

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre expediente: E-2134, Expediente 2116-2006/CPC sobre
protección al consumidor – Infracción al artículo 7B del Decreto
Legislativo N°716.

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

Susana Inés Ayala Pinazo

REVISOR:

Julio Baltazar Durand Carrión

Lima, 2022



Informe de Similitud

Yo, **Julio Baltazar Durand Carrión**, docente de la Facultad de **DERECHO**, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de suficiencia profesional titulado(a)

Informe Sobre Expediente E-2134, Expediente 2116-2006/CPC, sobre protección al consumidor 3 Infracción al artículo 7B del Decreto Legislativo N°716.

del/de la autor(a)/de los(as) autores(as)

Ayala Pinazo, Susana Inés

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **33%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **20/06/2022**.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de suficiencia profesional y no se advierten indicios de plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 27 de junio de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Durand Carrión, Julio Baltazar	
DNI: 06726360	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2926-1912	

RESUMEN

Después de haber efectuado una lectura a la Resolución Final 1525-2008/CPC, de fecha 07 de agosto de 2008, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, y a la Resolución 1731-2010/SC2-INDECOPI, de fecha 11 de agosto de 2010, expedida por la Sala de Defensa de la Competencia N°2, advierto que el criterio utilizado por la referida Sala no se ajusta a lo dispuesto en la Constitución Política del Perú en su inciso 2) del artículo 2, ni a lo desarrollado en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, el cual ha establecido el criterio que se debe tener en cuenta para determinar si nos encontramos o no frente a una discriminación. Es en virtud a dicho criterio, que la Sala debió desarrollar sus fundamentos para confirmar lo resuelto por la Comisión y llegar a determinar que en la conducta denunciada se configuró uno de discriminación. Esto es, corresponde determinar si la calificación que se le dio al hecho denunciado por el señor Augusto Barrón Velis es solo un trato diferenciado ilícito, que como tal, no vulneró la dignidad del denunciante, o si por el contrario el trato que recibió el señor Barrón la noche del 30 de abril de 2006, fue un acto de discriminación, y por ende debió ser sancionado acorde a la gravedad que este implicó.



INFORME

INDICE ANALITICO

1. Introducción	Página	4
2. Relación de hechos sobre los que versa la controversia en el expediente		
2.1 Denuncia	Página	5
2.2 Absolución de la denuncia	Página	6
2.3 Hechos administrativos	Página	7
3. Identificación de los principales problemas jurídicos	Página	11
4. Posición del Postulante	Página	12
5. Conclusiones	Página	20
6. Bibliografía	Página	21

1. INTRODUCCION

Con fecha 18 de octubre de 2006, el señor Augusto Barrón Velis denunció ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur, a Mamabars S.A.C., administradora de la discoteca Mama Batata, por haber vulnerado sus derechos como consumidor, al haberle impedido ingresar a sus instalaciones de manera injustificada a través de actos de discriminación contra su persona.

Efectuado el análisis por parte de la mencionada Comisión, esta resolvió declarar fundada la denuncia, al haber encontrado responsable a la denunciada de haber infringido lo dispuesto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, y haber incurrido en actos de discriminación en contra del denunciante al ejecutar una política de selección de clientela sin que medie causa objetiva justificada. Sin embargo, al haber sido apelada la referida decisión, la Sala de Defensa de la Competencia N°2, confirmó la denuncia, modificando los fundamentos, precisando que en el caso aludido se configuró una exclusión injustificada de clientela, prevista en el segundo párrafo de la citada norma, sin llegar al supuesto de discriminación en sentido estricto, como concluyó la citada Comisión.

En el presente caso conviene analizar si el cambio de criterio por parte del órgano colegiado administrativo va acorde o no con la finalidad de protección al consumidor efectuada por el Indecopi, toda vez que dicha modificación muy bien pudo no otorgar la relevancia a la gravedad de la vulneración (acto de discriminación) y en vez de haberle dado una debida protección como consumidor al denunciante, se restringió las circunstancias que se podían considerar o no como actos de discriminación en materia de protección al consumidor.

Lo que se pretende con el presente trabajo es dejar clara mi posición respecto a lo que se resolvió en ambas instancias administrativas, tomando en cuenta la jurisprudencia existente al momento de la ocurrencia de los hechos y la que actualmente se viene manteniendo respecto al tema de discriminación.

Finalmente, cabe mencionar que el área del derecho al que pertenece el expediente de mi elección corresponde a la de protección al consumidor, con matices constitucionales, razón por la cual elegí el mismo.

2. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia en el expediente:

2.1. Denuncia¹

Con fecha 18 de octubre de 2006, el señor Augusto Barrón Velis interpone una denuncia contra Mama Batata Perú Fun and Bar and Grill ante la Comisión de Defensa del Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, al haberse vulnerado sus derechos como consumidor e infringido lo previsto en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor.

Como petitorio de la misma, solicita lo siguiente:

- Se imponga una sanción administrativa ejemplar a la denunciada por haber establecido algún tipo de discriminación, la que se vio reflejada al momento de impedirle el ingreso a su local sin motivación alguna.
- Se ordene a la denunciada adoptar las medidas correspondientes a fin de evitar futuras agresiones y prácticas discriminatorias.
- Se ordene a la denunciada que cumpla con reembolsar los gastos médicos en que incurrió como consecuencia de la golpiza que le propinaron los miembros de seguridad del local.
- Se ordene a la denunciada cumpla con pagar los costos y costas del procedimiento.

Fundamentos de hecho:

- Con fecha 30 de abril del 2006, aproximadamente a las 02:30 am, el denunciante acompañado del señor Carlos Rodolfo Córdova Lostaunau se constituyó al local de la denunciada con la finalidad de ingresar al mismo, para lo cual se colocaron en la fila de ingreso; sin embargo, cuando les tocó el turno para ello, se les impidió el mismo pese a que si se dejaba ingresar a otras personas.
- Ante dicho evento es que al tratar de ingresar al local, los miembros de seguridad, de forma violenta, procedieron a retirarlo del lugar sin explicarle razón alguna de dicha decisión.
- Es con ocasión de dicho impedimento que el denunciante se comunicó con sus abogados, quienes se pusieron en contacto con el administrador del local a efectos de que investigue los sucesos reclamados; sin embargo este jamás se pronunció al respecto.
- Producto de las lesiones ocasionadas, es que el denunciante ingresó por emergencia a la Clínica Ricardo Palma, donde se le diagnosticó

¹ Tomo 1 – paginas 8 al 14.

traumatismo encéfalo craneano, conmoción cerebral, policontuso, otorgándole descanso médico.

