dicho ámbito laboral), por lo cual el mencionado trabajador carecía de autoridad para pronunciarse en nombre de la empresas, siendo la prohibición de ingreso realizada del sr. Franco Raygada en su calidad de personal de seguridad, no constituía una respuesta oficial que se ajustaba a lo establecido en el Reglamento de ingreso al local de la discoteca. Dicho argumento no es de ninguna forma una justificación ni mucho menos un eximente de responsabilidad para United Disco. No se configura el hecho determinante de un tercero porque, aunque el trabajador encargado de la seguridad de la puerta del local, pertenecía a una empresa de seguridad tercerizadora contratada por la empresa United Disco, su actuación reflejaba una conducta que ya había sido normalizada por el personal y por la empresa, la de no verificar la condición de socio, invitado de socio o turista extranjero en el caso de las personas con rasgos caucásicos, al asumir que dichas personas, eran justamente los socios, invitados o turistas, pero sí verificar el cumplimiento del mencionado requisito en aquellos posibles consumidores que tuvieran rasgos mestizos.

Por último, al ser el sr. Franco Raygada parte del personal de seguridad que se ubicaba en la puerta de ingreso al local, al realizar sus funciones, se encontraba representando las políticas

de ingreso establecidas al local de la discoteca “Aura”, siendo su conducta configuradora de un trato discriminatorio, responsabilidad también de la empresa.

Independientemente si el sr. Franco Raygada trabajaba para una empresa tercerizadora, tiene el deber y la obligación de no causar ningún tipo de daño a los potenciales consumidores, en el marco del cumplimiento de sus funciones. En cumplimiento del principio de “neminem laeder”, que significa no causar daño a alguien, era responsabilidad también de la empresa el no permitir que sus trabajadores ni los de las empresas tercerizadoras contratadas, atenten contra las personas y lleven a cabo conductas discriminatorias. Además, como se ha mencionado previamente, la actuación del personal de seguridad de la puerta constituyó una especie de filtro, junto con el personal de boletería, para que personas que no contasen con las características raciales deseadas no pudieran ingresar. Asimismo, en tanto se llevó a cabo dicha conducta bajo un pretexto previamente establecido por la administración de la discoteca “Aura” (el hacer pasar el local como uno con acceso restringido al público cuando en realidad era de acceso abierto a cierto sector del público con características raciales determinadas), el sr. Raygada, en su labor como personal de seguridad, únicamente perpetuó una práctica consentida por la empresa United Disco, quien además, tenía conocimiento que el personal de boletería y de seguridad permitían ingresar a personas con rasgos caucásicos sin corroborar su condición de socio, invitado de socio o turista extranjero, y omitió reprimir a sus trabajadores por llevar a cabo dichas prácticas o realizar una concientización para evitar que se continuara con dicha conducta lesiva.

Otro de los argumentos señalados por la empresa United Disco es que del video de la inspección realizada por INDECOPI, no se desprende que la pareja N° 1 haya tenido la intención de adquirir el ticket de ingreso, pues solo se acercaron a la rampa de ingreso, y consultaron al personal de seguridad cómo podían ingresar al local.

Respecto a la intencionalidad o no de la pareja para adquirir el ticket de ingreso a la discoteca, el Código de Protección y Defensa del Consumidor vigente señala que esta protección contra actos de discriminación se da a los consumidores que estén dentro de una relación de consumo o expuestos a esta. La pareja no adquirió un ticket, pero, como cualquier otro

consumidor, podría acercarse a adquirir uno en la boletería y entrar al local de “Aura”, se trataba de potenciales consumidores a los que se les negó el servicio por un motivo totalmente arbitrario y discriminatorio, que corresponde a la discriminación por motivos de raza.

De acuerdo con las declaraciones de United Disco, el local era uno de acceso restringido al público, permitiéndose el ingreso solo a determinadas personas que, como se ha señalado anteriormente, correspondían a socios, invitados de socios, y turistas.

Al permitir el ingreso de la pareja N° 2 sin ningún tipo de cuestionamiento respecto de si eran socios o no, la actuación de United Disco deja entender que sí se trataba de un local abierto al público, pues la pareja N° 2 no corresponde a una pareja de turistas, siendo que el sr. Gregory Pollet era extranjero pero la Srta. Pamela Ortiz Gómez de la Torre, no.

Sobre este punto, recordemos que según el artículo 7-B, en caso de que el proveedor demuestre que sí existe una causa objetiva y justificada, la carga de la prueba está en quien alegue tal hecho, demostrar que en realidad se trata de un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Supuestamente, al tratarse de un local de acceso restringido, United Disco tendría una razón objetiva y justificada para permitir el ingreso solo a socios. Sin embargo, dicha afirmación en realidad se trataba de un pretexto porque, como se ha señalado en el párrafo anterior, la pareja N° 2, que presentaba rasgos caucásicos, fue permitida de ingresar al local sin que el personal de seguridad o de la boletería cuestionen si se trataban de socios o no. Si, por ejemplo, el presente caso se hubiera tratado de la denuncia de un consumidor al que se le prohibió la entrada a la discoteca, y no de una fiscalización por parte del INDECOPI, le hubiera correspondido la carga de la prueba a los consumidores víctimas de discriminación el demostrar que la afirmación de que se trataba de un local de acceso restringido era meramente una excusa para continuar con una práctica discriminatoria. Es por ello que un caso como el presente es de difícil probanza, en tanto que de acuerdo con el artículo 7-B que se encontraba vigente, sería la obligación de quien alegue la conducta discriminatoria demostrar que ello se trata en realidad de un pretexto o una simulación. La actividad de inspección llevada a cabo por el INDECOPI fue capaz de probar que no se trataba en realidad de un local cerrado al público, porque se contó con el apoyo de dos parejas

que participaron para demostrar la presunta discriminación. Usualmente, el consumidor común no contaba con los medios para demostrar dichos indicios de discriminación, sobre todo en el año 2004, en el que los celulares no contaban con cámaras de foto o de video.

Nuestra Constitución recoge el derecho a no ser discriminado en el artículo 2º inciso 2, el cual señala lo siguiente:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

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

Por su parte, de acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la prestación del servicio por parte del proveedor debe ser idónea, lo que significa que debe existir una correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe. La idoneidad se encuentra actualmente definida en el artículo 18º de dicho Código:

**Artículo 18.- Idoneidad**

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

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

En tal sentido, y en virtud del artículo precitado, la idoneidad se entenderá en función a la naturaleza del bien/producto/servicio ofertado; sin embargo, es importante señalar que en el caso de la discoteca “Aura” la falta de idoneidad en el servicio se ve reflejada en el trato

discriminatorio, respecto al impedimento de ingreso de personas en base a sus características raciales.

Sin perjuicio de lo anterior, la idoneidad del servicio implica también un aspecto constitucional. Así, Bullard González afirma que el análisis de la idoneidad del servicio pasa por la reconstrucción del servicio esperado, para compararlo con el que efectivamente recibió. Asimismo, señala que este modelo se diseña en base a tres coordenadas:

(...) El análisis de idoneidad pasa por la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor, pero no el concreto y de carne y hueso, sino un consumidor razonable en las mismas circunstancias, para luego compararlo con el bien o servicio que efectivamente recibió. Si se aprecia una diferencia significativa entre ese modelo y lo que se recibió, en perjuicio del propio consumidor, entonces se considera que el bien no es idóneo.

Pero este modelo no se construye en abstracto. Por el contrario, se diseña en base a tres coordenadas. La primera es la llamada garantía implícita. Por garantía implícita se entiende aquellas características y condiciones que el consumidor razonable hubiera esperado recibir, dadas las circunstancias.

(...)

La segunda coordenada es el concepto de garantía explícita. Así, la reconstrucción del modelo de idoneidad no se limita a utilizar las garantías implícitas, sino que añade las garantías explícitas, entendiendo por ellas las características y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor en el etiquetado del producto, comprobante de pago, publicidad, contrato y cualquier otro medio por el que se pruebe que específicamente ofreció el proveedor, y que haya sido informado de manera clara al consumidor

(...)

A ello se añade una tercera coordenada no incluida en el precedente, que es la garantía legal. Así, si la ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea deslizado por la garantía explícita. Así, el modelo de idoneidad incorpora todas las características y garantías que la ley ordena (...). (Bullard, 2010: 16-19)

Así, la actuación de United Disco generó que se configurase una conducta que vulnera las expectativas de los consumidores, que el Código consagra como “deber de idoneidad”.

Sin embargo, si bien es cierto que en el presente caso podría haberse configurado una vulneración al deber de idoneidad, en tanto que los consumidores habrían sido defraudados en sus expectativas de ingreso al local de una discoteca, generado a través de una restricción basada en causas injustificadas y subjetivas (que configuran un supuesto de discriminación), el presente caso no fue tratado como una infracción al deber de idoneidad, sino como una infracción al principio de no discriminación.

Ello se dio en razón al principio de tipicidad, señalado en el artículo 230° numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que se encontraba vigente en ese entonces (actualmente contemplado en el artículo 248°, numeral 4 del TUO LPAG), como también de los principios de legalidad y de debido procedimiento (señalados en el numeral 1 y 2 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, y numerales 1 y 2 del artículo 248° del TUO LPAG, respectivamente). Así, en tanto existe una legislación más específica que tipifica la infracción contra el deber de no discriminación, no resultaría aplicable imputar la presunta conducta como una infracción al deber de idoneidad. Se habría configurado, a su vez, una afectación al principio de debido procedimiento, en el extremo del derecho de defensa del administrado pues, imputar una falta en base al artículo incorrecto podría haber generado que United Disco no hubiera formulado los alegatos adecuados para defenderse de la imputación realizada por la Autoridad Administrativa. Por último, constituiría una afectación al principio de legalidad porque, existiendo el artículo pertinente sobre discriminación, aplicable al presente caso, se imputase bajo lo señalado en un artículo no correspondiente.

Efectivamente, se configuró lo que podría ser entendido como una afectación a las expectativas de los posibles consumidores de ingresar a un local que, supuestamente, tendría que ser abierto al público en general, pero que, en la práctica, establecía una especie de filtro, una restricción de acceso basada en motivos totalmente subjetivos, injustificados y discriminatorios. A pesar de dichas consideraciones, al existir un artículo que versa

específicamente sobre dicha materia (el artículo 7-B sobre el deber de no discriminación, que se encontraba vigente en ese entonces), correspondía procesar el caso bajo dicho supuesto.

Es por ello que, a pesar de que se podría haber argumentado que en el caso materia de análisis se configuró una defraudación de las expectativas de los posibles concurrentes a la discoteca “Aura”, corresponde que haya sido procesado como uno de infracción al deber de no discriminación.

En el presente caso, los hechos controvertidos versan sobre la negación de acceso en igualdad de condiciones a un servicio por motivos proscritos expresa y literalmente, como ya se ha señalado anteriormente, en el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor que se encontraba vigente y en la Constitución, como es el caso del supuesto del artículo 2º inciso 2.

El INDECOPI señala en la Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre de 2004 que, a pesar de haberse brindado previamente la información relevante (local con acceso restringido) de un modo oportuno a través de un cartel colocado en la puerta, este constituía un elemento creado por United Disco para justificar su conducta discriminatoria y vulnerar los derechos de los consumidores, a través de una simulación. Al permitirse el acceso de personas que no contaban con la calidad de socios al establecimiento comercial de la denunciada, este adquiriría la calidad de “abierto al público”, acreditándose de esta manera que la negativa en el ingreso era tan solo una justificación empleada por la denunciada para ocultar o encubrir una práctica discriminatoria.

A través de esta condición en la práctica de “local abierto al público”, en tanto que se permitía el ingreso de personas que no fueran ni socios, ni invitados de los socios, ni turistas, se puede desprender que la restricción de acceso impuesta por la empresa United Disco no se encontraba fundada en motivos objetivos ni justificados, sino que se trataba efectivamente de un trato discriminatorio mediante el cual no se permitía el acceso a un determinado segmento de la población a un determinado servicio por razones meramente **subjetivas e injustificadas.**

La política de acceso restringido solo para socios o turistas extranjeros era una forma de elaborar **un pretexto o simulación** a fin de establecer un criterio discriminatorio para el acceso al local de la discoteca. Se simulaba que “Aura” solo permitía el ingreso a los socios, sus invitados, y extranjeros que se encontrasen como turistas en la ciudad de Lima, pero en la práctica, se discriminaba a un grupo de personas que no cumplían con presentar rasgos caucásicos. Así, cuando personas de rasgos mestizos se acercaban a la entrada de la discoteca, se les prohibía la entrada aduciendo que en realidad el acceso era restringido, solo para socios y turistas. Sin embargo, INDECOPI pudo detectar la simulación de ser un local de acceso restringido al intentar ingresar a una pareja de rasgos caucásicos, que no se trataban ni de socios ni de turistas extranjeros (El Sr. Gregory Pollet contaba con carnet de extranjería, pero su acompañante, la Srta. Pamela Ortiz Gómez de la Torre, era de nacionalidad peruana y no se le cuestionó si se trataba de una socia de la discoteca, era invitada por algún socio o si ella era una turista extranjera). En caso de haberse tratado de un local de acceso efectivamente restringido al público, la pareja N° 2 no habría podido ingresar.

Asimismo, cuando United Disco señaló que, por costumbre el personal de seguridad no verificaba exhaustivamente la condición de invitado de los consumidores que pretendieran ingresar a la discoteca, se puede poner en evidencia que esta práctica se encontraba totalmente normalizada en el funcionamiento de la discoteca “Aura”.

Así las cosas, los trabajadores de seguridad y de boletería de “Aura” ya habrían desarrollado la costumbre de no solicitar que las personas que pretendieran ingresar a la discoteca contasen con la condición de socio, o ser invitado de un socio, con lo que ostentar dicha condición en la práctica, carecía de importancia, ya que el ingreso para personas con ciertos rasgos deseados estaba permitido sin ningún tipo de miramientos. En cambio, la verificación de la condición de socio o de invitado solo volvía a tomar relevancia cuando personas con rasgos mestizos pretendieran ingresar al local, siendo un pretexto para prohibirles el ingreso sin que pueda ser detectado que, en realidad, el criterio para ingresar al local estaba fundamentado en motivos discriminatorios. El impedir el ingreso a la pareja N° 01 por sus rasgos mestizos, señalándoles que no podían ingresar por no ser socios de la discoteca “Aura” no era más que

una excusa para que a la discoteca solo ingresaran personas de rasgos caucásicos, sin que se pudiera detectar que United Disco llevaba a cabo prácticas discriminatorias.

De ese modo, los trabajadores encargados de la seguridad del local de la discoteca “Aura” y de la boletería fungían como una suerte de filtro para evitar que personas que no cumplían con el perfil racial deseado pudieran ingresar al establecimiento comercial. Las personas que cumplían con la característica racial deseada, incluso si no contaban con la condición de socios de la discoteca “Aura”, ser invitados, o ser turistas extranjeros, podían ingresar al local sin problema alguno, sin que se les cuestionara acerca de si cumplían o no con las condiciones para ingresar o sin que se les impusiera algún tipo de restricción por parte del personal de la puerta (tanto el de boletería como el de seguridad). En cambio, para el caso de aquellas personas que no presentaran dicha característica deseada (personas que no contasen con rasgos caucásicos), el personal de seguridad les informaba que se trataba de un local de acceso restringido al público en general, prohibiéndoles el ingreso, camuflando la discriminación en el pretexto de que debían cumplir con una serie de requisitos para ingresar, y disuadiéndolos de intentar adquirir un ticket en la boletería.

Es por ello que el presente caso no se trata de un trato diferenciado lícito, materializado en una restricción de ingreso al local por causas objetivas o razonables, sino que efectivamente nos encontramos ante un supuesto de discriminación, lo cual no solo constituye una infracción contra el artículo 7-B del Decreto Legislativo que se encontraba vigente en ese entonces (y contra el artículo 38° del Código de Protección al Consumidor vigente), sino que también constituye una violación contra el derecho constitucionalmente protegido a no ser discriminado, señalado en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

Se ha establecido, entonces, que en el caso materia de análisis se configuró un supuesto de discriminación basado en motivos subjetivos e injustificados, porque se restringía el acceso al local de una discoteca por motivos raciales. Prohibir que un proveedor restrinja con quién contratar un bien o un servicio por motivos subjetivos e injustificados no es de forma alguna una contradicción a la libre iniciativa privada, ni a la libertad de contratación, porque ambos

también se deben de ejercer en base al respeto a la dignidad de las personas y al deber que tiene el Estado de proteger los derechos e intereses de los consumidores.

Así, el artículo 58° de la Constitución establece que en nuestro país se ejerce una economía social de mercado cuya participación e iniciativa privada es libre:

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Sobre la libertad contractual, Hinestroza (2002) la entiende de la manera siguiente:

La libertad contractual implica decidir si se contrata o no; establecer la contraparte en el contrato; escoger la figura iuris; determinar el medio o forma de expresión y estipular en forma libre el contenido contractual, lo que algunos llaman libertad de la configuración interna del contrato. (parafraseado en HERRERAS-TAPIAS, ÁLVAREZ-ESTRADA, 2015:31)

En efecto, y de acuerdo al artículo 58°, la iniciativa privada es libre; sin embargo, al mismo tiempo debe de tenerse en cuenta que la Constitución, si bien defiende la libertad contractual, también ha señalado que el **Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, como se dispone mediante el artículo 65°**, bajo el tenor literal siguiente:

Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

La redacción del artículo 65° de la Constitución, a primera vista, aparenta ocuparse solo del derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a disposición de los consumidores en el mercado. Sin embargo, para Espinoza Espinoza (2005), al analizar si el

artículo 65° dispone un *numerus clausus o apertus*, dispone contrastarlo con la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003 recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI/TC, a saber:

“De acuerdo a lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.

b) (...) Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y la tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de nuevos derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716), no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65 de la Constitución.

Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales a los consumidores y usuarios.”

De tal manera que, haciendo una interpretación sistemática entre los artículos 3 y 65 de la Constitución y la normativa regulada en la Ley de Protección al Consumidor n Leg. N° 716 (cuyo TUO fue aprobado mediante ns. N° 039-2002-ITINCI de 11/12/2000) podemos llegar a la conclusión de que la tutela jurídica del consumidor, se extiende a todos aquellos derechos de “naturaleza análoga”. En otras palabras, no nos encontramos frente a un elenco cerrado de situaciones en las cuales se debe tutelar al consumidor, también puede comprender situaciones emergentes en las cuales se afecta su estatus. (p. 876-877)

Así, del análisis realizado por Espinoza Espinoza, podemos concluir que asumir que la protección constitucional a los consumidores o usuarios se limita solo a garantizar que cuenten con la información suficiente es errónea, pues a partir de la legislación del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor, dicha protección se extiende a situaciones emergentes en las cuales la afectación del consumidor no solo es consecuencia de la asimetría de la información sino que, tal como se puede observar en el caso materia de análisis, es producto de actos que atentan contra los derechos fundamentales del consumidor o usuario.

Asimismo, señalar que la iniciativa privada es libre no es, de modo alguno, una forma de justificación para establecer filtros fundados en razones injustificadas y subjetivas para restringir el acceso a un grupo de consumidores a un bien o servicio. A través de la protección de los derechos de los consumidores consignada en la Constitución, se protege también el derecho a no ser discriminado, que no solo se encontraba señalado en el Decreto Legislativo N° 716, sino que ha sido recogido en la Constitución para dotar de una mayor protección a los consumidores.

United Disco no pudo justificar la restricción impuesta para el ingreso de un grupo de personas no pudiera ingresar al local de la discoteca “Aura”. A través de fuertes indicios, se dejó entrever que la discoteca empleaba la supuesta condición de “local de acceso restringido al público” como **un pretexto** para restringir la entrada de personas que no presentaran rasgos caucásicos, reforzando dicha política a través del establecimiento de filtros en la entrada del local, en el personal de boletería y de seguridad, que repetían la narrativa de que se trataba de un local cerrado al público, de acceso solo a socios y turistas extranjeros, exigiéndoles dicha condición a un grupo específico de personas, pero permitiendo la entrada libre de aquellos concurrentes que presentasen rasgos caucásicos, imponiéndose como única condición el pago del cover, a tal punto que se volvió una costumbre del local “Aura” que los trabajadores de boletería y de seguridad no verificaran la condición de socio ni la condición de turista cuando las personas de rasgos caucásicos quisieran ingresar a la discoteca “Aura”, y que dicha exigencia solo se materializara cuando aquellas personas que no presentaran rasgos caucásicos (como fue el caso de los trabajadores del INDECOPI que

conformaron la pareja N° 1 durante la Actividad de Inspección) pretendieran ingresar al local de la discoteca.

Por último, una situación que considero que es de suma importancia mencionar, es aquella en la que, como parte de los requisitos que debían cumplir las personas que quisieran ingresar al local, se encontraba, además de ser socio de la discoteca, o encontrarse en la lista de invitados, **solo pagar el cover de S/ 100.00 (Cien con 00/100 soles) en caso de ser extranjero.** Del mismo modo, en los descargos de United Disco, se hacía referencia a que el local era de acceso restringido para socios, para invitados de socios, y para turistas, siendo que en el último caso se precisaba que estos turistas eran de origen extranjero. Sin embargo, dichas afirmaciones también dejan entrever que existía un cierto trato discriminatorio, no solo fundamentado en que las personas que ingresen al local de la discoteca cuenten con rasgos caucásicos, sino que también existiría un trato discriminatorio por el origen de las personas, en tanto que se señalaba específicamente en los requisitos para ingresar al local de “Aura” ser extranjero y pagar el cover. No se señalaba que cualquier turista pudiera ingresar al local. Ello es importante mencionar porque un turista también puede ser una persona peruana que se traslade desde provincia a la capital durante sus vacaciones y quiera acceder a diferentes actividades de esparcimiento. En cambio, United Disco hacía mención específicamente a los turistas extranjero a los cuales se le permitía el ingreso al local de la discoteca, como si no existieran turistas que no sean de origen extranjero, con lo cual también se estaría configurando un supuesto de discriminación ya no solo por motivos de raza, sino que también por motivos de origen.

Durante la audiencia oral, de la cual se cuenta con una transcripción en la Resolución 0939-2005/TDC-INDECOPI, INDECOPI cuestiona cómo podría controlar el comportamiento de las personas extranjeras dentro del local de la discoteca “Aura”, consultando si United Disco presumía que los extranjeros cumplirían con los estándares de buena conducta que, de acuerdo a la discoteca, se buscaba mantener a través de la supuesta restricción del ingreso del público en general. Ante dichos cuestionamientos, United Disco precisó que la afluencia de extranjeros no es significativa, por lo que el sistema de seguridad podría controlar

cualquier incidente. Al ser cuestionado sobre la presencia de bastantes extranjeros, United Disco mencionó que ello se daba por un tema turístico.

Como ya se ha mencionado anteriormente, United Disco realizó una simulación no solo a través de la condición de socio o de invitado de socio como uno de los requisitos para poder ingresar al local de la discoteca “Aura”, sino también, al permitir la entrada libre a turistas que fueran extranjeros, supuestamente porque dicha condición implica un mejor comportamiento frente a los asistentes nacionales en general. Habilitar entrada libre únicamente a los turistas, a cambio de un pago, tampoco constituye un criterio objetivo y justificado para excluir del local de la discoteca a aquellos turistas de origen nacional.

Es por las razones previamente señaladas que me encuentro de acuerdo con la decisión tomada por INDECOPI al señalar que existió un trato discriminatorio contra la Pareja N° 1 durante la Inspección realizada. Las acciones por parte de United Disco no fueron solamente contra lo señalado en la Ley de Protección al Consumidor, sino contra el derecho constitucionalmente protegido a no ser discriminado. Asimismo, dicha empresa pretendió justificar el trato discriminatorio, haciendo pasar a la discoteca “Aura” como un local de ingreso restringido, cuando en la práctica, se trataba de un local abierto al público, pero solo a un público que cumplía con un estándar discriminatorio de presentar determinados rasgos, o tener un origen determinado.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a realizar el análisis correspondiente de los problemas jurídicos planteados:

## **CUESTIONES PROCEDIMENTALES**

### **1. Sobre la notificación defectuosa de la resolución de primera instancia dirigida a United Disco.**

Conforme lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo General, toda actuación administrativa deberá notificarse debidamente a las partes en el domicilio consignado

a lo largo del procedimiento, a efectos de que estas puedan hacer uso de su derecho de defensa y debido procedimiento de manera oportuna.

Así, el numeral 3.1. de la Directiva N° 001-2013/TRI-INDECOPI, Régimen de Notificación de los Actos Administrativos y Otras Comunicaciones Emitidas en los Procedimientos Administrativos a cargo de los Órganos Resolutivos del INDECOPI establece que la realización de la notificación personal deberá efectuarse en el domicilio que conste en el expediente respectivo, siendo que, de lo contrario, dicha notificación sería inválida.

Asimismo, es importante tener en cuenta que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2 de dicha Directiva, los criterios para efectuar las notificaciones son prelativos, y se encuentran de acuerdo al siguiente orden, dándole prioridad a la notificación personal del administrado en su domicilio:

2.1.1 Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.

2.1.2 Cualquier otro medio a través del cual se permita comprobar fehacientemente el acuse de recibo de la notificación y quien la recibe (tales como: fax, casilla, entre otros); siempre que su empleo haya sido solicitado expresamente por el administrado.

2.1.3 Por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley.

Por su parte, el numeral 3.2 de la mencionada Directiva, señala que la notificación personal se realizará con el propio administrado o con la persona capaz que se encuentre en el domicilio consignado por el mismo, siendo que en dicha diligencia se deberá dejar constancia, previa identificación, de la siguiente información: (i) Nombre y apellidos completos, firma y DNI de quien recibe la notificación. De ser el caso la persona podrá identificarse, en lugar del DNI, a través del código de colegiatura otorgado por algún colegio profesional; (ii) vínculo que sostiene con el administrado; y, (iii) fecha y hora de la diligencia.

Asimismo, el numeral 3.3 del referido cuerpo normativo , señala que, en caso el destinatario de la notificación o la persona capaz que se encuentre en el domicilio se negara a recibir la misma o a identificarse, se dejará bajo puerta un acta, conjuntamente con la notificación, consignándose, entre otros, lo siguiente: (i) el destinatario de la notificación; (ii) la identificación del procedimiento respectivo -número de expediente-; (iii) el acto materia de notificación -número de resolución-; (iv) la indicación relativa a la negativa de recibir la notificación o a identificarse, (v) la dirección domiciliaria a la que se apersonó el notificador; (vi) la hora y fecha en que se realizó la diligencia, (vii) nombre, firma y Documento Nacional de Identidad (DNI) del notificador; y, (viii) la indicación de que se dejó la notificación bajo puerta.

Adicionalmente a ello, en el acta se deberá indicar las características del lugar en donde se efectuó la diligencia, entre otras, la descripción de la fachada del domicilio del administrado (tipo de puerta del domicilio y número de pisos del domicilio, de ser el caso). Cabe precisar que para la notificación sea válida deberán, en efecto, consignarse en el acta todas esas indicaciones.

Dicho lo anterior, aun cuando la Directiva N° 001-2013/TRI-INDECOPI no se encontraba vigente al momento de que la Secretaría Técnica de la Comisión pretendió poner en conocimiento de United Disco acerca de la Resolución N° 1255-2004-CPC, lo cierto es que dicha directiva resulta ser un parámetro sobre los requisitos de validez establecidos por el INDECOPI para considerar una notificación válida. Por lo tanto, no resultaba incongruente aplicar los alcances normativos de la referida directiva a la cédula de notificación del 1 de diciembre de 2004 (cédula a través de la cual se notificó el acto administrativo mencionado).

Así pues, obra en el expediente administrativo la cédula de notificación dirigida a United Disco al domicilio procedimental que consignó a lo largo del procedimiento, el mismo que se ubica en Las Acacias N° 274, urbanización Armendáriz, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima (domicilio procedimental que no fue variado en ningún momento por la proveedora denunciada).

De la revisión de la mencionada cédula de notificación, se puede apreciar que, si bien la señora María Cecilia Macchiavello O' Ryan (persona que recibió la referida cédula de notificación) suscribió la recepción de la referida resolución, consignando además: (a) la fecha y hora en que recibió la notificación, (b) su firma de recepción, (c) sus nombres y apellidos completos, y (d) su documento de identidad - DNI; esta omitió consignar la “vinculatoriedad” que presentaba con la persona jurídica destinataria de la cédula (esto es, United Disco), verificándose de esta manera el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 001-2013/TRI-INDECOPI.

En esa línea, el hecho que la Comisión o la Sala no hayan podido advertir oportunamente dicho error en la notificación, generó una vulneración sobre el derecho de defensa y del debido procedimiento contra United Disco y el debido procedimiento, toda vez que la referida notificación correspondía a la Resolución N° 1255-2004-CPC (resolución final de primera instancia), en la cual la Autoridad Administrativa le otorgaba a la administrada un plazo determinado para que pudiera interponer su recurso de apelación en el o los extremos que le resultaran desfavorables del pronunciamiento emitido por la Comisión.

En este punto, conviene traer a colación la importancia e incidencia de una debida notificación:

(...)

Así, la notificación es una forma de comunicarle al administrado que la entidad administrativa correspondiente ha tomado una decisión respecto de sus derechos o intereses, para que este pueda decidir apelar, aceptar, cumplir o presentar sus descargos si se trata de un procedimiento sancionador. Nos adelantamos a afirmar que la mayor importancia de las notificaciones está precisamente en el ámbito de los procedimientos de oficio, toda vez que en los procedimientos iniciados a solicitud del propio interesado existen medios alternativos para tomar conocimiento, ya que al menos se conoce que hay un procedimiento en trámite. En el caso de los procedimientos de oficio, el administrado desconoce por completo la existencia de un procedimiento administrativo.

Otro aspecto importante de la notificación es que permite que el acto administrativo sea eficaz, que surta efectos jurídicos en la esfera del administrado. Si un acto administrativo es emitido pero no es notificado, no es un acto administrativo eficaz, por más que sea un acto administrativo válido. Que el acto administrativo sea eficaz significa que logre la finalidad para la cual fue emitido: sancionar, cobrar la multa, otorgar el derecho, suspender un derecho, denegar un pedido. (Pando, 2011:255)  
(...)

Así pues, de haber quedado consentida la mencionada resolución, United Disco tenía la posibilidad de aducir la indebida notificación de la actuación administrativa, solicitando la nulidad del acto administrativo por vicio en la actuación administrativa de notificación de la Resolución Final N° 1255-2004-CPC de fecha 24 de noviembre de 2004 en atención al artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual establece como causales de nulidad del acto administrativo, la omisión o defecto de sus requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el procedimiento regular que debe preceder la emisión del acto.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe precisar que, pese a que la cédula de notificación era defectuosa, la empresa United Disco, dentro del plazo legal otorgado, interpuso su recurso de apelación contra la resolución de primera instancia; por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos se tendrá por saneada (esto es, por bien notificada) cuando de las actuaciones procedimentales realizadas por el administrado se pueda suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o cuando este interponga cualquier recurso que proceda.

Finalmente, resulta pertinente acotar que Morón<sup>3</sup> sobre la subsanación de notificaciones defectuosas señaló lo siguiente::

---

<sup>3</sup> 2019 MORÓN URBINA, Juan Carlos  
*Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Pág. 325.*

Tal declaración tácita de voluntad será determinada por la Administración sobre la base de los actos procesales positivos y concluyentes del interesado por los cuales invoca los efectos del acto cuya notificación es defectuosa (por ejemplo, si impugna válidamente una decisión mal notificada o presenta argumentos en contra de pruebas presentadas por la otra parte y que se omitieron acompañar en la notificación). En este sentido, consideramos que si frente a una falta de notificación o una notificación mal realizada, el administrado realiza actos procesales específicos (recursos, reclamos, apersonamientos) de cuyo contenido se aprecie el conocimiento del acto a notificarse, se sana cualquier vicio de la notificación defectuosa, a partir de la fecha que se desprenda que tuvo conocimiento del mismo. No basta el mero conocimiento informal de la actuación, sino que el propio administrado mediante actos positivos evidencie indubitablemente que de tal modo no se le ha ocasionado indefensión.

## **2. Sobre la falta de atención del pedido de United Disco efectuado en su recurso de apelación.**

Al respecto, el artículo IV numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, desarrolla el Principio del Debido Procedimiento, el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y a solicitar el uso de la palabra.

Así las cosas, la solicitud del uso de la palabra (denominado también informe oral) es una de las expresiones del principio del debido procedimiento; no obstante, dicho pedido deberá analizarse en concordancia con la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante las instancias del INDECOPI, estos órganos resolutivos podrán convocar o denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante resolución debidamente motivada.

Siendo ello así, por mandato específico de la mencionada norma, es potestad discrecional de los órganos del INDECOPI conceder dichas peticiones y consecuentemente citar a las partes de un procedimiento a informe oral, ya sea a pedido

de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la autoridad administrativa a convocar a estas a informe oral en todos los procedimientos de su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados; ello en tanto la realización de dichas diligencias resulte estrictamente necesaria para la resolución de los hechos controvertidos sometidos al conocimiento de la Administración.

Sobre ello, Barrera y Gamboa (2020) han indicado que:

La oralidad se materializa en los procedimientos administrativos a través del informe oral para que el administrado exponga sus argumentos de modo concreto, directo, colaborativo y celer, pues la autoridad obtiene de primera mano la información, logrando más que solo aclarar dudas sobre el caso, consagrando los principios de informalismo y colaboración.

Ahora bien, los informes orales se sujetan a las particularidades de cada expediente, esto es, “cuando corresponda”, sin que ello implique una denegatoria arbitraria, sino que se analice cuáles son los posibles efectos de la aplicación de la oralidad en el mismo, esto es si pueden agilizar el procedimiento o facilitar el entendimiento del caso debido a su complejidad, entre otras razones. (p. 311)

A ello debe agregarse que para los procedimientos administrativos sancionadores rige el Principio de Debido Procedimiento contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General; es decir, que los administrados pueden solicitar el uso de la palabra cuando corresponda. Lo cual, tal como lo señala Guzmán (2019), se confirma del fundamento 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04225-2006-PA/TC:

Todo ejercicio de la potestad administrativa debe observar lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley marco que regula los alcances de la actuación administrativa. El artículo IV de su Título Preliminar consagra, entre otros, el derecho al debido procedimiento, el cual determina que los administrados gozan de todos los derechos y garantías, como el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho. (p.38)

Respecto a ese punto, el principio de conservación del acto administrativo implica que *“los actos administrativos que adolecen de vicios que no impiden la existencia los elementos esenciales que son susceptibles de ser conservados, dentro de determinados parámetros.”* (Guzmán Napurí, 2013:369).