Fundamentos de derecho:

- Sostiene que se debe tomar en cuenta lo previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo 716, el cual establece que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú.
- Manifiesta que de acuerdo al artículo 3 literal b.4 se define como prestadores a aquellas personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.
- Asimismo, señala que el artículo 5 literal d establece que todos los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.
- Finalmente, agrega que corresponde la aplicación del artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, donde se establece que: *Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. (...) Está prohibido realizar la 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.*

2.2 Absolución de la denuncia²

Con fecha 08 de enero de 2007, Mamabars S.A.C. contestó la denuncia planteada en su contra sosteniendo lo siguiente:

- Es verdad que en la fecha señalada por el señor Barrón no se le permitió el ingreso, pero la razón para ello se debió a que este se encontraba en estado de ebriedad y porque intentó ingresar de manera prepotente al local, faltándole el respeto a las personas que se encontraban en la cola, así como a los miembros de seguridad.
- Dada la condición en que se encontraba el denunciante es que se le consideró como peligro potencial, y con la finalidad de salvaguardar la seguridad de las personas que ya se encontraban en el interior del

² Ibidem – páginas 42 al 66.

establecimiento, es que se le impidió el ingreso al local, hecho que se le informó al señor Barrón en ese mismo acto.

- Ante el impedimento antes referido, es que el denunciante se tornó agresivo, lo que motivó que el personal de seguridad emplee la fuerza para repeler los ataques y golpes que ejercía el señor Barrón contra ellos.
- Se debe tener en cuenta que se actuó de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 9 de la Ley de Protección al Consumidor, en donde se dispone que los consumidores tienen derecho a una protección eficaz contra un potencial peligro para la salud y su seguridad física. De la misma forma, que de advertirse un potencial peligro, se deberá informar al consumidor de dicho riesgo.
- Es con ocasión de lo allí dispuesto, que se debe entender que el proceder de los miembros de seguridad se ajustó a lo dispuesto por ley, tanto más, si los antes aludidos actuaron en legítima defensa ante las agresiones físicas que efectuaba el señor Barrón; por consiguiente, queda claro que no se puede hablar de falta de idoneidad en el servicio.
- Asimismo, el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor establece la responsabilidad objetiva y bajo ese entendido, al proveedor se le impone la obligación procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en mercado o del servicio prestado, hecho que sólo es aplicable una vez que se haya acreditado el defecto por parte del consumidor, tal y como se establece en la regla general dispuesta en el artículo 196 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos.
- Para acreditar su responsabilidad se debió probar el defecto, hecho que no cumplió con demostrar el señor Barrón, por lo que no está obligada a demostrar que un supuesto defecto no le es imputable.
- En cuanto a la discriminación alegada por el denunciante, la misma Comisión mediante diversos informes de inspección pudo probar que en su local no se presentó discriminación de índole alguna.
- Finalmente, sólo se impide el ingreso a su local comercial siempre y cuando medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas; por lo cual, lo ocurrido el 30 de abril de 2006 con el señor Barrón se debió a razones objetivas para no dejarlo entrar.

2.3 Hechos administrativos:

- Mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2006 el señor Barrón presentó una denuncia contra Mama Batata Perú Fun and Bar and Grill por haberlo discriminado el día 30 de abril de 2006 al no haberlo dejado ingresar sin justificación alguna a su local.

- Mediante proveído 1 de fecha 02 de noviembre de 2006³ la Comisión de Protección al Consumidor admitió a trámite la denuncia por la presunta infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.
- Mediante escrito de fecha 08 de enero de 2007 la denunciada absolvió la denuncia, alegando que al no haber probado el señor Barrón la discriminación alegada en su contra y la falta de idoneidad en el servicio, esta no se encontraba obligada a demostrar los hechos que se le imputaron.
- Mediante proveído de fecha 04 de abril de 2007⁴ la Comisión de Protección al Consumidor amplió los supuestos de imputación hechos a la denunciada, y señaló que se debe admitir a trámite la denuncia en contra de Mamabars por la presunta infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.
- Mediante la Resolución 1043-2007/CPC de fecha 30 de mayo de 2007⁵ se declaró fundada la denuncia contra Mama Batata por la infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, sancionándola con una multa de 20 UIT.
- Mediante escrito de fecha 11 de junio de 2007⁶, el señor Barrón apeló la Resolución 1043-2007/CPC alegando que la Comisión omitió pronunciarse respecto a su pretensión de infracción al deber de idoneidad.
- Por su parte el 11 de junio de 2007⁷ la denunciada interpuso su recurso de apelación contra la Resolución 1043-2007/CPC señalando que se afectó su derecho de defensa al no habersele otorgado un plazo para cuestionar los medios probatorios que presentó el señor Barrón, y por no haberse valorado los que presentó en su oportunidad.
- Mediante Resolución 2478-2007/TDC-INDECOPI de fecha 06 de diciembre de 2007⁸, la Sala de Defensa de la Competencia, declaró nula la Resolución 1043-2007/CPC por haber afectado el debido procedimiento, al no haber considerado dentro de su análisis los medios probatorios ofrecidos por Mama Batata.
- Por proveído 16, de fecha 25 de febrero de 2008,⁹ se dispuso como hecho imputado la presunta infracción al artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, otorgándole un plazo de 05 días a la denunciada a efectos de que cumpla con presentar sus descargos.

³ Ibidem – páginas 18 y 19.

⁴ Ibidem – páginas 191 y 192.

⁵ Tomo 2 – páginas 94 al 108.

⁶ Ibidem – páginas 113 al 117.

⁷ Ibidem – páginas 118 al 158.

⁸ Tomo 3 – páginas 158 al 165.

⁹ Ibidem – páginas 168y 169.

- Con fecha 05 de marzo de 2008¹⁰ Mamabars S.A.C. presentó sus descargos, señalando que el denunciante manifestó haber sido discriminado; sin embargo, no cumplió con indicar el motivo de la misma, por lo que se presume que es por motivo de raza. Alega que dicha acusación no se ajusta a la realidad conforme se desprende de las fotos que presentó como medio probatorio, sino que los actos que el denunciante considera como un hecho de discriminación son actos de desigualdad de trato por razones objetivas. Asimismo, manifiesta que la legislación en materia de protección al consumidor recoge como excepción la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación, por lo que al no haber logrado probar el denunciante la existencia de la causal subjetiva, no se le puede encontrar responsable de lo que se le imputa.
- Los documentos presentados por el señor Barrón, como el parte policial y la historia clínica, son documentos emitidos por terceros que no estuvieron en el lugar y que sólo recoge el dicho del denunciante. También, se debe considerar el hecho que el señor Barrón no ingresó al local el día de los eventos, por lo que no se configuró la relación de consumo a efectos de hablar de idoneidad. Finalmente, en lo que respecta a las agresiones que alude el denunciante, al no ser materia que compete al Indecopi, este no puede emitir pronunciamiento al respecto.
- Con proveído 17, de fecha 14 de marzo de 2008¹¹, se dispuso como puntos controvertidos del procedimiento: *Mamabars S.A.C. habría incurrido en prácticas discriminatorias en perjuicio del señor Barrón Velis Augusto, al impedirle ingresar al establecimiento de Mama Batata y presuntamente agredirlo. Dicha situación podría construir una infracción al artículo 7b de la Ley de protección al Consumidor. El maltrato recibido por el señor Barrón Velis Augusto al ser presuntamente agredido por personal de Mama Bars S.A.C.; por lo cual podría constituir una infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.*; otorgándole un plazo de 05 días hábiles a la denunciada para que presente su descargo.
- Con fecha 28 de marzo de 2008¹², la denunciada presentó sus descargos señalando que al no haber ingresado al local no se configuró la relación de consumo ni prestación de servicio, por lo que no corresponde aplicar la Ley de Protección al Consumidor; y que en lo referente a las agresiones señaladas por el denunciante, estas son controversias que deben ventilarse en un proceso penal.

¹⁰ Ibidem – páginas 172 – 177.

¹¹ Ibidem – páginas 181 al 183.

¹² Ibidem – páginas 189 y 190.

- Mediante Resolución 1525-2008/CPC de fecha 07 de agosto de 2008¹³, la Comisión de Protección al Consumidor tomó su criterio basándose en la no probanza de la existencia de causas objetivas y justificadas que tuvo la denunciada para no dejar ingresar a su local al señor Barrón Velis. Asimismo, dicho órgano resolutorio, consideró que los actos a los que fue sometido el denunciante fueron prácticas discriminatorias, y como tal resultan ser graves para el interés de los consumidores; por lo que, la sanción a imponerse debía guardar correspondencia con el bien jurídico que se quiere proteger, como es la dignidad de la persona, más aún si dicha afectación genera un daño muy alto a la sociedad, teniendo en cuenta que la relación de consumo dentro de una sociedad constituye un factor económico relevante y que tratos como aquellos impediría un desarrollo regular de la sociedad. De la misma forma, resolvió declarando improcedente la denuncia del señor Barrón en el extremo referido al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor; y declaró fundado el pedido del denunciante en cuanto a la infracción del artículo 7B de la referida ley, sancionando a la denunciada con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias.
- Mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2008¹⁴ la denunciada presentó su recurso de apelación señalando que: **(i)** que nos encontramos frente a un caso de desigualdad de trato por razones objetivas y no de discriminación, por lo que no se cometió infracción alguna; **(ii)** La Comisión no ha realizado una correcta evaluación de los medios probatorios presentados en el procedimiento, dado que no tomó en cuenta los indicios y pruebas como son: a) la fotografía tomada el día de los hechos en donde quedó demostrado que se permite el ingreso de manera normal a personas de diversas edades y rasgos raciales, b) el Informe de ocurrencia presentado por la empresa VIPS en relación a lo ocurrido en la fecha de los hechos, en donde se señala la forma agresiva que mantuvo el denunciante el aludido día, c) el informe de seguridad de la empresa Eulen del Perú que presta servicio de seguridad al centro comercial de Larcomar, en donde se concluyó que no se presentaron las agresiones físicas que manifestó el señor Barrón, d) las actas de las reiteradas diligencias de oficio realizadas por el Indecopi, en donde se concluyó que no se presentó política de discriminación en el local, y e) la declaración del señor Jorge Salas. **(iii)** se ha infringido el debido procedimiento al no haberse considerado la referida declaración, la cual demuestra que el declarante fue agredido verbalmente por el señor Barrón, siendo testigo de la agresión al personal de seguridad. **(iv)** el señor Barrón nunca acreditó cual sería la razón por la que se le habría discriminado, más aún si se tiene en cuenta

¹³ Tomo 4 – páginas 52 al 66.

¹⁴ Ibidem – páginas 69 al 77.

que la Comisión aceptó que se probó que no existió discriminación racial y quedaron descartados los otros tipos de discriminación con el dicho vertido en el informe oral que se realizó, donde se alegó que se discriminó al señor Barrón debido a su edad. **(v)** la Comisión no señaló el tipo de discriminación ni motivo de la misma; **(vi)** existe una contradicción en los argumentos de la Comisión, puesto que por un lado sostiene que las causales para no dejar ingresar a una persona a un local público es que esta se encuentre en estado etílico; sin embargo, no consideró las pruebas que presentó al respecto; y **(vii)** la Comisión incurre en una seria contracción al señalar que las indemnizaciones son de carácter civil y por ende son competencia del Poder Judicial; sin embargo, consideró el daño emergente como medida correctiva al ordenar que se reembolse al denunciante los gastos médicos.

- Mediante Resolución 1731-2010/SC2-INDECOPI de fecha 11 de agosto de 2010¹⁵, la Sala de Defensa de la Competencia N°2 tomó como criterio el hecho de que si bien la discriminación reviste mayor gravedad por vulnerar no solo el derecho al acceso a productos o servicios ofertados en el mercado, sino que también afectó a la dignidad de las personas y entorpece el normal desarrollo de una vida adecuada en la sociedad; sin embargo, consideró que cuando el afectado solo lograra probar un trato desigual y el proveedor no demostrara que el hecho reprochado a causas objetivas y justificadas, sólo correspondía embonar el hecho denunciado en el tipo básico previsto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. De la misma forma, sostiene que todo acto de discriminación implica mayor actuación probatoria; por lo que, consideró que al haberse demostrado que medió causa objetiva para impedir el acceso, esto sólo podía implicar una selección de clientela injustificada; más aún, si el denunciante no habría señalado el factor de discriminación de acuerdo a lo previsto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. Por los motivos antes expuestos, la Sala resolvió confirmar la apelada modificando sus fundamentos con la finalidad de establecer que la infracción que se pudo corroborar fue la figura de la exclusión injustificada de clientela prevista en el segundo párrafo del artículo 7B del Decreto Legislativo 716. Como consecuencia de ello, terminó por revocar el extremo de la apelada referente a la multa impuesta en primera instancia administrativa reduciéndola a 02 Unidades Impositivas Tributarias.