Dicho principio se ve en el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual contempla los supuestos en los que se señalan los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, como se puede ver a continuación:

**Artículo 14.- Conservación del acto**

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

Sin embargo, el concepto de conservación del acto no resultaría aplicable a la situación materia de análisis. En efecto, la falta de pronunciamiento sobre el pedido realizado por United Disco no constituye un vicio subsanable, en tanto que se configura la afectación al principio del debido procedimiento, atentando contra el derecho de

defensa de la empresa, debido a que los pedidos realizados por United Disco estaban orientados a que pudiera exponer sus argumentos de defensa contra la infracción que se le imputaba, a través del uso de la palabra y de la exhibición de la grabación realizada durante el operativo. Del mismo modo, el no considerar el primer pedido de United Disco de contar con equipo audiovisual para exponer dicha grabación podría configurarse como un supuesto de falta de motivación adecuada, porque la Autoridad Administrativa no consideró todos los pedidos realizados por parte de United Disco al momento de emitir su opinión, ni se le permitió cuestionar pertinentemente el contenido de la grabación. Debido a que contar con una motivación adecuada es uno de los pilares fundamentales de la validez del acto administrativo, dicha falta de pronunciamiento no calzaría dentro del supuesto de conservación del acto, porque nos encontraríamos ante un vicio insalvable.

De la revisión del expediente administrativo, se verifica que United Disco presentó: (i) el escrito del 9 de diciembre de 2004, con el cual presentó su recurso de apelación contra la resolución de primera instancia y, a su vez, **solicitó la exhibición de la grabación realizada en la diligencia de inspección del 23 de octubre de 2004**, a efectos de que pudiera exponer sus argumentos de defensa respecto del referido medio probatorio; y, (ii) el escrito del 8 de febrero de 2005, **solicitó a la Sala que le concediera el uso de la palabra** a fin de que pudiera exponer sus argumentos de defensa contra el hecho imputado en su contra.

**Respecto a esta última solicitud**, mediante Proveído N° 2 del 27 de junio de 2005, la Secretaría Técnica de la Sala atendió su pedido, citando a la proveedora denunciada a una audiencia de informe oral que se llevaría a cabo el 8 de julio de 2005, en las instalaciones del INDECOPI; no obstante, **respecto de la primera solicitud**: (a) la Secretaría Técnica de la Sala no atendió su pedido de manera expresa (esto es, haciendo alusión al pedido formulado el 9 de diciembre de 2004); y, (b) la Sala, mediante Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2005, no se pronunció sobre la solicitud de exhibición efectuada por United Disco, por el contrario, tan solo se limitó a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Si bien, de una valoración conjunta de ambas solicitudes se puede desprender que el pedido efectuado por United Disco era bastante semejante, en tanto que, de manera posterior a la citación de audiencia para la realización del informe oral, esta empresa requirió a la Sala la puesta a disposición de implementos adecuados para la reproducción de un video (siendo que incluso la finalidad de ambas solicitudes era que la administrada expusiera sus argumentos de defensa), lo cierto es que, conforme se puede observar del expediente, la referida reproducción y/o visualización solicitada no se llevó a cabo durante la audiencia programada sino tan solo la exposición de motivos de la denunciada por un lapso de tiempo de cinco (05) minutos y la contestación de la denunciada respecto a las preguntas formuladas por el Colegiado de la Sala.

En este punto, conviene traer a colación que el artículo 35° del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI señalaba que la actuación o denegación de una solicitud de informe oral presentada por una de las partes quedaba a criterio de cada Comisión; **lo cierto es que ello no facultaba a la autoridad de consumo a no pronunciarse respecto de dicha solicitud.**

En esa línea, resultaba claro que la denegatoria de un pedido de informe oral u otro pedido de similares características no involucraba una contravención al Principio del Debido Procedimiento, ni al Derecho de Defensa del administrado, en la medida que, conforme lo ha señalado en reiterada jurisprudencia de la Sala: (i) las disposiciones legales específicas sobre la materia otorgan la facultad a la autoridad administrativa de concederlo o no; y, (ii) las partes del procedimiento podían desplegar su actividad probatoria y de alegación, a través de la presentación de medios probatorios, alegatos e informes escritos, los mismos que serían debidamente evaluados al momento de resolver el caso en concreto.

Al mismo tiempo, el hecho de que el INDECOPI se haya expresado a favor del segundo

pedido no es una justificación para omitir pronunciarse respecto del primero, en tanto que el pronunciamiento sobre dicho pedido debía de ser realizado de manera explícita, lo cual no ocurrió en el presente caso. También, si bien es cierto que la actuación o denegación de una solicitud de informe oral quedaba a criterio de cada Comisión, ello de ningún modo facultaba a la Autoridad Administrativa a omitir el pronunciarse sobre el pedido, porque, como se ha señalado anteriormente, no es lo mismo facultar a las Comisiones a aceptar o denegar una solicitud de informe oral que facultarlas a no pronunciarse de manera expresa sobre la denegación o aceptación del pedido de exhibición del material audiovisual para poder analizar el video producto de la realización del operativo. En base al principio de legalidad, según el cual las autoridades administrativas deben de actuar en dentro de las facultades que les sean atribuidas, el INDECOPI solo podía pronunciarse concediendo o denegando la solicitud de informe oral, mas no podía omitir realizar un pronunciamiento expreso sobre el pedido de exhibición de la grabación realizada durante el operativo.

Entonces, bajo tales consideraciones, correspondía que la Sala se pronunciara de manera expresa sobre la denegación o no al pedido de United Disco efectuado mediante recurso de apelación, ya sea a través de la emisión de una resolución de trámite o la resolución final, en tanto que, de lo contrario, este pronunciamiento final podía devenir en una falta de motivación adecuada respecto a la omisión de atención de su solicitud, y consiguientemente, una afectación al derecho de defensa de United Disco.

## **CUESTIONES MATERIALES**

### **3. Sobre la competencia del INDECOPI para realizar las diligencias de inspección en los establecimientos comerciales de los proveedores investigados.**

El artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece, entre otros puntos, el Principio del Debido Proceso y su análogo de *procedimiento* para cuestiones Administrativas o Penales como garantía de la función jurisdiccional, precisando su observancia en todas las instancias del proceso. Del mismo modo, el Artículo I del

Título Preliminar del Código Procesal Civil (norma que resulta de aplicación supletoria en estos procedimientos), también reconoce el derecho al debido proceso.

Así, el Principio al Debido Procedimiento, consagrado en el artículo IV inciso 1.2 del Título Preliminar de la otrora vigente Ley del Procedimiento Administrativo General refiere que la autoridad administrativa tiene la obligación de motivar las resoluciones y actos administrativos emitidos, exponiendo las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión adoptada y pronunciándose sobre los pedidos y alegatos expuestos por las partes a lo largo del procedimiento.

Sobre el particular, Rojas (2011) ha señalado que:

El debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que, de acuerdo con la sentencia apuntada anteriormente, requiere de un control material que verifique el contenido de una decisión que se apege a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico. (p. 184)

De otro lado, respecto a las facultades de supervisión de las Secretarías Técnicas de la Sala y la Comisión, el artículo 2º literal c) del Decreto Legislativo N° 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI establece lo siguiente:

Artículo 2º.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

(...)

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de

locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

Adicionalmente, el artículo 32° del referido decreto, dispone que en caso fuera necesaria la realización de una inspección, esta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por este o por la Comisión para dicho efecto y que en dicha 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.

De la revisión de los actuados en el presente procedimiento administrativo, se aprecia que, para efectos de llevar a cabo la diligencia de inspección programada para el 23 de octubre de 2004, la Secretaría Técnica de la Comisión delegó facultades de supervisión al Área de Fiscalización del INDECOPI, quienes efectuaron el operativo acorde a la metodología elaborada por la primera instancia (uso de tres (03) parejas que acudirían al establecimiento comercial de la denunciada como consumidores incógnitos).

Respecto de la diligencia de inspección materia de controversia, uno de los cuestionamientos vertidos por United Disco se encontraba referido a que en dicha diligencia únicamente se observó la participación de dos (02) parejas cuando, de la revisión de la grabación efectuada ese día, se visualizaba la presentación de tres (03) parejas con motivo de la inspección, razón por la cual se deducía que la tercera pareja sí había logrado ingresar a su establecimiento comercial “Aura” en Miraflores.

Al respecto, la Comisión incidió que la participación de esa tercera pareja no resultó ser necesaria, en la medida de que, para ese momento, los supervisores ya habían verificado la comisión de la conducta infractora (actos de discriminación) por parte del personal de seguridad de United Disco. En este punto, cabe agregar que el referido argumento fue soslayado, a su vez, en el pronunciamiento emitido por la Sala (Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2005). La fiscalización pudo realizarse de manera adecuada sin que resultase necesaria la

participación de la pareja N° 3, pues el supuesto hecho discriminatorio ya había sido configurado, haciendo que la participación de la tercera pareja carezca de sentido.

Ahora, a mi consideración, aun cuando ya no resultaba elemental la participación de una tercera pareja (cuyas características y/o rasgos eran similares a los de la pareja N° 1, esto es, rasgos mestizos), lo más lógico hubiese sido dejar constancia de ello, toda vez que: (i) conforme se observaba de la grabación realizada en la diligencia de inspección, estos fueron presentados preliminarmente como la tercera pareja del operativo, no efectuándose, en dicho momento, ninguna precisión que su participación podía ser omitida por algún factor o circunstancia ajeno al operativo o alguna disposición repentina del área encargada del operativo; y, (ii) resultaba congruente deducir que, en tanto, al momento de levantar el Acta de Inspección en el local de la denunciada, la tercera pareja no se encontraba presente, esta pudo encontrarse dentro de su establecimiento comercial.

Es en base a ello que, a mi parecer, al momento de elaborar el Acta de Inspección, debió haberse consignado que ya no resultaba necesaria la participación de la tercera pareja (que presentaba rasgos y/o características controvertidas), pues con la participación de la pareja N° 1 y N° 2 ya se había logrado detectar la conducta discriminatoria. Así, como parte de una eficiente actividad de Fiscalización, se debió haber consignado que la tercera pareja permaneció fuera del local de la discoteca “Aura”, sin manifestar su intención de ingresar a dicho establecimiento comercial, en tanto que su participación, para ese momento, ya no resultaba necesaria. De ese modo, United Disco no podría haber cuestionado la falta de participación de la tercera pareja durante el operativo

Así pues, conforme se ha indicado en reiterada jurisprudencia emitida por la Sala (por ejemplo, la Resolución N° 2298-2018/SPC-INDECOPI del 5 de setiembre de 2018), la inspección es el medio probatorio fidedigno e idóneo por excelencia que posee la autoridad para verificar las infracciones cometidas por los administrados, levantando, una vez finalizada la diligencia, el acta correspondiente en la que se dejará constancia

de los hechos verificados. De presentar el proveedor alguna objeción contra lo consignado en el acta, tiene el derecho de formular observaciones y que estas figuren en el documento, como constancia de la versión del investigado.

Asimismo, resulta pertinente indicar que, la realización de una inspección es un mecanismo a través del cual la autoridad verifica cuáles son las reales condiciones en las que el proveedor presta sus servicios y, en consecuencia, determina la eventual comisión de infracción a las normas de protección al consumidor. La inspección facilita el apreciar cómo se presta el servicio en un espacio común, habitual y natural, permitiendo apreciar de una forma más orgánica la existencia o no de infracciones, lográndose una protección más eficiente de los derechos de los consumidores.

Finalmente, en el marco normativo actual, el TUO LPAG, en su artículo 241 dispone que la Administración Pública ejerce su actividad de fiscalización con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados, adoptando las medidas necesarias para obtener los medios probatorios idóneos que sustenten los hechos verificados. Entre los principales deberes de la Autoridad Administrativa se pueden encontrar los siguientes: identificarse a requerimiento de los administrados, citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, entre otros más.

Entonces, es importante notar que la actividad de Fiscalización ha mutado a través del cambio normativo del Decreto Legislativo N° 1272 promulgado en el año 2016, que incluyó en el TUO LPAG, a través de su artículo 5°, el cual incorpora el Capítulo II del Título IV, llamado La Actividad Administrativa de Fiscalización. Por último, entre otros cambios importantes, se incluyó en el artículo 239, la definición de la Actividad de Fiscalización. En dicha definición, se supera una problemática que había estado presente antes de la modificación del año 2016, que constituía la diferencia entre la actividad de supervisión y la actividad de fiscalización. Es a través de la elaboración del concepto de actividad de fiscalización que este ha sido equiparado a la actividad de supervisión. Ello en tanto que se ha señalado en la Ley N° 27444, que la actividad de fiscalización comprende a la actividad de supervisión. Así, mediante el cambio

normativo del año 2016, se zanjó a través de la vía legislativa la controversia respecto a si la actividad de supervisión es diferente de la actividad de fiscalización. Es importante tener en cuenta estos cambios normativos porque nos permiten apreciar la evolución del cuerpo normativo a través del tiempo, teniendo la actividad de fiscalización su propio capítulo, mediante el cual se desarrolla normativamente todo lo relacionado a ello, y su naturaleza jurídica. Además, equiparar los conceptos de fiscalización y supervisión evita que se continúen con discusiones y debates doctrinarios respecto a la naturaleza jurídica de dichos términos.

**4. Sobre la falta de motivación del análisis de graduación de la sanción efectuado por las instancias administrativas.**

La Ley del Procedimiento Administrativo General, establece lo siguiente sobre la motivación como requisito de validez en los actos administrativos:

**Artículo 3°- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

**Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)

Además, la doctrina peruana refiere el siguiente análisis:

El incumplimiento de la motivación administrativa puede dar lugar a consecuencias sobre los actos administrativos mismos y sobre las autoridades que los emiten. La consecuencia sobre los actos es la nulidad (cuando se omita la motivación o ella revele

contravención legal o normativa) o la necesidad de dictar un nuevo acto para enmendarlo (en caso de motivación incongruente, imprecisa, insuficiente o parcial). Adicionalmente, la infracción del deber de motivación conlleva la responsabilidad administrativa para el autor del acto. (Morón, 2019:244)

Como se puede desprender de dicha cita, la motivación del acto administrativo tiene tal importancia, que, de no ser adecuada, puede traer como consecuencia la nulidad del acto administrativo o la necesidad de que se dicte un nuevo acto administrativo, pues no se admite la existencia de un acto administrativo con una motivación “a medias”.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional -en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini recaído en el Expediente N° 1774-2005-PA/TC- desarrolló el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación:

- a) “Inexistencia de motivación o motivación aparente. – (...) viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del procedimiento, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico (...).
- b) Falta de motivación interna del razonamiento. – (...) La falta de motivación interna del razonamiento puede expresarse en dos dimensiones: La primera se identifica con el control de validez de una inferencia a partir de las premisas que el juez establece previamente en su decisión. La justificación interna, como bien lo precisa Manuel Atienza, es tan solo cuestión de lógica deductiva. (...). Una segunda dimensión (...), está referida a la coherencia narrativa del juez al pronunciar su decisión. En este caso, el control constitucional rechaza el discurso absolutamente confuso que es incapaz de transmitir las razones de modo coherente en torno a la decisión que se ha tomado.

Se trata, en ambos supuestos, de ubicar el ámbito constitucional de la debida motivación en el control de los argumentos en función de la decisión asumida por

el Juez o Tribunal, sea desde una perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

- c) Control de la motivación externa, justificación de las premisas. – (...), el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, (...) donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. (...) Hay que precisar, en este punto, que no se trata de reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de la prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos, bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos, bien, tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso.
- d) La motivación insuficiente. - (...) Esta se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Se trata de un concepto ambiguo, de naturaleza indeterminada, que requiere por ello ser delimitado en cada caso concreto. Si bien, como ha establecido el Tribunal Constitucional, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia vista aquí en términos generales solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional, si la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. (...)
- e) La motivación sustancialmente incongruente. - El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). (...) El incumplimiento total de dicha obligación, (...) o el desvío de la decisión del marco del debate judicial generando indefensión,

constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)

- f) Motivaciones cualificadas. – (...) resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión, como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal. (Fundamento 11)”

La debida motivación es, entonces, uno de los pilares más importantes del acto administrativo, es un requisito de validez del mismo y es incluso un derecho constitucionalmente protegido. Nuestro ordenamiento no admite ni consiente que se atente contra dicho derecho a través de la falta de motivación, a través de una motivación insuficiente o de incluso, a través de una motivación incongruente.

En el presente caso, la discusión versa sobre la falta de una debida motivación respecto a la graduación de la sanción de 35 UIT que fue impuesta a la empresa United Disco en la Resolución Final N° 1255-2004-CPC en primera instancia y confirmada por la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI en segunda instancia. No se expresó de manera clara la fundamentación detrás de la sanción que fue impuesta.

De acuerdo con el autor Guzmán Napurí, respecto a la graduación de la sanción, *“existen diversas normas especiales que al regular el procedimiento administrativo sancionador correspondiente estableciendo un conjunto de criterios adicionales a los que trata la Ley del Procedimiento Administrativo, como, por ejemplo, los procedimientos que se tramitan ante el INDECOPI”* (Guzmán Napurí, 2019:41)

En el caso de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece en el artículo 230, que se encontraba vigente en el año 2004, el principio de razonabilidad en lo que respecta a la sanción aplicable:

### **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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

(...)