3. Identificación de los principales problemas jurídicos:

- Determinar si los fundamentos vertidos por la Sala de Defensa de la Competencia N°2 al momento de analizar la infracción que se le imputó

¹⁵ Ibidem - páginas 96 al 107.

a la denunciada (discriminación) se ajustan a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú¹⁶.

4. Posición del postulante:

Como señalé en el punto *Resumen*, mi postura va orientada a demostrar que se vulneró la dignidad del señor Barrón tal y como lo sostuvo la Comisión de Protección al Consumidor. Ante ello, considero conveniente desarrollar brevemente algunos conceptos que ayudaran a sustentar mi posición. Para lo cual, iniciaré con la norma que rige nuestro ordenamiento jurídico, como es la Constitución de 1993.

A diferencia de la Constitución de 1979¹⁷, en la actual Constitución se advierte que en el Artículo 1¹⁸ se señala de manera expresa a la dignidad de la persona, con ello, queda claro que en la actual carta magna se le otorga fuerza legal a la defensa de la persona humana al haberse incorporado dicho concepto en el texto normativo. Siendo ello así, se entiende que la defensa a la persona de la que allí se habla se hará efectiva si esta se reconoce que va de la mano con el respeto a su dignidad; en ese sentido, al hablar de su protección también se estaría hablando de la de su dignidad.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto por la norma antes referida, respecto a que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de nuestra sociedad, cabe mencionar que la defensa de la misma, debe ser una prioridad para nuestro Estado en todos los ámbitos existentes dentro de él, entendiéndose, en ese sentido, que toda falencia a dicho fin es responsabilidad tanto de los agentes públicos como la de los privados que conforman la sociedad.

Dicho esto, se puede afirmar que el respeto a la persona resulta ser un fin que debe alcanzar todo Estado; por ello, queda claro que para que aquel se desarrolle acorde a su finalidad, la dignidad debe estar revestida de umbral mínimo de protección al que tiene derecho toda persona.

En atención a lo expuesto, al haberse consagrado a la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin superior de la sociedad, esta resulta ser inherente a aquella; por lo que, dicha figura tendría un valor constitucional superior y como tal a servido para que el ordenamiento jurídico al momento expedir normas tenga en cuenta de que las mismas estén acorde a dicho

¹⁶ **Artículo 2°.**- Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)

¹⁷ **Artículo 1.** La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

¹⁸ **Artículo 1.- Dignidad de la persona**

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

precepto constitucional, y que no avale actividades que vayan en contra de la mencionada dignidad.

En consecuencia, el respeto a la dignidad resulta ser una obligación que no sólo abarca dicho concepto, sino que también engloba a la misma persona, entendiéndose que dicha obligación siempre ha de estar orientada a promover el desarrollo de la persona a efectos de que alcance su máximo potencial como ser humano a través de su proyecto de vida y metas que se pueda proponer a lo largo de su existencia.

Pues bien, habiendo señalado que el Estado tiene la obligación de cumplir con la finalidad señalada en la Constitución este se encuentra obligado a promover políticas que ayuden al desenvolvimiento del ser humano dentro de su sociedad. También es preciso mencionar que dentro de dicha política se debe establecer un sistema económico que vele por el desarrollo de la persona dentro del mercado, lugar donde cada persona consigue satisfacer sus necesidades ya sean estas básicas o no.

Todo lo antes señalado, es en cuanto a la dignidad y la protección que tiene en nuestra Constitución, y habiendo demostrado que la misma también se encuentra presente en una relación económica dentro del mercado, resulta pertinente desarrollar brevemente como aquella figura goza de protección en nuestra Constitución.

Continuando con el sustento de mi postura, considero que ahora corresponde hablar de la protección que la referida norma le hace a la persona dentro de una relación de consumo.

En ese sentido, la Constitución Política del Perú, en su artículo 65¹⁹ le da una connotación constitucional a la protección del consumidor - que resulta ser la persona ejerciendo su desarrollo como ser humano dentro del mercado – donde queda claro que toda actividad económica que aquel realice necesita ser regulada y vigilada por el Estado.

Como se puede observar, de acuerdo a la ubicación de la mencionada norma, se advierte que esta se encuentra dentro del capítulo del régimen económico de la Constitución, y el hecho de que en ella se haya establecido de forma expresa la protección al consumidor, se infiere que el Estado le da más importancia a la persona que participa dentro de una operación comercial realizada en el mercado, por considerar que estese encuentra en una situación de desventaja respecto al proveedor.

Como resulta evidente, si los eventuales consumidores acuden al mercado con el objetivo de satisfacer sus necesidades, lo mínimo que está esperando es que

¹⁹ **Artículo 65°.**- 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.

dentro de la relación de consumo, debe darse con respeto a sus derechos como persona, lo que implica un trato digno, entendiéndose con ello un acceso digno al mercado.

Así pues, queda demostrado que no se puede alejar a la persona fuera del mercado, toda vez, que en él es donde puede encontrar los servicios y recursos necesarios (alimentos, servicios básicos – agua y luz, salud, educación, entre otros) para poder desarrollar su proyecto de vida. Entonces si las relaciones de consumo no se conducen de manera correcta, esto es, con respeto a la dignidad de la persona, en ellas se pueden presentar una eventual vulneración a los derechos fundamentales del consumidor.

Entrando al tema de protección al consumidor, se advierte que el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 0008-2003-AI/TC sostiene que si bien se le reconoce al consumidor el derecho a la información, ese no es el único, pues el artículo 65, ya mencionado, contiene derechos implícitos lo que hace que dicha norma contenga *numerus apertus* de derechos. De la misma forma, señala que el Estado es quien debe garantizar un adecuado desarrollo de la economía que se presenta en el mercado, y que su intervención deberá presentarse cuando no se satisfaga las necesidades de los consumidores (calidad, precios, etc.)

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 3315-2004-AA/TC, ha señalado que el principio pro consumidor es la regla que rige toda relación de consumo, en donde se entiende que el Estado actúa a favor de los consumidores por considerar que estos están en una desventaja asimétrica respecto al proveedor de productos o servicios, la cual aparece en una relación de consumo con un.