La Ley de Protección al Consumidor – Decreto Legislativo N° 716, señalaba en sus artículos 41° y 42° las sanciones a imponerse a los infractores en el marco de un procedimiento administrativo, así como la aplicación y criterios de graduación de la sanción:

Artículo 41.-Las sanciones a imponerse a los infractores como consecuencia de un procedimiento administrativo, son las siguientes:

a.-Advertencia.

b.- Multa hasta un máximo de cien (100) UIT

c.- Decomiso y remate de la mercadería.

d.- Destrucción de mercancías, envolturas y/o etiquetas.

e.- Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 días.

Artículo 42.- La aplicación y la graduación de la sanción será determinada por la Dirección General de Defensa del Consumidor del Sector Comercio Interior del Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración, **de acuerdo con la escala a la que se refiere el artículo anterior atendiendo a la intencionalidad del sujeto activo de la infracción, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor por razón del hecho infractor y la reincidencia o reiterancia del proveedor.** (El subrayado es propio)

Actualmente, el artículo 112° del Código de Protección y Defensa del Consumidor dispone como criterios de graduación, entre otros, los siguientes:

- El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
- La probabilidad de detección de la infracción.
- El daño resultante de la infracción.
- Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
- La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.

Adicionalmente, en dicho cuerpo normativo el legislador desarrolló también un listado de circunstancias agravantes y atenuantes especiales, las cuales son aplicadas dependiendo de las peculiaridades del caso materia de análisis por la Autoridad Administrativa.

Dicho lo anterior, cabe precisar que el INDECOPI no se encuentra obligado a tomar en consideración la totalidad de los criterios indicados en la referida norma sino los que considere pertinentes a las particularidades del caso; ello, puesto que, de la lectura del artículo 112° de la Ley del Consumidor, se advierte que al graduar la sanción “*el INDECOPI puede tener en consideración*” los criterios indicados en el mencionado cuerpo normativo.

De otro lado, sobre la función de la Administración Pública al momento de sancionar, Gómez, Isla y Mejía (2010) mencionan lo siguiente:

La ventaja de utilizar una determinada metodología no sólo es generar predictibilidad respecto de la actuación de la Autoridad Administrativa, sino que la obliga a fundamentar con mayor rigor y detalle el tipo y monto de la sanción a imponer, evitándose decisiones absolutamente discrecionales. (p. 141)

Entonces, tal como se ha señalado en líneas anteriores, la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge el Principio de Razonabilidad, según el cual la

autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. Como parte del contenido implícito del Principio de Razonabilidad, se encuentra el Principio de Proporcionalidad, el cual supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.

La redacción vigente del artículo 248 inciso 3 en el TUO LPAG, que trata sobre los principios de la potestad sancionadora administrativa, incorpora criterios para la graduación de la sanción aplicable, los cuales son señalados a continuación:

**Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

De la lectura de la Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre de 2004, se aprecia que el órgano resolutorio de primera instancia consideró que la imposición de una multa de 35 UIT a la empresa United Disco era la más idónea, en tanto, la conducta verificada en la diligencia de inspección del 23 de octubre de 2004 era una práctica discriminatoria (argumento que fue confirmado por el órgano resolutorio de segunda instancia, mediante Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2005). No obstante, ambas instancias administrativas no motivaron adecuadamente los criterios y/o las circunstancias (atenuantes o agravantes) en las cuales se basaron para determinar la imposición de dicha multa.

INDECOPI señaló respecto de la sanción a imponer, que debe de tener una concordancia con el bien jurídico que se pretende proteger, en tanto que los actos discriminatorios vulneran el derecho de los consumidores y la dignidad de la persona humana, lo cual trae como consecuencia un alto daño a la sociedad, tanto en el aspecto humano como en el aspecto económico. Sin embargo, hacer mención al daño que se hace a la dignidad humana y, por consiguiente, el daño que se hace a la sociedad, no es en sí un criterio de graduación de la sanción. Puede ser considerado un agravante, pero de la redacción de la Resolución de primera instancia, no se desprende ello.

Así, la redacción de la Resolución N° 1255-2004-CPC no fijó de modo adecuado los criterios o circunstancias que se hayan configurado como atenuantes o agravantes más allá de la magnitud del daño que la conducta discriminatoria llevada a cabo por la empresa United Disco. En el caso de la Resolución 0939-2005/TDC-INDECOPI, tampoco se fijaron de modo adecuado dichos criterios, razón por la cual la motivación de la sanción de 35 UIT impuesta carece de una debida motivación, que sea clara y suficiente.

Sin embargo, si bien conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, el INDECOPI no tenía la obligación de utilizar la totalidad de los criterios de graduación esgrimidos en el referido cuerpo normativo, lo cierto es que la Autoridad Administrativa sí tenía la obligación (o deber) de fundamentar su decisión de imponer una determinada multa (en el caso que nos ocupa, la multa de 35 UIT por infracción del artículo 7-B de la Ley del Consumidor). Entonces, incluso cuando el INDECOPI no tenía la obligación de emplear todos los criterios de graduación, la aplicación de dichos criterios hubiese ayudado a tener una fundamentación más completa para la sanción que resultó aplicable a la empresa United Disco. Una fundamentación adecuada forma parte del derecho a la debida motivación, y se ve reflejada en el derecho de defensa de los administrados, dado que uno solo puede defenderse si conoce y entiende cuál infracción se le imputa, las razones detrás de dicha imputación, la sanción que se le pretende aplicar y las razones detrás de la aplicación de dicha sanción.

En este punto, conviene traer a colación que Rubio (2005) ha indicado que:

El Tribunal [Constitucional] ha tratado diversos aspectos de detalle vinculados con el derecho y el principio de defensa. Los que estimamos más importantes son los siguientes:

(...)

- La motivación de las resoluciones es esencial para el principio de defensa. Cuando ella no aparece, se produce indefensión en las resoluciones respectivas. (p. 138)

Entonces, como se ha señalado, bajo tales supuestos, la Autoridad Administrativa debió basar la sanción en ciertos criterios, tales como: (i) la probabilidad de detección de la conducta infractora; y, (ii) los efectos negativos generados en el mercado. Ello en tanto que fundamentar de manera adecuada constituye una forma de debida motivación, que al mismo tiempo respeta el derecho de defensa del administrado porque comprende a cabalidad las razones detrás de la multa que le fue impuesta.

Respecto al criterio (i), la probabilidad de detención se encuentra definida como la posibilidad o el momento en el cual la Autoridad Administrativa detectara la comisión de una o más infracciones. Así, determinados autores establecieron la siguiente distinción sobre el referido criterio:

Las infracciones con alta probabilidad de detección son aquellas en donde la autoridad las va a identificar con facilidad, debido a la labor de fiscalización o a las denuncias presentadas por los consumidores. Ejemplo de ellas son los incumplimientos de los mandatos de las resoluciones finales emitidas por la Comisión (por ejemplo, el incumplimiento de medidas correctivas y del pago de las liquidaciones de costas y costos ordenadas).

Por su parte, las infracciones con baja probabilidad de detección son aquellas que resultan muy difícil de ser detectadas por la autoridad, sea porque significan el empleo de informes periciales, largas investigaciones, desplazamiento de la autoridad en diligencias de inspección, o porque los consumidores no las detectan con facilidad o

porque les resulta más costoso (en términos de tiempo y búsqueda) denunciar al proveedor. (Gómez, Isla y Mejía, 2010: 140 - 141)

Por tal motivo, estimo que la probabilidad de detección de la conducta verificada era baja, en tanto que la Secretaría Técnica de la Comisión delegó facultades al Área de Fiscalización del INDECOPI para que efectuara una diligencia de inspección, a través de la cual se cotejara si, en efecto, la empresa United Disco incurría o no en prácticas discriminatorias que vulneraban la Ley del Consumidor. Estas prácticas, además, podían camuflarse muy fácilmente detrás de un pretexto establecido por la empresa, respecto a que su conducta no constituía una infracción al deber de no discriminación, sino que se basaba en una distinción por motivos objetivos: ser socio de la discoteca “Aura”, ser invitado de un socio de la discoteca, o tener la condición de turista extranjero.

Así, tratándose de un supuesto de discriminación basado en razones subjetivas e injustificadas, las cuales se encontraban **ocultas detrás del pretexto alegado por United Disco sobre que se trataba de un local de acceso restringido al público**, el hecho que en la práctica se permitiese el paso libre a personas de ciertas características raciales que no fueran ni socios, ni invitados ni turistas extranjeros, es de difícil probanza. Debido a que el trato discriminatorio se encontraba disimulado bajo la simulación del local de acceso restringido, fue necesaria la realización del operativo del INDECOPI para que se revelara que, en efecto, se trataba de una simulación para encubrir un trato discriminatorio, pues la conducta, en realidad, no hubiera sido sencilla de probar por un consumidor común al que se le hubiera negado el acceso al local.

De otro lado, respecto al criterio (ii), los efectos negativos generados en el mercado consisten en la desconfianza generada a los consumidores, debido a que estos podrían considerar que el hecho cuestionado en el presente procedimiento era una conducta regular de parte de los proveedores que tenían un establecimiento comercial (discoteca o similar) abierto al público.

Aunado a ello, se ha verificado que la conducta acarreada por United Disco había generado un daño que afectó gravemente el interés colectivo o difuso de los consumidores, en este caso las personas con rasgos mestizos que hayan acudido a su establecimiento comercial durante los años en los que ejercía su actividad económica, considerando que la empresa se reafirmó en todo momento que su política de atención al público siempre fue así (acceso restringido únicamente para personas que cumplieran con sus requisitos y/o estándares establecidos en su reglamento), a tal punto que dicha práctica se encontraba totalmente normalizada tanto por el personal de seguridad como por el personal de boletería.

La misma Resolución N° 1255-2004-CPC señaló que, al incurrir en prácticas discriminatorias, se vulneró el derecho de los consumidores, siendo afectada, a su vez, la dignidad de la persona humana, lo cual tiene serias consecuencias en la sociedad, constituyendo una conducta irracional de quien los realiza y que carece de justificación alguna. Se genera, entonces, una desconfianza generalizada en la sociedad respecto de este tipo de establecimientos de esparcimiento, pues posibles futuros consumidores podrían evitar tratar de acceder a un tipo de local específico (por ejemplo, discotecas del distrito de Miraflores), a fin de no vivir un momento incómodo, una experiencia negativa y contraproducente, que atente contra su dignidad como persona. La afectación generada por el trato discriminatorio tiene, entonces, un serio impacto en el modo en el que nos relacionamos como sociedad, pues perpetúa la problemática de la discriminación, y de esta práctica como una forma de violencia psicológica que fomenta la desunión de los peruanos, el trato denigrante de las personas por sus rasgos raciales y el daño que esta clase de conductas genera en la dignidad de la persona.

Posteriormente, la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI hace mención a que la finalidad de la sanción es disuadir a los administrados de ciertas conductas. También señala que, para lograr la finalidad disuasoria, es de suma importancia que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio obtenido. Dicho criterio deberá estar acompañado de qué tan difícil es detectar la infracción. La finalidad de la sanción contra la empresa United Disco era desincentivar que se perpetúen estas prácticas

discriminatorias en la discoteca “Aura”, así como en otros establecimientos que presten un servicio similar. También, al ser una conducta disfrazada detrás de una supuesta restricción basada en causas objetivas y justificadas (acceso reservado a socios, invitados de socios y turistas extranjeros), probarla resultaba sumamente difícil, lo que debe de verse reflejado en una sanción que efectivamente logre disuadir a las discotecas y centros de esparcimiento, de realizar prácticas discriminatorias ocultas bajo el supuesto de “reservar el derecho de admisión”.

Dichos criterios, si bien no constituyen una graduación de la sanción per sé, pueden llevarnos a la conclusión que nos encontramos ante una infracción grave por parte de United Disco, siendo una conducta sumamente dañina para la sociedad como un conjunto, tanto en el aspecto humano como el aspecto económico, además de no ser detectable a simple vista, pues este tipo de infracciones suelen estar ocultas detrás de pretextos o simulaciones de que la conducta discriminatoria en realidad no es tal, sino que solo constituye un trato diferenciado, justificado y basado en razones objetivas. Además, se trata de una conducta que atenta de lleno contra el trato digno de los consumidores, especialmente contra aquellos potenciales consumidores a los que ni siquiera se le permitió el acceso al local de la discoteca “Aura”.

En consecuencia, es pertinente mencionar que los criterios y/o elementos establecidos y desarrollados por la Administración deben guardar plena armonía con los principios administrativos establecidos en la normativa sobre procedimientos administrativos y/o sancionadores, tales como el de Razonabilidad, Proporcionalidad y Predictibilidad; por tanto, considerando que la multa en casos de discriminación podía oscilar como una infracción grave, esto es, entre los 50 UIT y los 150 UIT, conforme lo señalaba el artículo 110° de la Ley de Protección al Consumidor, correspondía que la Comisión hubiese sancionado a la denunciada con una multa mayor a 35 UIT.

A modo de acotación, en otras denuncias sobre discriminación el órgano resolutorio de segunda instancia –de manera posterior a la emisión de la del presente caso– ha impuesto multas de 50 UIT como máximo en atención a la conducta detectada, como

por ejemplo: la Resolución 3246-2016/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2016, en el procedimiento seguido por los señores David Castillo Hidalgo y Clara Yuliana Criollo Gálvez contra Clínica San Pablo; la Resolución 3167-2017/SPC-INDECOPI del 6 de noviembre de 2017, en el procedimiento seguido por Joseph Kevin Iván Saucedo Sánchez contra Inversiones Vacarli S.A.C.; entre otras.

En un caso más reciente, a modo de ejemplo, sobre la determinación de la sanción, el Expediente N° 955-2018/CC2, que declaró infundada la denuncia en primera instancia, luego de lo cual la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI (la SPC) revocó dicho pronunciamiento mediante la Resolución N° 2758-2019/SPC-INDECOPI del 4 de octubre de 2019 (Caso de discriminación por motivos de sexo en el restaurante La Rosa Náutica), en la cual se puede apreciar que, en miras de imponer una sanción ejemplar, a efectos de desincentivar que otros proveedores incurran en tan grave infracción, corresponde imponer a La Rosa Náutica una multa de 50 UIT, por incurrir en prácticas discriminatorias por razón de sexo. Este caso, al igual que el previamente citado, ayudan a ilustrar que un caso de discriminación implicaría, incluso, una multa mucho mayor a la contemplada por el INDECOPI en el caso materia de análisis.

Por último, resulta pertinente precisar que, en razón de la prohibición de la reforma en peor o *reformatio in pejus* establecida en el numeral 3 del artículo 237° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (a saber, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado), la Sala –al momento de efectuar su análisis sobre la graduación de la sanción impuesta– no podía agravar la multa impuesta a United Disco; por lo que dicha instancia administrativa únicamente podía confirmar la sanción impuesta por la primera instancia o reducir la misma.

Debido a ello, la sanción administrativa se mantuvo en los 35 UIT establecidos en primera instancia, incluso si del análisis realizado por el INDECOPI se podría concluir

que la infracción aplicada a la empresa United Disco en realidad era grave, correspondiendo un monto mayor de multa.

#### **5. Sobre la inadecuada medida correctiva de oficio ordenada por las instancias administrativas.**

A modo de recuento, dentro de la Ley de Protección al Consumidor, el legislador no había determinado específicamente las medidas correctivas que la Autoridad Administrativa podía utilizar, sino que, por el contrario, había determinado la interpretación de ordenar una medida correctiva al proveedor denunciado era una general, tal como se puede inferir en el siguiente extracto:

Al año siguiente, en el 2001 entró en vigencia la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que incluye por primera vez en su artículo 232.1 la facultad general de la Administración Pública de exigir “la reposición de la situación alterada por el [administrado infractor] a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente”. Hasta entonces, la obligación de restituir las cosas a su estado anterior había sido confundida con las sanciones que anteriormente podían dictarse simultánea o alternativamente. (Boulangger-Atoche, 2015: 42)

Adicionalmente, Morón (2011) refiere que: “*La doctrina es unánime en manifestar que la medida correctiva no posee una naturaleza sancionadora, dado que le es ajena la finalidad aflictiva*”. (p. 136)

Por su parte, con la entrada en vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se divide las medidas correctivas en dos tipos: (i) las reparadoras y (ii) las complementarias, siendo la finalidad de la primera la de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción acarreada por el proveedor, mientras que la segunda, la de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

Sobre estas mismas, Espinoza (2010) indica que:

No se debe olvidar que la función del resarcimiento (indemnización) en manera específica no se agota en el hecho que las cosas vuelvan a su estado anterior, sino que incluye supuestos dirigidos a aliviar o satisfacer la situación del dañado, por el contrario, la medida correctiva es una sanción administrativa que busca (sólo) tratar que las cosas vuelvan al estado anterior. No hay usurpación de funciones del Poder Judicial: tan cierto es ello que cualquiera de las partes involucradas podría contradecir judicialmente, agotada la vía administrativa previa, el mandato de cumplir con la medida correctiva. (p. 169)

De la lectura de la Resolución N° 1255-2004-CPC del 24 de noviembre de 2004, se advierte que –a consideración de la Comisión– la medida correctiva de oficio idónea, a efectos de que conductas como la sancionada no volvieran a ocurrir consistió en lo siguiente:

*“United Disco se abstuviera de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneraran los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implicara la selección de clientela sin que mediara causas objetivas y/o justificada”*

(Medida correctiva que quedó consentida en segunda instancia, la cual tampoco fue modificada de oficio)

Si bien a través de dicha medida correctiva la Comisión pretendía que la empresa United Disco no incurriera nuevamente en actos discriminatorios similares al verificado a efectos de que las expectativas de los consumidores no se vieran defraudadas con los mismos; a mi criterio, esta medida correctiva no connotaba necesariamente una actuación inmediata, puesto que, en tanto no se encontraba determinada por un plazo de tiempo (ya sea computados en días o meses), cabía la posibilidad de que el proveedor denunciado no implementase mecanismos efectivos para la erradicación de dichos actos.

Siendo que la medida correctiva debe de ser establecida de manera imperativa, y su finalidad en este contexto, estaba en evitar que la conducta se volviera a cometer en un futuro, evitando la permanencia de la infracción al deber de discriminación y la conducta dañina contra la dignidad de la persona que había sido normalizada por la empresa United Disco, el modo en el que había sido fraseada por la Autoridad Administrativa dejaba mucho qué desear. La redacción de la misma daba más la idea de tratarse de una sugerencia y no de un mandato, sin establecer un tiempo máximo para su realización, incluso pareciendo que se le otorgaba a United Disco la posibilidad de cumplir con la medida correctiva cuando mejor le pareciera y del modo en el que quisiera. Con tanta libertad para la empresa sancionada, no se puede garantizar de modo alguno el cumplimiento de la medida correctiva ni del cese inmediato de la conducta dañina, manteniendo en el tiempo tal conducta y, por consiguiente, el daño que se generaba a través de la misma a la dignidad de la persona, a la sociedad y al ámbito económico (a través del desincentivo que las conductas discriminatorias generan en los consumidores).

Así pues, la imposición de oficio de dicha medida correctiva no era la más adecuada, más aún si es que no se le había indicado a la parte denunciada (United Disco) que tenía la obligación de acreditar el cumplimiento de la referida medida correctiva, por lo que podía colegirse que su imposición no implicaba un mandato como tal, sino una recomendación (supuesto que desnaturalizaba la finalidad de las medidas correctivas).

Sin establecerse un mecanismo mediante el cual la empresa sancionada pudiera demostrar efectivamente que cumplió con la medida correctiva impuesta por la Autoridad Administrativa, no había forma de concluir que la conducta dañosa finalmente había terminado y que no se volvería a configurar en un futuro, quitándole efectividad a la medida correctiva y, por tanto, quitándole también su razón de ser. El INDECOPI, entonces, se arriesgaba a que en la práctica, se mantuviera el trato discriminatorio en el funcionamiento de la discoteca, afectando a un número diverso de nuevos potenciales consumidores a los que se les vuelva a negar el ingreso por motivos subjetivos e injustificados, y que merezca la participación de la Autoridad

Administrativa en una nueva inspección para detectar si efectivamente se dio el cese definitivo de dichas prácticas discriminatorias. Llevar a cabo una nueva inspección generaría un gasto innecesario de recursos y de tiempo en una problemática supuestamente ya zanjada, en la que el INDECOPI ya había determinado una sanción y una medida correctiva para evitar que dicha conducta se volviera a manifestar.

Al no establecer un plazo máximo, la empresa United Disco podría haber alegado que, al no tener un plazo máximo para abstenerse de llevar a cabo prácticas discriminatorias y lesivas de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas, podría alegar que todavía estaba en proceso de implementación de las nuevas políticas antidiscriminación, por lo que aún se encontraba dentro del proceso de implementación de lo dispuesto por la medida correctiva, no habiendo incumplido la disposición del INDECOPI, mientras aún se perpetúa la conducta lesiva.

Por el contrario, considero que una medida correctiva idónea que la Autoridad Administrativa podía ordenar a la empresa United Disco era que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados desde notificada la resolución, cumpliera con capacitar a todo el personal de su establecimiento comercial “Aura”, ubicado en el distrito de Miraflores, a fin de evitar situaciones similares al hecho infractor verificado. A ello debe agregarse que el cumplimiento de dicha medida correctiva por United Disco debía ser puesto en conocimiento del órgano resolutorio de primera instancia –la Comisión– para verificar que, en efecto, los proveedores sancionados adecuaban sus actuaciones al marco normativo correspondiente (a saber, la Ley de Protección al Consumidor).

La medida correctiva que fue impuesta a la empresa United Disco actualmente sería una medida correctiva complementaria, porque pretende que no se vuelva a cometer la acción lesiva y dañina. Pero del modo en el que había sido propuesta por la Autoridad Administrativa no se reflejaba cómo se podía garantizar de manera efectiva que no se vuelva a configurar. La medida correctiva que he propuesto, en su lugar, habla de acciones más concretas, más claras y más específicas de cómo lograr que la conducta

lesiva no vuelva a configurarse. De ese modo, se podrían llevar a cabo acciones claras para garantizar que no se vuelvan a cometer actos discriminatorios, que sean efectivamente comprobables por el INDECOPI y que demuestren que se está trabajando activa y adecuadamente en evitar que se continúen con las prácticas discriminatorias. Al mismo tiempo, se determinaría un plazo establecido por la medida correctiva, que deje entrever si efectivamente se está trabajando para evitar que la conducta generadora de la infracción se mantenga. Y cumplido ese plazo, la Autoridad Administrativa puede acercarse y comprobar que se haya inscrito a los trabajadores de la discoteca “Aura” en cursos de sensibilización, que acaben de una vez por todas con la práctica normalizada de discriminar a las personas que quieran entrar a la discoteca a divertirse, únicamente por motivos raciales.

Otra medida correctiva que pudo haberse implementado por parte de la Autoridad Administrativa para que United Disco cesara con sus prácticas discriminatorias y se asegurara que no volvieran a cometerse en un futuro sería el colocar un letrero en la entrada, mediante el cual se indique que las prácticas discriminatorias están prohibidas y no se encuentran en línea con las políticas, principios y opiniones de la empresa. Actualmente dichos letreros han sido implementados en locales de atención al público a través de Ordenanzas Municipales, mediante las cuales se señala que se encuentra prohibido el trato discriminatorio a posibles consumidores por motivos de raza, género, origen, posición socio económica, orientación sexual, etc. en locales como centros comerciales, restaurantes, tiendas, centros de esparcimiento, discotecas, cines, entre otros.

Colocar un letrero que indique que está prohibido restringir el ingreso a un local por motivos fundados en razones discriminatorias, o el establecer un plazo específico para llevar a cabo capacitaciones y clases de sensibilización para los trabajadores de boletería y de seguridad, son medidas claras y concretas que facilitan supervisar su cumplimiento, para evitar que vuelvan a configurarse en un futuro cercano. La medida correctiva impuesta por el INDECOPI resultó, en su momento, demasiado imprecisa, por lo que es difícil determinar qué tan efectiva resultó. Finalmente, el no establecer un

plazo máximo de tiempo para dar cumplimiento a dicha medida pareciera reflejar que la medida en realidad no era tan urgente y la infracción no era tan dañina para la sociedad. Establecer plazos máximos es una forma de reflejar la urgencia de llevar a cabo las medidas correctivas, del mismo modo que establecer medidas concretas que eviten que vuelva a configurarse la conducta lesiva es una forma de demostrar la importancia de que este tipo de trato no vuelva a presentarse en un futuro, por lo extremadamente negativo que resultaría mantener en la sociedad esta clase de actitudes y políticas excluyentes que solo promueven la desunión de nosotros como país.



## V. CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente informe se identificaron cinco (05) problemas jurídicos, dos (02) de naturaleza procesal y otros tres (03) de naturaleza sustantiva, tales como se puede verificar a continuación:

- (i) La notificación defectuosa de la resolución de primera instancia dirigida a United Disco.
- (ii) La falta de atención del pedido de United Disco efectuado en su recurso de apelación.
- (iii) La competencia del INDECOPI para realizar las diligencias de inspección en los establecimientos comerciales de los proveedores investigados.
- (iv) La falta de motivación del análisis de graduación de la sanción efectuado por las instancias administrativas.
- (v) La inadecuada medida correctiva de oficio ordenada por las instancias administrativas.

En relación con el primer problema, conviene precisar que las partes de un procedimiento administrativo deben estar debidamente notificadas con todas las actuaciones administrativas emitidas, para lo cual las partes procedimentales debieron haber consignado –de manera preliminar– un domicilio procesal donde se les notificaría todos los actos administrativos. Así pues, en el caso que nos ocupa, United Disco consignó como domicilio procedimental, el ubicado en Las Acacias N° 274, urbanización Armendáriz – Miraflores.

De la revisión de la cédula de notificación de la Resolución N° 1255-2004-CPC de fecha 24 de noviembre de 2004, se aprecia que, aun cuando dicha cédula fue recibida por una persona capaz e identificable, esta omitió consignar la “vinculatoriedad” que mantenía con la destinataria (esto es, con United Disco), por lo que se podía colegir que, dada la falta de asociación entre la persona que recibió y a quien fue dirigida la cédula, no se logró efectuar una debida notificación del referido acto administrativo.

En consecuencia, era obligación de la Administración Pública advertir minuciosamente que todo acto administrativo había sido debidamente diligenciado, debiéndose verificar no solo que la cédula de notificación fue remitida al domicilio procedimental consignado en el expediente, sino que, en efecto, esta fue recibida por una persona vinculada al destinatario o, en su defecto, que esta fue dejada bajo puerta y de acuerdo a los criterios prelativos de notificación de la normativa analizada.

Respecto al segundo problema, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que, bajo los alcances del Principio del Debido Procedimiento, la Administración Pública tiene la obligación de atender todas las solicitudes efectuadas por las partes de un procedimiento sancionador.

Obra en el expediente que la empresa United Disco efectuó las siguientes solicitudes: (i) mediante escrito del 9 de diciembre de 2004, la visualización y/o exhibición de la grabación realizada en la diligencia de inspección; y, (ii) mediante escrito del 8 de febrero de 2005, el uso de la palabra. No obstante, de estos solo la última solicitud fue atendida por la Administración Pública con Proveído N° 2 del 27 de junio de 2005.

Ahora, aun cuando era posible deducir que el pedido efectuado por United Disco era bastante semejante, lo cierto es que en el informe oral llevado a cabo el 8 de julio de 2005 únicamente se realizó la exposición de motivos de la denunciada y la contestación de la denunciada respecto a las preguntas formuladas por el Colegiado de la Sala. En consecuencia, correspondía que la Sala se pronunciara de manera expresa sobre la citación o denegatoria al pedido realizado por la empresa United Disco.

En base al principio de conservación del acto administrativo, que implica que los actos administrativos que adolecen de vicios que no impiden la existencia los elementos esenciales que son susceptibles de ser conservados, dentro de determinados parámetros, la omisión de INDECOPI de pronunciarse respecto al pedido de la empresa United Disco podría haber configurado una motivación insuficiente, lo cual es un vicio esencial, que no se encuentra contemplado dentro del supuesto del principio de conservación.

De otro lado, sobre el tercer problema, resulta pertinente reiterar que, dado que la inspección es el medio probatorio fidedigno e idóneo por excelencia que posee la autoridad para verificar las infracciones cometidas por los administrados, la Secretaría Técnica de la Comisión delegó facultades de supervisión al Área de Fiscalización para la realización de una diligencia de inspección en el establecimiento comercial de la denunciada (discoteca “Aura”). Cabe precisar que las diligencias de inspección son efectuadas en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 803, motivo por el cual esta se debe llevar a cabo garantizando el debido procedimiento y el derecho de defensa del administrado investigado.

De una valoración conjunta del Acta de Inspección y de la grabación efectuada en la diligencia de inspección, se aprecia que, si bien la referida supervisión fue llevada a cabo acorde a la normativa correspondiente, lo cierto es que, pese a que el operativo constaba de la participación de tres (03) parejas –las cuales incluso fueron presentadas en la parte inicial de la grabación–, finalmente solo dos (02) parejas participaron de los hechos relatados en el Acta de Inspección.

Por tal motivo, a efectos no generar inconsistencias en los referidos hechos, resulta recomendable acotar que los supervisores del INDECOPI debían consignar la totalidad de los hechos suscitados. Incluso si la última pareja ya no resultaba necesaria para demostrar el trato discriminatorio durante el operativo realizado por la Autoridad Administrativa, para evitar una mayor problemática, hubiera sido conveniente precisar en el Acta de Inspección que la tercera pareja ya no continuaría participando de la Inspección, y aclarando que la pareja N° 3 permaneció fuera del local de la discoteca “Aura”.

Dicho esto, en relación con el cuarto problema, habiéndose verificado la conducta infractora por parte de la empresa United Disco, correspondía que las instancias administrativas pertinentes (esto es, la Comisión o la Sala, según la instancia donde se encontrara el procedimiento) determinaran –a través de un análisis de graduación– la sanción que debía imponerse a la denunciada.

Así, aun cuando la comisión de actos discriminatorios por parte de proveedores, en efecto, resultan ser infracciones graves por atentar contra la dignidad de la persona, contra la sociedad tanto en el ámbito humano como en el ámbito económico, además de ser de difícil probanza, en tanto que su detección se dificulta al encontrarse camufladas detrás de supuestos de trato diferenciado basado en causas objetivas, justificadas y razonables (en el presente caso, supuestamente ser un local de acceso restringido al público cuando se permitía el libre acceso de personas con características físicas caucásicas) no es menos cierto que toda sanción impuesta por la Autoridad Administrativa debía estar: (i) debidamente motivada y fundamentada mediante la utilización de los criterios consignados en la norma de protección al consumidor; y, (ii) acorde a los Principios de Razonabilidad, Proporcionalidad y Predictibilidad.

Finalmente, respecto al quinto problema, si bien la Autoridad Administrativa tenía la facultad de ordenar a los proveedores sancionados medidas correctivas a fin de que estos no volvieran a incurrir en conductas infractoras como la verificada, dichas medidas correctivas debían significar una actuación inmediata y determinada en un plazo de tiempo, puesto que, de lo contrario, cabía la posibilidad de que la proveedora denunciada no implementara mecanismos efectivos para la erradicación de dichas conductas. Debido a que la medida correctiva impuesta no establecía un plazo máximo para cumplir con lo dispuesto, no garantizaba por sí misma y de manera adecuada el cese de la actividad infractora. Al mismo tiempo, la redacción de la medida correctiva no reflejaba de manera clara la urgencia de detener una conducta tan lesiva para la sociedad y la dignidad de la persona, como es el trato discriminatorio, en el caso específico de las relaciones de consumo.

En consecuencia, una medida correctiva idónea era que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados desde notificada la resolución, la empresa United Disco cumpliera con capacitar a todo el personal de su establecimiento comercial “Aura”, ubicado en el distrito de Miraflores, a fin de evitar situaciones similares al hecho infractor verificado, poniendo especial énfasis en sensibilizar en materia de trato discriminatorio al personal que trabaje en boletería y al personal que se desempeñe como seguridad del local. A ello debe agregarse

que el cumplimiento de dicha medida correctiva por United Disco debía ser puesto en conocimiento del órgano resolutorio de primera instancia.

Como conclusión final, considero que, si bien es cierto que existen problemas procedimentales en el Expediente materia de análisis (La notificación defectuosa de la resolución de primera instancia dirigida a la empresa United Disco, la falta de atención del pedido de dicha empresa efectuado en su recurso de apelación, la competencia del INDECOPI para realizar las diligencias de inspección en los establecimientos comerciales de los proveedores investigados), me encuentro de acuerdo con la decisión del INDECOPI debido a la relevancia de la materia del caso, al sancionar una conducta prohibida por afectar el derecho constitucionalmente protegido a no ser discriminado por motivos de origen, sexo, raza, opción sexual, condición socioeconómica, etc. sobre todo cuando dicha discriminación se encuentra enmascarada detrás de una simulación o pretexto que pretenda ocultar o justificar la conducta infractora. Al mismo tiempo, considero que es importante resaltar que, a partir del cambio normativo de la Ley del Procedimiento Administrativo General y de la concreción de las normas materia de Protección al Consumidor en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la actualidad se puede tutelar de manera más eficiente y adecuada los derechos de los consumidores y de los administrados en general.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Amaya Ayala, L. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del INDECOPI*. Lima, Perú: INDECOPI.

Barrera Pérez, A. y Gamboa Matta, C. (2020). La oralidad en los procedimientos administrativos sancionadores: fundamentación y propuestas para su fortalecimiento. *Derecho & Sociedad*. (54), 307-321.

Boulangger-Atoche, L. (2015). La naturaleza no indemnizatoria de las medidas correctivas y su régimen jurídico en el Derecho Administrativo Peruano. Especial Referencia Al Código De Protección Y Defensa Del Consumidor (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Piura, Piura.

Bullard, A. (2010) ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi*, 6 (10), 5-58.

Hinestrosa, F. (2002) Como se citó en: “El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión.” Herrera-Tapia, B. y Álvarez-Estrada, J., (2015). *Revista Jurídicas*, 12 (2), 26-41.

Gómez Apac, H., Isla Rodríguez, S. y Mejía Trujillo, G. (2010). Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor. *Derecho & Sociedad*. (34), 134-146.

Guzmán Napurí, C. (2018) *Manual del Procedimiento Administrativo General*, 3era ed. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Guzmán Napurí, C. (2019) *Procedimiento Administrativo Sancionador*, 1era ed. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Espinoza Espinoza, J. y otros (2005) La Tutela Constitucional del Consumidor. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. 1era ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Pp. 873-879.

Espinoza Espinoza, J. (2010). Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor. *Ius et Veritas*. 20 (41), 164-169.

Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Morón Urbina, J. (2011). Los actos medida (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*. (9), 135-157.

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

Pando Vílchez, J. (2011). Notificaciones en el procedimiento administrativo. Análisis de las modificatorias vinculadas al Decreto Legislativo N° 1029. *Derecho PUCP*. (67), 253-261.

Prado Huayanay, R. (2018). La aplicación del concepto de discriminación en el consumo en el Perú: los casos del INDECOPI y del Tribunal Constitucional (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rubio, M. (2005) La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. *Fondo Editorial PUPC*. 137-141.

**INFORME N° 117- 2004 - FYE / AFI**

A : **Luis Miguel Martínez Aponte.**  
Jefe del Area de Fiscalización

DE : **Fernando Yaya Espinoza**  
Miembro del Area de Fiscalización

ASUNTO : **Diligencia de Inspección**

REF : **Memorándum N° 01211-2004/CPC**  
**Investigación N° 041-2004/PREV-CPC**

---

**I. ANTECEDENTES**

En virtud al documento de la referencia, la Comisión de Protección al Consumidor, solicitó al Area de Fiscalización, mediante delegación de facultades, la realización de una visita inspectiva en diversos locales con la finalidad de constatar lo siguiente: La ocurrencia de presuntas prácticas discriminatorias en contra de las personas que desean acceder a discotecas y otros locales abiertos al público. Para tales efectos, se contará con el apoyo de personas integrantes de la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, debiéndose presentar sin identificación del personal, como cualquier consumidor. Constatar la información que se brinda al público los requisitos establecidos para el acceso a los locales y la forma en que se haría selección de las personas a las cuales se permite o no el ingreso, así como toda información adicional que sea de importancia para la investigación. Constatadas las presuntas prácticas discriminatorias, se identificarán ante los representantes de los establecimientos y procederán a levantar las actas dejando constancia de los hechos verificados.

En tal sentido, se designó, a quien suscribe el presente informe, realizar la mencionada diligencia el día viernes 22 y sábado 23 de octubre del 2004, contándose con la participación de Mirtha Allende Zúñiga, Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez De la Torre.

**II. RESULTADOS.**

En el local del Indecopi, a las 23 horas del día 22 de octubre se procedió a filmar a las tres parejas que iban a participar en las intervenciones, identificándose cada una de ellas, a fin de determinar la manera como estaban vestidas, levantándose igualmente un acta.

Como consumidores nos constituimos luego en el local de la Discoteca Aura, conducida por la empresa United Disco S.A sito en Malecón La Reserva 610 – 236 Miraflores, siendo la pareja N° 1 la conformada por el suscrito y Mirtha Allende Zúñiga y la 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 le tocaba a la pareja N° 1 su turno de ingresar a la discoteca indicada, el

2/2

miembro de seguridad de la discoteca Franco Raygada Corigliano impidió al suscrito y a Mirtha Allende Zúñiga el ingreso, señalando que solo se permitía el ingreso a los socios en lista. Sin embargo a la pareja N° 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gómez de la Torre que se encontraban detrás de la pareja N° 1 se les permitió el ingreso por la misma puerta, habiendo pagado su ingreso a la discoteca. A continuación, nos identificamos como funcionarios del Indecopi ante la vigilancia de la discoteca, solicitando conversar con el administrador o la persona encargada, entrevistándonos con el Sr. Gianni Dasso Chávez quien manifestó ser el administrador explicándole los alcances de la diligencia, notificándole la carta 232-2004/PREV-CPC-INDECOPI del 15 de octubre de 2004.

Por otra parte se verificó que al ingreso al establecimiento existe un letrero con una literatura en la que se indica "Aura acceso restringido" alcanzando el inspeccionado una copia de dicha literatura.

Finalmente se adjuntaron al acta la filmación y grabación realizada durante la diligencia, así como los tickets 21049 y 21050 obtenidas durante la diligencia, tal como se describe en el acta.

### **III. CONCLUSIONES**

Se efectuó la diligencia obteniéndose la información solicitada.

Lima, 25 de octubre del 2004

  
**Fernando Yaya Espinoza**

Adj.  
Acta (01)  
Cargo de carta N°232-2004/PREV-CPC-INDECOPI (01)  
Tickets (02)  
Volante informativo (01)  
Acta previa a la diligencia (01)

M-AFI-03/1B

## AREA DE FISCALIZACIÓN

Investigación N° 041-2004/PREV-CPC

ACTA

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

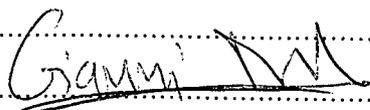
resultado:

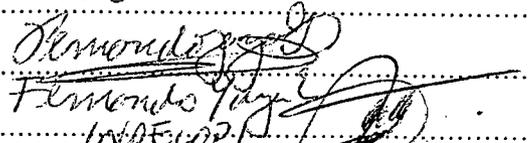
*ppp*  
Nos constituimos como consumidores a la disco-teca referida en parejas distribuidos en pareja N° 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Martha Allende Zúñiga y pareja N° 2 conformada por Gregory Pullet Barbier y Pamela Ortiz Gómez De la Torre, ubicándonos de la siguiente forma: la pareja N°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

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

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

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

  
 Gianni Dasso Chavez  
 DNI: 10219042

  
 Fernando Cortillo  
 INDECOPi  
 14/08/95  
 Robert Cortillo

# ACCESO RESTRINGIDO

## 1. REQUISITOS PARA AFILIACIÓN

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

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

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

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

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

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

## 2. DERECHOS DE LOS SOCIOS

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

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

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

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

## 3. ASPECTOS FINALES

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

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

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

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

## 4. REQUISITOS PARA EL INGRESO A LA DISCOTECA

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

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

## 5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

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

INFORME N° 332-2004/CPC

**A :** COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

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

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

**FECHA :** 3 DE NOVIEMBRE DE 2004

---

## I. ANTECEDENTES

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

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

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

## II. NORMATIVA APLICABLE

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

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

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

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

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

*Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios<sup>1</sup>.*

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

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

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

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

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

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

---

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

15

contratar puede ejercerse siempre que no se contravengan leyes de orden público<sup>2</sup> y una de estas normas es precisamente la que consagra el derecho a la no discriminación en el consumo.

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

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

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

Sin embargo, a fin de no vulnerar la libertad de contratación que tienen los proveedores, es la misma Ley la que establece determinadas reglas para que éstos puedan ejercer un trato diferenciado de los consumidores, impidiendo su acceso o limitando su permanencia en el establecimiento; ello, atendiendo a causas de seguridad del establecimiento o de tranquilidad de otros consumidores, razones objetivas que justifican la aplicación de medidas restrictivas en el acceso a los productos o servicios ofrecidos<sup>3</sup>.

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

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

---

## <sup>2</sup> CONSTITUCIÓN

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

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

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

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

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

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

### III. ANÁLISIS DE LOS HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Hechos Investigados

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

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

14

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

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

### "3. ASPECTOS FINALES

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

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

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

### 5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

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

### 3.2. La naturaleza del establecimiento inspeccionado.

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

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

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

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

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

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

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

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

19

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

### 3.3. Sobre los presuntos actos de discriminación

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

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

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

#### **EN EL LOCAL DE INDECOPI**

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

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

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

#### **EN LARCOMAR DIRIGIÉNDOSE A LA DISCOTECA “AURA”**

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

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

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

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

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

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

**IDENTIFICACIÓN DEL PERSONAL DE INDECOPI**

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

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

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

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

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

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

#### IV. CONCLUSIONES

Conforme a los antecedentes y al análisis efectuado, dichos hechos podrían constituir infracciones a las normas de protección al consumidor; y, de acuerdo a las facultades contenidas en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807<sup>6</sup>, la Comisión de Protección al Consumidor se encuentra facultada a iniciar procedimiento de oficio contra United Disco S.A. que administra la discoteca denominada "AURA" por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

  
**ENRIQUE FERRAND RUBINI**  
Secretario Técnico  
Comisión de Protección al Consumidor

<sup>6</sup> **LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

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

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

Lima, 3 de noviembre de 2004

## I. ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

### "3. ASPECTOS FINALES

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

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

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

#### 5. REQUISITOS PARA INGRESO SIN CARNET

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

## II. CUESTION EN DISCUSION

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

## III. ANALISIS DE LA CUESTION EN DISCUSION

### 3.1. Cuestión previa: sobre la naturaleza del establecimiento inspeccionado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3.2. Normativa aplicable

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

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

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

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

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

*Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios<sup>3</sup>.*

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

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

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

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

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

Lo anterior no contraviene el derecho a la libertad de contratación consagrado en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución de acuerdo con el cual los proveedores se encuentran en libertad para decidir con qué personas contratar, diferenciando de la masa de consumidores al público objetivo al cual dirigirán sus opciones de consumo. Tal como se establece en la propia norma, este derecho a la libertad de contratar puede ejercerse siempre que no se contravengan leyes de orden público<sup>4</sup> y una de

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

<sup>4</sup> **CONSTITUCIÓN**

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

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

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

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

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

Sin embargo, a fin de no vulnerar la libertad de contratación que tienen los proveedores, es la misma Ley la que establece determinadas reglas para que éstos puedan ejercer un trato diferenciado de los consumidores, impidiendo su acceso o limitando su permanencia en el establecimiento; ello, atendiendo a causas de seguridad del establecimiento o de tranquilidad de otros consumidores, razones objetivas que justifican la aplicación de medidas restrictivas en el acceso a los productos o servicios ofrecidos<sup>5</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**EN EL LOCAL DE INDECOPI**

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

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

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

**EN LARCOMAR DIRIGIÉNDOSE A LA DISCOTECA "AURA"**

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

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

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

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

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

**IDENTIFICACIÓN DEL PERSONAL DE INDECOPI**

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

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

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

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

En consecuencia, no existen indicios de que la denegatoria del ingreso de la pareja N° 1 se haya debido por un *trato diferenciado* al no evidenciarse la existencia de alguna razón objetiva que justifique la diferenciación para permitir o denegar el acceso al establecimiento. Por el contrario, los hechos constatados reflejarían la existencia de un *trato discriminatorio* en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población por razones meramente subjetivas e injustificadas, los cuales constituyen presuntas infracciones al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

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

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

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

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

## V. RESOLUCION

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

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

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

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

**JUAN ESPINOZA ESPINOZA**  
Presidente

---

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

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

043138 40  
INDECOPI  
RECIBIDO  
UNIDAD DE TRAMITE DOCUMENTARIO

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

2004 NOV 17 PM 3 14

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

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

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

**I. CUESTIÓN PREVIA**

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

**II. RESPECTO DE LA METODOLOGÍA EMPLEADA**

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

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

INDECOPI  
COMISION DE PROTECCION  
AL CONSUMIDOR  
17 NOV 2004  
RECIBIDO

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

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

3.- Seguidamente al exponer los hechos, la Resolución, que toma casi de manera literal lo señalado en el informe sustentatorio, señala que el operativo iniciado contra la discoteca AURA se realizó de manera conjunta por el personal del INDECOPI, la Coordinadora de Derechos Humanos y el Instituto de Defensa Legal, lo que se corrobora por la participación de Mirtha Allende Zúñiga miembro de la Mesa de Contra el Racismo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos<sup>2</sup>.

4.- La redacción del acta referida en la Resolución se inicia en primera persona del plural, refiriéndose a las parejas conformadas por la pareja Nº 1 conformada por Fernando Yaya Espinoza y Mirtha Allende Zúñiga y la pareja Nº 2 conformada por Gregory Pollet Barbier y Pamela Ortiz Gomez de la Torre, debemos mencionar que solo una de las cuatro (4) personas mencionadas suscribe el acta<sup>3</sup> lo que tiene una relevancia significativa, pues el acta es una constatación de los hechos en los que las personas que en ella se consignan deben haber participado, sin embargo las personas mencionadas no suscriben el acta, por lo que esta adolece de defecto formal insubsanable, siendo por lo tanto nula en todos sus extremos, en aplicación de lo establecido por el artículo 156 de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup>.

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

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

<sup>4</sup> Artículo 156º.- Elaboración del Acta

### III. ANALISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Sobre la Naturaleza de nuestro establecimiento – Discoteca AURA

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

---

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

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

(...)

<sup>5</sup> **Artículo 5º.-** (...)

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

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

(...)

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

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

Conforme lo señala la Resolución, el artículo 39° de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante simplemente La Ley) establece que la Comisión de Protección al Consumidor es la única autoridad Competente para conocer de las infracciones a la Ley así como para imponer las sanciones administrativas o medidas correctivas, en tal sentido ni la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos ni el Instituto de Defensa Legal son organismos competentes para constatar hechos violatorios de la Ley por lo que no les corresponde a dichos entes el efectuar operativos **DE MANERA INDIVIDUAL O CONJUNTA**, pueden participar a título de observador sin intervenir en **NINGUN CASO** en operativos o en la inspecciones de maneta conjunta con La Comisión, su participación en el operativo es ilegal y representa un ilícito tipificado por la Ley penal como usurpación de funciones<sup>6</sup>, tal como lo establece el artículo 361° del Código Penal, lo que compromete a los funcionarios del INDECOPÍ al haber permitido su participación en tales actos,

<sup>6</sup> **Artículo 361.-Usurpación de función pública**

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

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

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

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

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

**V. ANALISIS DE LA NORMATIVA APLICABLE**

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

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

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

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

Todos estos requisitos obedecen a la naturaleza de la actividad que desarrollamos ya la naturaleza de nuestro local "Discoteca con ACCESO RESTRINGIDO", señalándose en el Reglamento que la discoteca **no es un local abierto al público**, lo que se ha puesto de conocimiento de manera oportuna y suficiente al alcance de los consumidores<sup>7</sup>.

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

En el presente caso corresponde al usuario la carga de la prueba a fin de determinar si existe respecto de él un trato discriminatorio basado en diferencias étnicas, culturales o económicas, en violación de lo dispuesto por el artículo 2º inciso 14 de la Constitución Política del Estado, en el presente caso el usuario no ha acreditado que se le haya dado un trato discriminatorio, ya que el sustento de la **supuesta discriminación es la respuesta obtenida de un miembro del personal de seguridad de una empresa contratada por nuestra empresa que carece de autoridad alguna y una respuesta que se ajustaba a lo establecido en el Reglamento de ingreso a nuestro local, por otro el sucedáneo del medio probatorio empleado<sup>8</sup> que es el la filmación empleada no causa**

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

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

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

En el acta de inspección se señala lo siguiente:

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

Lo que se aprecia en el video y lo señalado en transcripción del mismo, que consta en la Resolución, existen sustanciales diferencias, primero que el señor Fernando Yaya Espinoza (a quien no se le aprecia en video al momento de acercarse a la discoteca, ni se aprecia tampoco a la señorita Allende) no se encontraba en cola, por lo que no tenía que esperar turno alguno, se ve claramente que quien porta la cámara atraviesa el patio de comidas que se encuentra delante de nuestras instalaciones y se dirige directamente al señor Franco Raygada Corigliano (en adelante simplemente el Sr. Franco) y lo interroga conforme aparece en la transcripción del diálogo, el Sr. Franco contesta muy amablemente indicándole que solo ingresaban los que se encontraban en **la lista de invitados**, no en la **lista de socios** como señala el acta. En ningún momento el Sr. Fernando Yaya Espinoza se acerca al letrero que se aprecia en el video y cuyo texto consta en el acta levantada en la inspección, para enterarse de cuales eran los requisitos de ingreso al local, actuando de manera irresponsable frente al servicio que pretendía adquirir<sup>9</sup>, no

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **VI. CONCLUSIONES**

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

**VII. MEDIOS PROBATORIOS**

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

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

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



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

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

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

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

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

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

## VIII. DOMICILIO PROCESAL

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

## IX. DOCUMENTACIÓN REQUERIDA

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

## X. ANEXOS

Adjuntamos los siguientes anexos:

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

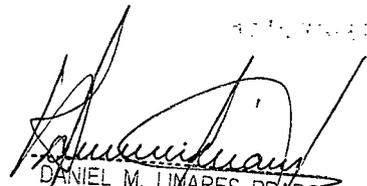
## XI. DELEGACIÓN DE FACULTADES

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

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

Miraflores, 17 de noviembre de 2004.

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

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

**EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC**

**DENUNCIANTE** : **COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**  
**DENUNCIADO** : **UNITED DISCO S.A.**  
**PROVEIDO N°** : **2**

Lima, 18 de noviembre de 2004

**VISTOS:** el descargo de fecha 17 de noviembre de 2004 presentado por UNITED DISCO S.A., el cual va acompañado de un CD; **SE HA RESUELTO:**

- (i) agregar el escrito al expediente; y,
- (ii) señalar a UNITED DISCO S.A. que sus solicitudes serán analizadas por la Comisión en su oportunidad.



**ALEJANDRO TREJO MAGUIÑA**  
**Secretario Técnico Adjunto**  
**Comisión de Protección al Consumidor**



## CÉDULA DE NOTIFICACION

PROVEIDO N° 2

Lima, 18 de noviembre de 2004

Expediente N° 1356-2004/CPC

Señores

**UNITED DISCO S.A.**

Las Acacias N° 274, Urbanización Armendáriz

Miraflores.-

De mi consideración:

La presente tiene por finalidad informarle que la Secretaría Técnica ha resuelto lo siguiente:

**VISTOS:** el descargo de fecha 17 de noviembre de 2004 presentado por UNITED DISCO S.A., el cual va acompañado de un CD; **SE HA RESUELTO:**

- (i) agregar el escrito al expediente; y,
- (ii) señalar a UNITED DISCO S.A. que sus solicitudes serán analizadas por la Comisión en su oportunidad.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

  
**ALEJANDRO TREJO MAGUIÑA**  
Secretario Técnico Adjunto  
Comisión de Protección al Consumidor

Nombre:

CECILIA M

Apellidos:

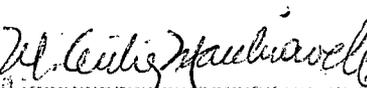
MACCHIAVELLO

Firma:

Cargo:

Dir.:

Fecha:



10/11/04 RECES

22/11/04 1 p.m.