De la lectura a dichas sentencias, se concluye que la interpretación del artículo 65 contenida en la Constitución, se debe dar dando prioridad a la protección al consumidor como persona.

De lo antes expuesto, ha quedado demostrado que el consumidor dentro del mercado goza de protección Constitucional, y que para que dicha relación de consumo sea aceptada en el mercado, dentro de esta se debe respetar los derechos del consumidor, dentro de los cuales siempre se encuentra presente su dignidad.

Por último, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 3 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, se entiende por consumidor a *“Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”*.

Ahora bien, estando a que la Sala de Defensa de la Competencia N°2 sostuvo que no se afectó la dignidad del señor Barrón, de acuerdo a lo señalado líneas arriba, demostraré que se llegó a afectar la misma.

Comenzaré por señalar, que toda persona tiene dignidad; por lo tanto, al encontrarse dentro de una relación de consumo como consumidor y como uno de los actores de dicha actividad económica, se entiende que en dicha relación se puede afectar la referida dignidad.

Siendo ello así, una de las formas de vulnerar la dignidad es a través de actos de discriminación; por ende, dentro de una operación comercial en donde participe un consumidor, muy bien se podría presentar dicha figura. Pues bien, aplicando la referida figura a una relación de consumo, tenemos que esta se presenta cuando una persona al querer adquirir un producto o servicio ofertado en el mercado esto no se le permite por razones injustificadas ligadas a su condición social, raza, sexo, orientación sexual, origen, o cualquier otra índole²⁰.

Así pues, resulta evidente que dicha situación no solo afecta la dignidad de la persona involucrada, sino que aparte de afectar al equilibrio del mercado, también se afectó su derecho a la igualdad, toda vez, que ello impide que exista un trato igualitario entre todos los consumidores interesados en los mismos bienes o servicios.

En cuanto al derecho a la igualdad, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 0261-2003-AA/TC²¹, este funciona en la medida que se encuentra asociado a otro derecho. Entonces, desde su perspectiva de derecho fundamental cada individuo puede exigir de manera individual ser tratado igualdad ante la ley y no sufrir actos de discriminación. Es decir, al ser un derecho subjetivo, este le permite a cada individuo exigir no ser discriminado respecto de quienes se encuentran en situaciones similares a la suya. Por consiguiente, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución, una de las manifestaciones de derecho a la igualdad es no ser discriminado.

Otra de las figuras que se pueden presentar en la relación de consumo, es el trato diferenciado ilícito.

Este concepto, también se da cuando el proveedor le niega al consumidor interesado acceder a un bien o servicio; sin embargo, la diferencia con la situación anterior es que lo motiva a tal negativa obedece a un tema subjetivo que no afecta la dignidad de la persona.

²⁰ Constitución Política del Perú (1993)

Artículo 2: Igualdad ante la ley

Toda persona tiene derecho:

(...)

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

²¹ (...)

3.1. (...) La igualdad garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

Con ello, se puede afirmar, que el trato diferenciado resulta ser la negativa del acceso a bienes o servicios por motivos injustificados guiados por la subjetividad del proveedor; por lo que, la infracción no resulta ser tan grave como lo es la discriminación, en donde los motivos no solo son injustificados e irrazonables sino que ellos atacan a la igualdad y a la dignidad de la persona, hecho que resulta ser una infracción más grave por atacar a más de un derecho fundamental, resultando en ese sentido ser socialmente reprochable.

En virtud a ello, estando a la gravedad de la vulneración, queda claro que la sanción a un acto de discriminación debe ser mayor que la que se pueda otorgar a uno de trato diferenciado ilícito; razón por la cual, será necesario que se aporten mayores medios probatorios que demuestren que existió dicha conducta gravosa.

Además, se deberá tener presente que la figura de discriminación al ser sancionada por la propia constitución, en la legislación penal la ha catalogado como un delito, y en merito a ello, no solo es posible de ser sancionada administrativamente, sino que el mismo hecho puede ser condenado penalmente.

Como ya se mencionó, los consumidores son aquellos que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios; por ello, resulta razonable hablar de la idoneidad²² y la calidad de los productos o servicios que se le hayan ofrecido.

Entonces, siendo que la expectativa de todo consumidor es ser tratado adecuadamente al momento de querer acceder al producto o servicio, es que muchas veces un trato arbitrario rompe dichas expectativas; por lo que, muchas veces se suele mencionar que se ha vulnerado el deber de idoneidad; sin embargo, de la lectura al artículo 8 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, queda claro que la idoneidad se afecta cuando el consumidor, una vez recibido ya sea el producto o servicio, encuentra defectuoso el mismo; esto es, cuando el proveedor no cumple con los términos que pactó y ofertó; por consiguiente, la afectación a dicho deber dista mucho de ser equiparado a un trato discriminatorio; esto es, la idoneidad no es lo mismo que discriminación o trato diferenciado ilícito.

Luego de haber señalado brevemente como es que la dignidad del consumidor puede ser afectada dentro de una relación de consumo, y siendo que mi postura es que se afectó la dignidad del señor Barrón, a continuación pasó a exponer como se afectó la misma, a través de la discriminación.

²² **Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716.**

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

Bajo ese entendido, corresponde recurrir al máximo intérprete de la Constitución. En ese sentido, tenemos que el Tribunal Constitucional²³ en reiterada jurisprudencia estableció que:

(...)

62. *Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.*

De lo glosado precedentemente, queda claro que no se le da una categoría intermedia a la figura de la discriminación. De la misma forma, de lo previsto en el artículo 7B del Decreto Legislativo 716²⁴ no se desprende que en él se haya determinado de manera expresa un rango genérico, con el término de *selección de clientela* sin que medie justificación, y uno agravado de la discriminación. Es más, dicha norma establece que cuando el trato diferenciado se base en causas objetivas y razonables, dicho trato no constituirá infracción alguna al referido decreto legislativo. Entendiéndose en ese sentido, que si el trato en mención es uno donde no media justificación objetiva y razonable, este resulta ser una discriminación; por ende, si bien cada caso será analizado a la luz de sus propios hechos, ello no implica de forma alguna que las figuras allí establecidas se entiendan como dos tipos de infracción.

Ahora bien, de lo sustentado por la Sala, en los puntos 19²⁵, 26²⁶ y 27²⁷ de la Resolución 1731-2010/SC2-INDECOPI, se advierte que para apartarse del

²³ Sentencia 0048 – 2004-PI/TC; Sentencia 02835-2010-PA/TC (Fundamento 42).

²⁴ **Artículo 7B.-** Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

²⁵ (...) 19. De acuerdo a lo expuesto, en tanto el consumidor acredite un trato desigual y el proveedor no pruebe causas objetivas para dicho proceder, corresponderá sancionar a éste último por el tipo básico previsto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. La sanción de la forma agravada correspondiente a actos de discriminación requiere de una mayor actuación probatoria acorde con la naturaleza de este tipo de prácticas, a través de diligencias de inspección, sin notificación previa, u otros medios aportados por las partes en ese sentido que permitan a la Administración determinar la

criterio al que arribó la Comisión, se basó en el hecho que al no haber quedado comprobado que hubo una discriminación en contra del señor Barrón en base a su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, es decir, no quedó demostrado que la decisión que tomó la denunciada, para no dejar ingresar al denunciante, se debió a que este pertenecía a un grupo específico de personas, concluyó que el cuestionado proceder de la denunciada no configuró como un acto de discriminación sino como una mera infracción.

Ahora bien, a la luz de los mecanismos desarrollados para determinar cuándo nos encontramos frente a un supuesto de trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables o si nos encontramos frente a un trato injustificado por ende discriminatorio, resulta conveniente realizar el test de razonabilidad establecido por el Tribunal Constitucional²⁸.

De acuerdo a este test, este se desarrolla mediante tres sub principios, como son el de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad. El primero de ellos consiste en analizar la relación que existe entre el medio adoptado y el fin que se persigue con ello, entendiéndose que al no ser el tratamiento diferenciado idóneo este no será legítimo. En cuanto al segundo, este alude a que no debe existir otro medio alternativo al ya optado, que tenga la misma idoneidad para alcanzar el mismo objetivo. Finalmente, el último sub principio hace referencia a la comparación entre el grado de realización del fin constitucional con el de la intensidad en la intervención de la igualdad²⁹.

Dicho ello, es necesario a su vez precisar que de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, dicho test debe ser aplicado de manera sucesiva,

existencia de esta clase de infracciones, pues aún cuando el proveedor no logre acreditar una condición objetiva para la limitación o negativa de acceso, dicha situación sólo podría implicar una selección de clientela injustificada sin llegar a dar cuenta de prácticas discriminatorias, figura agravada de esta práctica.

²⁶ (...) 26. En efecto, en el presente caso la denuncia del señor Barrón fue interpuesta por la negativa de ingreso a la discoteca Mama Batata y si bien se empleó términos como política discriminatoria y trato discriminatorio, no mencionó siquiera cuál sería el factor de discriminación en los términos del primer párrafo del artículo 7b tal como ha sido analizado en los puntos 16 y 17. Debido a ello, si bien en un primer momento Mama Batata ofreció medios de prueba para acreditar que no había selección alguna por criterios raciales o de condición socio económica, finalmente el procedimiento se centró a valorar el presunto estado de ebriedad del señor Barrón, pues ya se ha señalado que este último sólo denunció la arbitrariedad en la negativa de acceso a la discoteca sin atribuir un factor de discriminación particular tal conducta.

²⁷ (...)27. Por las consideraciones expuestas precedentes, corresponde confirmar la resolución recurrida que declaró fundada la denuncia del señor Barrón contra Mama Batata por infracción al artículo 7b de la Ley de Protección al Consumidor, modificando sus fundamentos, en atención a precisar que en el presente caso se configuró una exclusión injustificada de clientela prevista en el segundo párrafo de la norma, sin llegar al supuesto de discriminación en sentido estricto, figura que importa la forma agravada de dicha infracción. Dicha precisión resulta necesaria en el análisis de las medidas correctivas ordenadas así como en la graduación de la sanción impuesta, que sigue a continuación.

²⁸ Sentencia 0048-2004-PI/TC

²⁹ Sentencia 045-2004-PI/TC

siendo que de no pasar el primer análisis a la luz del primer sub principio no corresponderá el análisis de los demás.

Siendo ello así, y comenzando por el sub principio de idoneidad, tenemos que el medio optado por la denunciada fue retirar a la fuerza (empleando violencia) al señor Barrón del frontis de su local, con la finalidad de que este no ingresara en el supuesto el estado de ebriedad en que se encontraba y ponga en riesgo a las personas que se encontraban dentro del local. Bajo este supuesto, se tiene que no existía la finalidad mencionada (ya que el señor Barrón se encontraba a fuera del local), toda vez que la denunciada basó está en la protección de las personas que ya se encontraban dentro del local, al haber considerado al señor Barrón un peligro potencial por estar ebrio, y estando a que dicha condición no fue probada, el trato desigual no fue justificado; en consecuencia, dicho trato no tuvo una justificación objetiva ni razonable, y por ende se debió entender como discriminación.

En consecuencia, al no pasar el test de idoneidad, no corresponde examinar el caso bajo los sub principios de necesidad y proporcionalidad; por consiguiente, al no haber superado el test analizado, el trato que sufrió el señor Barrón es inconstitucional.

En ese sentido, se puede concluir que la Sala al haber cambiado su criterio para deslindar la figura de la discriminación (respecto a lo resuelto por la Comisión), trajo como consecuencia que no se tome en cuenta la vulneración que sufrió la dignidad del señor Barrón, que como derecho y formar parte de la naturaleza de la persona humana e inspiración de nuestra Constitución, debió gozar de una correcta y adecuada protección.

Como punto aparte, no puede pasar desapercibido el hecho que dicho cambio no solo trajo como consecuencia que la afectación a la dignidad del señor Barrón se le considere como una simple infracción, sino que al no haberse configurado, a criterio de la Sala, una gravedad en la comisión de la infracción, la multa impuesta a la denunciada fue disminuida considerablemente, generando a mi criterio, que dicha medida en vez de tener un efecto disuasivo resulte ser una desprotección real y adecuada al consumidor.

En esta fase del análisis tengo que manifestar que concuerdo con los fundamentos expuestos por la Comisión de Protección al Consumidor en el segundo y tercer párrafo del punto 3.4 de la Resolución 1525-2008/CPC³⁰, de

³⁰ (...)En el presente caso, se ha verificado que Mama Batata ha incurrido en prácticas discriminatorias que resultan lesivas contra los intereses de los consumidores, quienes tienen derecho a acceder valorativa y equitativamente a los servicios ofrecidos por los promotores de discotecas, salas de baile, bares, pub, etc, evitando incurrir en conductas que afectan sus derechos fundamentales. 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 fondo, la dignidad de la persona humana, generan un daño muy alto para la sociedad, tanto en términos humanos como económicos, pues

ellos se evidencia que la Comisión tomó como base del análisis del caso la dignidad de la persona humana, la cual resulta ser la base del derecho a la igualdad y a la no discriminación³¹, motivo suficiente para que la Sala hubiese considerado que la infracción cometida configuró un acto de discriminación y como tal de gravedad, tanto más, si quedó demostrado que al no pasar el test de razonabilidad, el trato empleado careció de una justificación objetiva y razonable, tornando dicho trato en uno discriminatorio.