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

SUMILLA: *en el procedimiento sobre infracción a las normas de protección al 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 Unico Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

Lima, 24 de noviembre de 2004

## I. ANTECEDENTES

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

En el referido informe se dejó constancia de la metodología empleada para la 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

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

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

En sus descargos, Aura señaló lo siguiente:

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

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

## II. CUESTIONES EN DISCUSION

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

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

## 3. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSION

### 3.1 Sobre la nulidad del procedimiento

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

Sobre el particular, debe considerarse que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del 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<sup>7</sup> que, en aplicación de lo dispuesto por la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil<sup>8</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.

**6 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

**Artículo 235°.- Procedimiento sancionador**

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

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

<sup>7</sup> 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 Rocío S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Avícola Rosmar S.A., Avícola San Fernando S.A., Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., F.Car S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Molinos Mayo S.A., Agropecuaria El Pilar S.A., Redondos S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A., Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A.

<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 Coriglione 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 quieren contratar, diferenciando de la masa de consumidores al público objetivo al cual dirigirán sus opciones de consumo.

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

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

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

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

### 3.2.2 Aplicación al caso concreto

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

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

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

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

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

El acceso a quienes no tienen la calidad de socios hace que el mencionado establecimiento tenga la calidad de "abierto al público" y permita acreditar que la negativa en el ingreso sea, en realidad, una justificación empleada por Aura para ocultar o encubrir una práctica discriminatoria. En relación a este argumento, cabe mencionar que en anteriores ocasiones se ha empleado el derecho a la libertad de asociación como una justificación para encubrir la comisión de prácticas lesivas a los derechos fundamentales; por lo cual, el INDECOPI cuenta con cierto grado de experiencia en la naturaleza de estas 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 desprendía la comisión de prácticas discriminatorias. Al respecto, debe mencionarse que el video que forma parte del procedimiento resulta complementario al acta de la diligencia de inspección efectuada en el local de la denunciada y que constituyeron pruebas suficientes para que la Comisión identifique indicios de infracción a la Ley de Protección al Consumidor.

De este modo, tal como se señaló en líneas precedentes, la constatación efectuada por el personal de INDECOPI permitió acreditar de manera fehaciente, contundente y determinante que a una de las parejas se les impidió el ingreso bajo el argumento que no se encontraba en la lista de socios, mientras que a otra pareja que tampoco se encontraba en dicha lista sí les fue accesible la entrada al mencionado local<sup>14</sup>. 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 o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley.

Finalmente, dados los beneficios económicos que se derivan de la comisión de dichas prácticas y atendiendo al número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona, consideramos que la sanción a imponer debe guardar relevancia particular con tales hechos; ello, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas ha sido 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 pero será tramitada en cuaderno separado. La apelación de medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose también en cuaderno separado.

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

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

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

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

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

  
**JUAN ESPINOZA ESPINOZA**  
Presidente



CPC

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

INDECOPI

RECIBIDO  
2004 DIC 19 PM 3:57

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

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

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

**I. CUESTIONES PROBATORIAS**

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

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

INDECOPI  
COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR  
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
CALLE DE LA PROSA N° 138  
SAN BORJA, DISTRITO DE SAN BORJA, PROVINCIA DE LIMA  
Perú  
Tel: 476 02 00

En tal sentido las pruebas ofrecidas deben actuarse dentro del proceso, debiendo la Resolución que pone fin a la instancia pronunciarse sobre los medios probatorios ofrecidos, lo que no ha sido efectuado por la Comisión pues conforme obra en nuestro escrito de descargo, ofrecimos la prueba de un CD conteniendo fotografías de los asistentes a nuestro local, con el que acreditamos de manera fehaciente que a la discoteca AURA no asisten personas solo de características étnicas caucásicas sino de todo origen racial, apreciándose en las fotografías gentes de rasgos mestizos, asiáticos, caucásicos y de raza negra, lo que a nuestro entender desvirtúa de manera fehaciente la posición de la Comisión respecto al ejercicio de supuestas prácticas discriminatorias por parte de nuestra empresa. Sin embargo dicha prueba no solo no ha sido merituada por la Comisión sino que no ha sido siquiera materia de pronunciamiento por parte de esta, violentándose en tal sentido lo expresamente establecido por el artículo 122° del Código Procesal Civil<sup>2</sup>, aplicable al presente procedimiento de oficio, lo que en buena cuenta representa causal de nulidad de la Resolución recurrida. En el mismo sentido se aplica lo señalado por el artículo 163° de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup>.

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

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

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

<sup>3</sup> **Artículo 163°.- ACTUACIÓN PROBATORIA**

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

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

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

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

En tal sentido su exhibición resulta fundamental a efectos de acreditar la existencia o no de los supuestos actos de discriminación efectuados por nuestra empresa, siendo su análisis fundamental pues permite contrastar los hechos con lo establecido en el acta, sobre la cual nuestra empresa hizo reservas al no permitirse la visualización del video y los funcionarios del INDECOPÍ no quisieron retrasar la redacción del acta conforme a lo establecido por el artículo 156° inciso 2<sup>4</sup> de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por ello solicitamos que en la segunda instancia se proceda a la VISUALIZACIÓN DEL VIDEO por parte del Tribunal a efectos de analizar su mérito probatorio sustitutorio del valor probatorio del acta, pedido que hacemos basados en el artículo 166° inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>5</sup>.

## **II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

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

### **4 Artículo 156°.- ELABORACIÓN DE ACTAS**

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

(...)

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

### **5 Artículo 166°.- MEDIOS DE PRUEBA**

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

(...)

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así como los indicios y otros sucedáneos pueden ser empleados para probar que las razones objetivas y justificadas empleadas por el prestador del servicio, pueden constituir simples pretextos, la actitud de los consumidores, la conducta de quien los representa, en este caso los funcionarios del INDECOPI y de las entidades que indebidamente actuaron en forma conjunta con ellos, son indicios de una actitud tendente a etiquetar de racistas y de discriminadores raciales a nuestro local, siendo nuestro derecho el también establecer indicios respecto de la conducta discriminadora y prejuiciosa de los consumidores.

Por ello, el hecho de que no se hiciera participar a la pareja N° 3, en el operativo especialmente dirigido contra AURA, hace presumir que la investigación no se ha ceñido a los principios de imparcialidad y objetividad bajo los cuales debe estar regido el actuar de la administración, por ello este operativo deviene en nulo, al haberse configurado el supuesto establecido por los incisos 1 y 4 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

6.- Respecto a lo afirmado por la Comisión en la Resolución, en cuanto a lo formulado por nuestra parte en nuestro escrito de descargo, referido a la no suscripción por parte de los intervinientes en el acta de inspección, no es cierto lo afirmado por la Comisión respecto que la firma del Dr. Robert Orlando Castillo Larrea haya suscrito el acta en señal de conformidad o sin formular oposición alguna sobre los alcances de la misma, ya que conforme se ha consignado en el acta se efectuaron una serie de observaciones sobre la diligencia de inspección, al señalar la existencia del cartel que informa a los usuarios de la existencia de requisitos que se deben cumplir para ingresar al local, asimismo formulo oposición respecto de la participación del Sr. Gregory Pollet Babier pues este carecía de documento de identidad válido, manifestando expresamente que se reservaba el derecho de ejercer las acciones legales correspondientes y expresó a su vez su no conformidad respecto a la no exhibición pues no se procedió en esos momentos a su exhibición, no habiendo el INDECOPI permitido el levantamiento del acta de manera posterior, aunque cuando la ley lo establece (artículo 156° de la Ley del Procedimiento Administrativo General).



Por otro lado el conforme lo hemos manifestado en nuestro escrito de descargo, la no suscripción del acta por parte de los intervinientes en la diligencia de inspección la invalida, en tanto que solo el Sr. Fernando Yaya Espinoza aparece firmando el acta, la que además contiene la irregularidad de **no haberse consignado en ella el documento de identidad de la citada persona**, ni su Documento Nacional de Identidad ni su identificación a como funcionario del INDECOPI, menos que haya hecho constar la existencia de las supuestas facultades delegadas del la Secretaria Técnica que haya tenido este señor. Tampoco intervienen en el acta el sr. Gregory Pollet Babier, ni la srta. Mirtha Allende Zúñiga ni la srta. Pamela Ortiz Gómez de la Torre. Tampoco se señala en el acta que las personas citadas hayan delegado en el sr. Fernando Yaya Espinoza la facultad que suscriban por ellos el acta referida, lo que es de vital importancia ya que en ella se consignan hechos que supuestamente acreditan un acto contrario a la Ley, pues su presencia es la prueba fundamental según el INDECOPI del acto discriminatorio, no es pues solo una formalidad, además como ya lo hemos señalado la participación del sr. Gregory Pollet Babier con un documento de identidad inválido nulifica el acta, pues no es un agente capaz para participar en un acto administrativo, la no suscripción del acta por su parte no convalida los hechos irregulares, ya que de haber firmado el acta y encontrándose en la posibilidad de hacerlo produce el mismo efecto nulificante.

En cuanto a lo afirmado por la Comisión que la existencia del video acredita lo actuado en el acta, tampoco se ajusta a la verdad, ya que como hemos señalado extensamente en la parte introductoria de este escrito, **no existe coincidencia entre lo afirmado en el acta con lo que se aprecia en la filmación**, en unos casos para la Comisión lo que esta en el acta es lo fundamental y en otros casos lo que esta en el video, ajustando su posición de manera conveniente de acuerdo a las objeciones que formulamos a la irregular diligencia de inspección efectuada.

Respecto a la no participación de la Pareja N° 3, conforme lo expresa el INDECOPI su supuesta no participación se debió a que para ellos la



“discriminación” se acredita con la pareja N°1, esta afirmación tiene una connotación importante ya que es un indicio que lo que buscaba el INDECOPI a través de esta diligencia era probar a toda costa un supuesto acto discriminatorio empleando cuántas parejas fueran necesarias, con instrucciones precisas. Por otro lado, aún cuando ya nos hemos expresado extensamente sobre este aspecto, es preciso reiterar que no consta en el video que la pareja N° 3 no haya participado, ya que puede haber ingresado al local, como pareja, acompañadas de otras personas o de manera individual, la sola existencia de esta pareja y las múltiples posibilidades que se puedan haber dado respecto de su participación hacen que la diligencia de inspección haya estado cargada de parcialidad y mala fe, supuestos absolutamente negados para un ente administrativo, que debe guiarse entre otros por el principio de transparencia y trato igualitario respecto de los administrados en todas sus actuaciones, principios que como vemos han sido vulnerados en todos sus alcances en la diligencia cuestionada y cuya validez pretende la comisión otorgar a través de la Resolución impugnada.

### **III. ERROR DE HECHO Y DERECHO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA**

8. La Resolución atribuye a nuestra empresa una conducta contraria a la normativa constitucional y legal, señalando que se han cometido actos discriminatorios amparados en requisitos que representan sólo pretextos o simulaciones, obviando, convenientemente, que nuestro local NO ES UNO ABIERTO AL PÚBLICO, que en consecuencia no nos encontramos bajo el ámbito de aplicación del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor.

En efecto, en nuestro escrito de descargo hemos señalado y hemos acreditado con las pruebas necesarias que la discoteca AURA es un local de acceso restringido, solo a socios y sus invitados y de manera excepcional a personas que sin tener tal calidad, acceden a nuestro local como los turistas, pagando una suma adicional. Sin embargo ello no ha sido tomado en cuenta en la Resolución impugnada, obviando pronunciamiento alguno, limitándose a señalar que somos un local abierto al público por que a la Comisión se le

ocurre que todas las discotecas de Lima, del Perú y del mundo son locales abiertos al público por el hecho de cobrar una entrada o un derecho.

*Ally*

En cuanto a lo argumentado por la Comisión respecto de la existencia de actos diferenciados y actos discriminatorios, coincidimos plenamente con la delimitación que ella hace de este tipo de posiciones, sin embargo la interpretación antojadisa que hace la comisión para tratar de encajar lo que es un trato diferenciado dentro de lo que es un trato discriminatorio, hace que esta cometa un gravísimo error al forzar los hechos, por ello resulta falso lo afirmado en la Resolución respecto que somos un local abierto al público y que en consecuencia tenemos la calidad de proveedores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor, y en tal sentido no nos resulta aplicable lo establecido en la norma constitucional respecto de la libertad de contratación.

En efecto el artículo 2º inciso 14 de la Constitución Política del Estado señala que las empresas tienen plena libertad de contratar, es decir proceder a una selección de las personas con las cuales van a establecer una relación patrimonial o de comercio, lo que implica de por sí un mecanismo selectivo, por lo que no es cierto que las empresas deban contratar con cualquier persona o entidad, este derecho no solo es recogido por la constitución sino también por el Código Civil. En tal sentido las empresas pueden establecer parámetros o requisitos que cierta clase de personas deben reunir a efectos de efectuar una selección y determinar con cuales de ellas puede realizar un acto selectivo y establecer sus relaciones contractuales. Aún cuando la Comisión establece de manera errada que asistir a un local no es un contrato y que por ello no es necesario acreditar la capacidad de las personas, como lo ha afirmado en el caso del sr. Gregory Pollet Babier, ello es absolutamente falaz, ya que justamente este es un mecanismo de selección establecido no solo por los locales sino por la ley, que no permite la asistencia de menores de edad, por ejemplo, a locales como discotecas, salas de juego, licorerías y otros de similar naturaleza, asimismo reconoce la libertad de asociación lo que implica que se creen círculos cerrados de consumo de bienes y servicios, permitiendo la exclusión de quienes no tienen tal calidad de acceder a los bienes o servicios ofertados, así pues la Comisión erróneamente pretende atribuir a nuestro local

una calidad que no disfruta por libre elección, obligando a quienes forman parte de ella que personas que no se encuentran dentro del campo de acción puedan acceder a los bienes y servicios de nuestra empresa sin contar con la calidad de socios o de invitados, obligándonos a contratar con quienes no cumplen los requisitos, vulnerando de esta manera nuestro derecho **CONSTITUCIONAL A LA LIBRE CONTRATACIÓN**.

Por otro lado, hemos demostrado la existencia de causas objetivas y justificadas que nos permiten hacer una selección del mercado a través de un trato diferenciado, no discriminatorio, tal como fluyen de las pruebas anexadas, lo que además se encuentra en concordancia con lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor y en la Constitución Política del Estado, exigiendo con tal fin que nuestro público objetivo cumpla con los requisitos que para tal efecto se han establecido lo que no nos convierte bajo ningún supuesto en un local abierto al público y por ende excluido del supuesto del artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor. En tal sentido la Comisión al emitir la Resolución impugnada ha cometido un error de hecho y derecho, interpretando los hechos de manera errónea tratándolo de adaptarlos a una norma interpretada a su vez erróneamente.

9. Debemos señalar por otro lado que en tercer párrafo de la página 10 de la Resolución materia de este recurso, la Comisión se permite efectuar una conclusión absolutamente temeraria y falsa, al señalar de manera tajante que la información proporcionada y con la que acreditamos causas objetivas y justificadas para efectos de establecer el ingreso a nuestro local, esto es, la existencia de requisitos perfectamente señalados y fehacientemente publicitados, para que las personas que reúnan ciertas calidades objetivas puedan acceder a nuestros servicios son solo un "argumento que justifica el impedimento en el ingreso a quienes no cumplan con las características étnicas subjetivamente aceptadas por AURA", lo que daña nuestra imagen como empresa y justifica a su vez un objetivo meramente pecuniario cual es imponer a toda costa un sanción de multa de elevado nivel. Esto nos lleva a pensar que en el fondo ese sea el objetivo buscado por la Comisión y no de verificar de

manera real, concreta, acreditada y cierta de actos de discriminación que supuestamente busca eliminar.

10. En el último párrafo de la página 10 de la Resolución, la Comisión señala que, el hecho de permitir el ingreso a personas que no sean socios nos da la característica de local abierto al público, tal como lo hemos señalado precedentemente no somos un local abierto al público. El hecho que anteriores oportunidades se haya argumentado la libertad de contratación no hace que ello sea aplicable a todos los casos, no puede tomarse como axioma, ni mucho menos emplear ello para justificar o forzar una situación, tal argumento es una falacia, no se puede llevar del caso general al particular de manera tan alegre e insubstancial, por ello carece de validez lo argumentado por la Comisión en la Resolución, constituyendo ello también un error de interpretación.

11. En cuanto a lo señalado por la Comisión respecto que el video resulta complementario de lo señalado en el acta, ya nos hemos expresado ampliamente sobre este aspecto, lo que llama la atención es la ambivalencia empleada por la comisión respecto del valor probatorio del video y del acta, dándole en algunos casos un valor probatorio pleno al video y en otros casos solo un valor referencial y complementario. Esta ambivalencia indica una falta de objetividad e imparcialidad en la investigación efectuada y en las conclusiones a las que llega la Comisión.