5. Conclusiones:

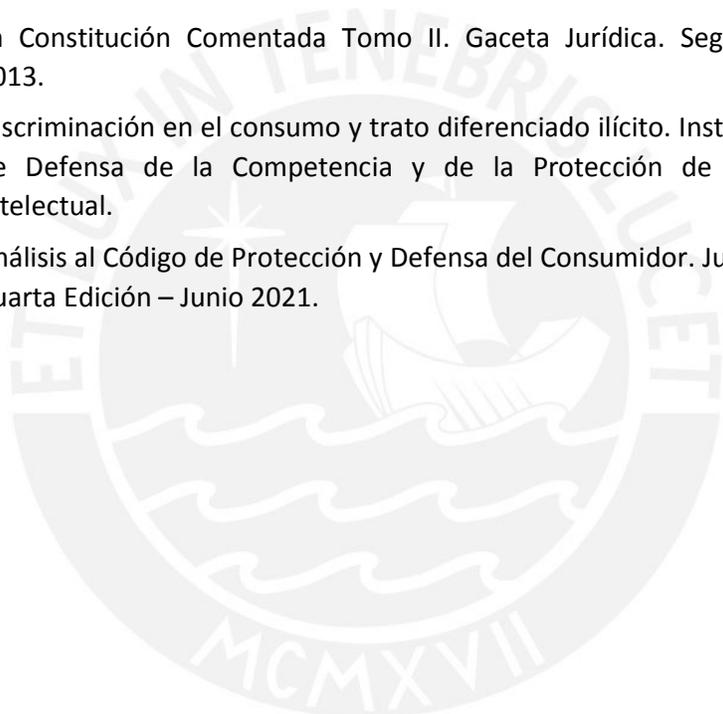
- Tal y como se ha podido comprobar el análisis que efectuó la Sala respecto a la figura de discriminación no fue a mi criterio la más adecuada, toda vez que quedó demostrado que no tomó en cuenta la dignidad del señor Barrón que se vio afectada con el mal proceder de la denunciada.
- Tras el análisis, he podido comprobar que el acto materializado por la denunciada sobre el señor Barrón no pasó el test de idoneidad establecido por el Tribunal Constitucional, y en consecuencia quedó claro con ello que el acto cuestionado fue uno discriminatorio.
- Ahora que se ha visto todo lo anterior, también se puede inferir que no se cumplió a cabalidad la protección del consumidor, toda vez, que de la medida adoptada por la Sala no se puede entender a esta como una medida disuasiva que traiga como consecuencia que en el futuro no se ejerza en un futuro una conducta igual o similar a la cuestionada.

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. (...)

³¹ Sentencia 05652-2007-PA/TC. (Fundamento 17)

6. Bibliografía:

- Sentencia 649-2002-AA/TC
- Sentencia 045 – 2004-PI/TC
- Sentencia 0048-2004-PI/TC
- Sentencia 5652-2007-PA/TC
- Sentencia 0008-2003-AI/TC
- Sentencia 3315-2004-AA/TC
- La Constitución Comentada Tomo I. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2013.
- La Constitución Comentada Tomo II. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2013.
- Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor. Jurista Editores. Cuarta Edición – Junio 2021.



Encargado: Jose Peral
 Fecha: 18/10/06
 Visio: X
 Obs: DNI - Trad. con...

70701
 114862

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

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

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



I.- PETITORIO:

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

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

407002
acceder a algún producto o servicio que el local en mención ofrece supuestamente al público en general, teniendo para ello el terrible daño físico y moral sufrido por mi persona a consecuencia de la aplicación de dicha política discriminatoria.

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

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

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

II.- ARGUMENTOS DE HECHO:

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

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

000003

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

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

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

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

000004

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

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

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

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

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

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

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

III.- ARGUMENTOS DE DERECHO:

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

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

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

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

4. Finalmente, es menester recalcar que para la ley de protección al consumidor resulta de tal importancia el trato igualitario entre los consumidores que en su artículo 7° B establece que: *“Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.”*

“Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas”(..) tal como lo hizo la denunciada.

IV.- MEDIOS PROBATORIOS

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

POR TANTO:

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

000007

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

AMEXOS

- 1-A Copia de mi D.N.I.
- 1-B Copia de la Denuncia Policial.
- 1-C Fotografia del agresor tomada con mi teléfono celular.
- 1-D Diagnóstico del Dr. Héctor García Requena
- 1-E Pago de la Tasa Correspondiente.



AUGUSTO BARRON VELIS
DNI N° 09335504

INDECOPI

2007 ENE 8 PM 1 20

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE
DOCUMENTARIO

TORRES & GAYO
ABOGADOS 000035

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

001931

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

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

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



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

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

I. LOS HECHOS EXPUESTOS POR EL DENUNCIANTE

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

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

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

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

1.8. De la misma forma, señala que con fecha 3 de mayo de 2006 procedió a una revisión física por parte del Médico Legista el mismo que emitió un dictamen al respecto.

1.9. Así, el Denunciante alega que fue víctima de una abusiva y violenta agresión física y emocional que le ocasionó descanso médico en reposo en posición vertical.

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

2.1. Tal como indica el Denunciante, con fecha 30 de abril de 2006 sucedió un incidente en el Bar Mamá Batata administrado por la empresa Mamabars S.A.C. (en adelante, "Mamabars").

2.2. Así, como a las 2:30 de la mañana aproximadamente acudieron al Local dos sujetos de entre 30 y 36 años de edad entre los cuales

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

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

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

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

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

III. DE LAS PRUEBAS DEL DENUNCIANTE

El Denunciante presenta como medio probatorio los siguientes documentos:

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

3.1. De la fotografía tomada con su teléfono celular

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

3.2. Del Informe Médico presentado por el Denunciante

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

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

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

IV. INEXISTENCIA DE FALTA DE IDONEIDAD EN EL SERVICIO

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

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

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

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

“Artículo 5

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

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

“Artículo 9

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

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

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

4.6. De tal manera, el personal de seguridad contratado por Mamabars, es decir, la empresa VIP actuó con muy buen criterio al no permitir el ingreso de estas personas al Local en ese estado, cumpliendo con las disposiciones legales en materia de protección al consumidor y protegiendo así los derechos de los consumidores que disfrutaban en el interior del Local del riesgo de que personas en este estado les causen un daño físico a ellos o a los bienes de su propiedad.