Debemos reiterar en este, lo que ya señalamos en nuestro escrito de descargo respecto de lo que se ve en el video y lo afirmado en el acta, lo que quedará acreditado con la visualización del video en su oportunidad; En el se puede apreciar que en ningún momento a la pareja N° 1 se le impidió el ingreso a la discoteca, siendo falso que esta estaba en cola, que tuvo que esperar turno; falso lo afirmado en el informe, en la Resolución que abre el proceso de oficio y en la Resolución final materia de esta impugnación y que en consecuencia la Pareja N° 1 haya sido objeto de discriminación por sus rasgos étnicos. El acta no acredita nada a este respecto y el video tampoco, siendo INSUBSISTENTE lo afirmado por la Comisión.

12. Para la Comisión el hecho que una persona de rasgos étnicos similares a la Pareja N° 1, haya ingresado a la discoteca no es relevante y no determina que existan o no prácticas discriminatorias, lo importante es que su deficiente metodología haya "demostrado" una supuesta conducta discriminatoria. Si razonamos en el sentido de la Comisión llegaremos al absurdo de determinar que no importa que la discoteca haya estado colmada de personas con características étnicas similares a los que supuestamente tenía la Pareja N° 1, lo que es un supuesto válido, sino que lo que importa es que el supuesto acto discriminatorio se haya supuestamente comprobado con la pareja N° 1, esta apreciación es parcializada, discriminante en si misma y contiene una presunción absurda y es que sólo las parejas empleadas en el operativo tienen las características étnicas válidas para demostrar actos de discriminación, lo que por supuesto no es aceptable y muchos menos constituye un argumento válido para sustentar la posición de la Comisión en la Resolución impugnada. Debemos señalar que la Comisión reconoce pues que una persona con rasgos étnicos similares a los que supuestamente tenía la Pareja N° 1 ingreso al local al no haber controvertido lo afirmado por nuestra parte además que de ello queda constancia en el video tantas veces aludido.

Por otro lado el sr. Fernando Yaya Espinoza no actuó como un consumidor razonable, como lo hemos afirmado en nuestro escrito de descargo, argumentos cuya validez reiteramos y que deberán ser tomados en cuenta al momento de resolver, y que constituyen uno de los supuestos de exclusión de la Ley de Protección al Consumidor de su ámbito, al no estar dentro del Standard establecido para otorgar su protección.

#### IV. RESPECTO DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

10. Conforme lo hemos señalado, nuestra empresa no ha cometido infracción alguna a la Ley de Protección al Consumidor, pues como ha quedado demostrado con las pruebas anexadas **NO HEMOS COMETIDO NINGÚN ACTO DISCRIMINATORIO, POR LO QUE PROCEDEMOS A IMPUGNAR LA SANCIÓN IMPUESTA** independientemente de la cuantía de esta, sin embargo

debemos manifestar que la misma es desproporcionada, exagerada y confiscatoria.

#### **V. DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS**

Aún cuando desconocemos la atribución de la INFRACCIÓN en la que SUPUESTAMENTE HEMOS INCURRIDO, debemos señalar que coincidimos con la Comisión en cuanto a que las prácticas discriminatorias sustentadas en diferencias económicas, étnicas y religiosas deben ser desterradas de la sociedad, conducta que por cierto NO HA TENIDO, NO TIENE NI TENDRÁ nuestra empresa, por lo que la imposición de medidas correctivas en tal sentido carece de objeto, sin embargo, advertimos que dada la tendencia arbitraria, la animadversión manifiesta de la Comisión hacia nuestra empresa ayudadas por entidades que han manifestado dicha tendencia en reiteradas oportunidades conforme hemos acreditado con las pruebas anexadas, pueden motivar que se busque a toda costa, sin sustento alguno acreditar supuestas prácticas discriminatorias con el objeto de buscar la clausura de nuestro local, como ha venido señalándose en los diversos medios de comunicación al momento de dar cobertura noticiosa a la Resolución materia de este recurso.

Reiteramos que la discoteca AURA no practica actos de discriminación por lo que aún cuando coincidimos con el objeto de las medidas correctivas, ellas resultan inaplicables a nuestro caso en función a lo expuesto.

#### **POR TANTO:**

Solicitamos a la Comisión se sirva elevar los actuados al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, para que este proceda a REVOCAR en todos sus extremos la Resolución impugnada, en el siguiente sentido:

1. **DECLARANDO INFUNDADO** el Procedimiento de Oficio iniciado por la Comisión de Protección al Consumidor contra UNITED DISCO S.A.
2. **REVOCAR** la imposición de la Multa ascendente a 35 Unidades Impositivas Tributarias, impuesta ilegalmente por la Comisión de

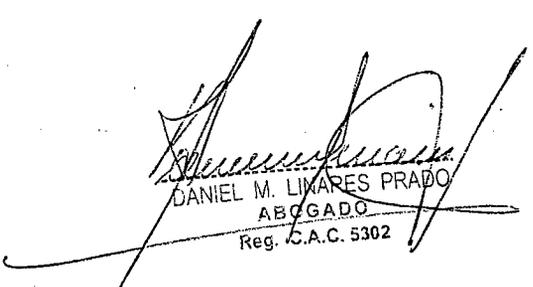
Protección al Consumidor por la inexistencia de prácticas discriminatorias.

3. **REVOCAR** lo ordenado por la Comisión respecto de la implementación de medidas correctivas, ya que nuestra empresa no tiene, ni ha tenido ni tendrá practicas discriminatorias, siendo **IMPROCEDENTE** lo ordenado.
4. **DEJAR SIN EFECTO** la recomendación de PUBLICACIÓN de la Resolución impugnada al ser totalmente **INFUNDADA e INSUBSISTENTE** conforme queda demostrado con los argumentos expuestos.

Lima, 07 de diciembre de 2004.



**ALEXANDER VON EHREN CAMPOS**  
**GERENTE GENERAL**  
**UNITED DISCO S.A.**



**DANIEL M. LINARES PRADO**  
**ABOGADO**  
Reg. C.A.C. 5302

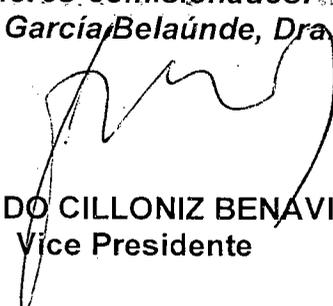


DENUNCIANTE : COMISION DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (LA COMISION)  
DENUNCIADO : UNITED DISCO S.A. (AURA)  
ACTIVIDAD : DISCOTECAS, PARQUES DE DIVERSION Y LUGARES SIMILARES  
RESOLUCION N° : 1

Lima, 12 de enero de 2005

**VISTO:** el recurso de apelación presentado por Aura contra la Resolución Final N° 1255-2004/CPC dentro del plazo de ley y cumpliendo con los requisitos establecidos por el Decreto Supremo N° 006-2004-PCM; **SE HA RESUELTO:** conceder el recurso de apelación interpuesto.

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



FERNANDO CILLONIZ BENAVIDES  
Vice Presidente



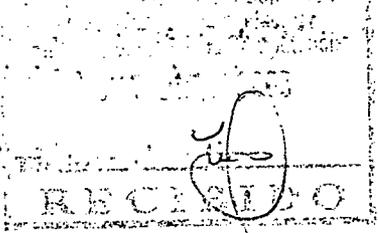
Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

sdh

2005 JUL 11

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA DE LA COMPETENCIA  
DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Calle de la Prosa N° 138  
San Borja.-

038006



S.P.

**DANIEL MARTÍN LINARES PRADO**, abogado acreditado en autos de **UNITED DISCO S.A.** en el proceso de Apelación, ante ustedes decimos:

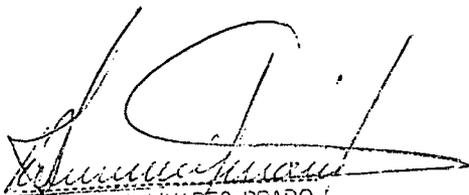
Que, habiendo sido notificados con la Cédula de Notificación N° 4554-2005/TDC-INDECOPI del Proveído 2, con fecha 30 de junio de 2005, mediante la cual nos ponen en conocimiento la fecha para la realización del informe oral solicitado por nuestra parte con fecha 08 de febrero de 2005, proveído que no se pronuncia respecto de nuestro pedido de contar con las **facilidades técnicas correspondientes necesarios, como un VHS Y UN TELEVISOR, así como un proyector multimedia y un ecram**, a fin de exponer a la sala de manera idónea los argumentos de nuestra defensa, dado que la misma se fundamenta en gran parte en la correcta apreciación que se debe hacer del medio probatorio fundamental del presente proceso, consistente en el video, además evidentemente de responder a las inquietudes que pudiera tener la sala al respecto, **de otra forma no podremos ejercer de manera correcta y como es debido nuestro derecho de defensa con lo que conculcaría nuestro derecho fundamental a un debido proceso.**

En tal sentido no solo resulta insuficiente lo decretado por la Sala sino que el tiempo asignado también resulta corto, por lo que solicitamos que el mismo sea ampliado a un mínimo de 15 minutos.

**POR TANTO:**

Sírvanse Usted Señor Presidente deferir conforme dejamos anotado, accediendo a lo solicitado.

Miraflores, 01 de julio de 2005.

  
DANIEL M. LINARES PRADO  
ABOGADO  
Reg. C.A.C. 5331

038006



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

- INFORME ORAL  
CONSTANCIA DE PARTICIPACIÓN  
8 de julio de 2005  
08 : 45 horas

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

INFORMANTES:

INVESTIGADO/DENUNCIADO

SOLICITÓ USO DE PALABRA   
APELO   
SE ADHIRIÓ

UNITED DISCO S.A.

Representante

DANIEL LINARES PRADO

D.N.I. o Reg. C.A.L.

CAE 5702

Firma

Representante

D.N.I. o Reg. C.A.L.

Firma



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

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

**ACTA DE AUDIENCIA DE INFORME ORAL**

**EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC**

Siendo las 8:45 a.m. del viernes 8 de julio de 2005, bajo la Presidencia del señor Juan Francisco Rojas, con la asistencia de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena, se atendió al informe oral solicitado por United Disco S.A. en el expediente de la referencia, el mismo que se llevó a cabo con la asistencia del señor Daniel Linares Prado representante de United Disco S.A.

**ERNESTO LOPEZ MAREOVICH**  
Secretario Técnico



0123

INFORME ORAL  
(08-07-05)

EXP. N° 1356 - 2004 / CPC

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL  
CONSUMIDOR)

UNITED DISCO S.A.

 *indecopi*

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

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

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

**SANCIÓN: 35 UIT**

Lima, 26 de agosto de 2005

## I ANTECEDENTES

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

M-SDC-02/1C

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

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

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

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

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

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

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

0126

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

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

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

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

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

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

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0127

**II CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

La Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

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

**III ANALISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN****III.1 Discriminación**

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

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

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

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPG

0128

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

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

En este contexto es perfectamente válido y constituye más bien una obligación irresistible y bajo responsabilidad de la autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, monitorear periódicamente los distintos mercados, con énfasis en los más sensibles, para identificar o descubrir 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 denominado "Aura". Para tal efecto se organizaron tres parejas - hombre y mujer - con rasgos raciales diferenciados,

5/17

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC.

0129

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

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

La investigada ha señalado que el Acta de Visita Inspectiva no fue suscrita por cada una de las seis personas que participaron en el operativo. Al respecto, corresponde señalar que esta alegación carece de sustento pues, el Acta de Visita Inspectiva es el documento que se redacta después de producidos los actos que se evaluarán en su contenido discriminatorio y con la única finalidad de dar cuenta de que el operativo fue realizado recabando las versiones de los representantes de las investigadas. En tal sentido, el Acta no documenta los actos discriminatorios pues ellos se encuentran documentados en el video de la acción destinada a verificar la posibilidad del acceso al local de las parejas participantes en el operativo. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado, el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 807 únicamente exige como formalidad para un documento de este tipo que esté firmado por el funcionario de INDECOPI<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> LEY DE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, DECRETO LEGISLATIVO N° 807  
Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho. (Subrayado y resaltado añadidos)

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0130

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

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

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

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

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

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPO

0131

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

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

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

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

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

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

**Aura:** no hay tantas restricciones pero sí ciertas condiciones.

8/17

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0132

**Indecopi:** ¿puede decirnos cuáles son?

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

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

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

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

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

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

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

**Aura:** de extranjería o pasaporte.

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

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

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

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0133

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

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

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

En el operativo pudo constatarse que el 23 de octubre de 2004, cuando el señor Fernando Yaya Espinoza – de rasgos mestizos – intentó ingresar a la discoteca “*Aura*”, se le informó que sólo se permitía el ingreso a los invitados en lista. No obstante lo cual, minutos después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos 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.

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0134

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, atendiendo a los argumentos que anteceden y asumiendo como propias las consideraciones de la resolución de primera 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. *no acreditado*

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0136

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

RESOLUCIÓN N° 0939-2005 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 1356-2004/CPC

0139

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

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

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

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

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

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 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.

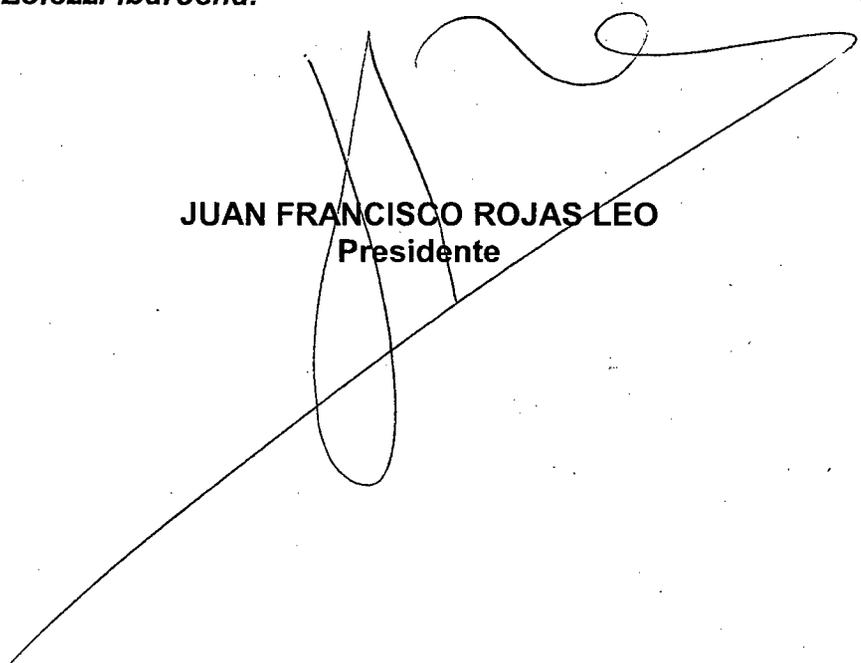
**IV RESOLUCIÓN DE LA SALA**

**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 Zolezzi Ibárcena.**



**JUAN FRANCISCO ROJAS LEO**  
Presidente

Notificación N° 6096-2005/TDC-INDECOPi

**CÉDULA DE NOTIFICACIÓN**

Lima, 26 de agosto de 2005

**CARGO**  
**URGENTE**  
**URGENTE**

Exp. N° 1356-2004/CPC

Señores

**COMISION DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**Presente.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunto a la presente copia de la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPi, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPi, en su sesión de fecha 26 de agosto de 2005.

Atentamente,

  
**ERNESTO LOPEZ MAREOVICH**  
Secretario Técnico

Adj.: Copia de la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPi

- La resolución adjunta a la presente surte efectos el día de su notificación y agota la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 25° y literal e) del artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, respectivamente.
- La resolución adjunta a la presente puede ser impugnada ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses posteriores a la notificación de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, inciso 1) de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.





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

Calle De La Prosa N° 138 – San Borja

Notificación N° 6097-2005/TDC-INDECOPÍ

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

LO TARDADO 116  
0142  
**CARGO**  
**URGENTE**  
**URGENTE**

**CÉDULA DE NOTIFICACIÓN**

Lima, 26 de agosto de 2005

Exp. N° 1356-2004/CPC

Señores  
**UNITED DISCO S.A.**  
Las Acacias N° 274, Urb. Armendáriz  
Miraflores.-

De mi consideración:

Sírvanse encontrar adjunto a la presente copia de la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPÍ, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPÍ, en su sesión de fecha 26 de agosto de 2005.

Atentamente,

**ERNESTO LOPEZ MAREOVICH**  
Secretario Técnico

**indecopi**

Nombre: Natalia  
Serrana Nelo

Firma: Natalia Serrana  
Sello

L.E. 41171501 Vínculo: Recepción

Fecha: 31/08 Hora: ..... Hrs

Adj.: Copia de la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPÍ

- La resolución adjunta a la presente surte efectos el día de su notificación y agota la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 25° y literal e) del artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, respectivamente.
- La resolución adjunta a la presente puede ser impugnada ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses posteriores a la notificación de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, inciso 1) de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.
- La resolución adjunta a la presente obliga al destinatario de la misma al pago de una multa ascendente a 35 UIT. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 194° de la Ley del Procedimiento Administrativo General se le requiere el cumplimiento espontáneo de dicha prestación, sin perjuicio de lo cual se le informa que la resolución será puesta en conocimiento de la Unidad de Cobranza Coactiva del INDECOPÍ a efectos de que ejerza las funciones que la Ley le otorga.