4.7. Incluso, la Comisión debe apreciar que en el presente caso, no nos encontramos frente a un tema de idoneidad en el servicio, sino más bien estamos frente a una agresión de parte del Denunciante que generó una legítima defensa de parte del personal de seguridad. Legítima defensa que estuvo comprendida por los siguientes supuestos: i) Agresión ilegítima del Denunciante ii) Racionalidad del medio empleado para impedir la o contenerla de parte de la seguridad de la empresa VIP y iii) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

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

a. Agresión Ilegítima

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

b. Racionalidad del Medio Empleado

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

c. Falta de Provocación suficiente de quien hace la defensa

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

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

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

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

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

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

5.3. No obstante, debemos considerar que lo señalado en el punto 5.1 y 5.2 es aplicable **una vez acreditado el defecto del consumidor.**¹ En este sentido, la carga de la prueba sobre la acreditación del defecto debe analizarse conforme a la norma que regula la carga de la prueba en general, es decir quien alega un hecho debe probarlo.

5.4. Al respecto, conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil, las normas en él contenidas se aplican supletoriamente a los procedimientos administrativos. Por esta razón, a quien afirma determinados hechos, le corresponde probarlos de acuerdo al artículo 196 del Código Procesal Civil.

5.5. De esta manera, a efectos de que a Mamabars se le atribuya responsabilidad objetiva, deben de estar claros principalmente dos supuestos:

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

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

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

5.6. En el presente caso, el Denunciante no ha acreditado de manera fehaciente como sucedieron los hechos ni la existencia de un defecto en el servicio de seguridad prestado por el consumidor. Incluso, ha señalado hechos falsos como el haber recibido una golpiza y haber sido fuertemente golperado en el suelo, comportamientos contrarios al standard razonable de conducta del personal de seguridad de cualquier local nocturno de esparcimiento.

5.7. En tal sentido, las únicas pruebas que se presentan sobre los hechos son una fotografía tomada desde un teléfono celular y un informe médico cuya fecha es de 11 días posteriores a la fecha en que sucedieron los hechos.

5.8. Así, la Comisión debe tener en cuenta que los defectos alegados por el Denunciante, no han sido acreditados bajo ningún efecto y en ese sentido no nos corresponde demostrar que un supuesto defecto no nos es imputable,

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

VI. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN

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

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

- 6.4. Por otro lado, días posteriores a esta Diligencia, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor solicitó una segunda Diligencia de Inspección que fue comunicada a través del Memorandum N° 1079-2006/GAF-Afi. Nuevamente, el Informe de la Diligencia de Inspección realizada con fecha 22 de julio de 2006, Informe N° 181-2006-EAB/AFI señala claramente que el miembro de la seguridad de Mama Batata no impidió en ningún momento el ingreso de las parejas seleccionadas por INDECOPI al establecimiento, entre las que habían personas de diversas razas.
- 6.5. Mamabars es una empresa con años de experiencia en el mercado de entretenimiento nacional y conoce las disposiciones legales sobre la materia. En ese sentido, en nuestro local no se practica ningún tipo de acto de discriminación por cuestiones raciales ni por cualquier otra índole. De este modo, es totalmente falso que en el local administrado por Mamabars, se impida el ingreso a personas por razones de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier otra índole. Así, está totalmente comprobado y acreditado que Mamabars no realiza selección de clientela

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

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

VII. DE LAS PRETENSIONES DEL DENUNCIANTE

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

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

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

tomadas por la empresa lima2night que adjuntamos al expediente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

POR TANTO:

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

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Adjuntamos al presente escrito los siguientes anexos:

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



NARGHIS TORRES
Abogado
CAL 21654



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

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

000592

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

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

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

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

000593

SANCIÓN: 20 Unidades Impositivas Tributarias

Lima, 7 de agosto de 2008

1. HECHOS

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

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

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

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

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

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

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

000594

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

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

2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

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

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Sobre los actos de maltrato

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

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

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

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

000595

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

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

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

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

³ CÓDIGO PENAL

Artículo 121°.- Lesiones graves

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

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

Artículo 122°.- Lesiones leves

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

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

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

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

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

3.2 Sobre los actos de discriminación

3.2.1 Normativa aplicable

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

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

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

Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor consagra una serie de derechos de los consumidores, entre los que se encuentran el derecho de acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, contenido en el inciso c) del artículo 5º y el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, establecido en el inciso d) del referido artículo.⁶

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

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

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

⁵ Ver fojas 487 a 490 del Expediente.

⁶ LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

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

- c) derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;
- d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial..."

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

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios".⁷

00059

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

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

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

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

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

Las decisiones de la Comisión deben perseguir la reducción de los costos que limitan el intercambio fluido y dinámico de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, lo que conlleva a que los recursos económicos existentes sean asignados de manera

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

eficiente o, lo que es lo mismo, que se genere mayor bienestar para todos. En tal sentido, cualquier decisión que adopte la Comisión no debe generar costos adicionales similares a los que, precisamente, se pretenden reducir. 000598

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

3.2.2 Aplicación al caso concreto

En su denuncia, el señor Barrón manifestó que al acudir al local perteneciente a Mama Batata se le impidió el ingreso sin mediar causa objetiva alguna, siendo posteriormente agredido por personal del establecimiento.

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

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

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

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

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

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

"IV.-CONCLUSIÓN

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

⁶ Ver fojas 105 del expediente.

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

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

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

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

DX. TEC. Conmoción cerebral, Policontuso"

(el subrayado es nuestro)

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

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

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

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

⁷ Ver fojas 117 y siguientes del expediente.

⁸ Ver fojas 9 del expediente.

⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL

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

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

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

a) Resultado de las Inspecciones realizadas por el INDECOPi

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

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

b) Fotografías tomadas por la empresa Lima2night¹⁰

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

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

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

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

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

⁹ Ver fojas 61 y siguientes del expediente.

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

¹¹ Ver fojas 52 y 53 del expediente.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 De la medida correctiva solicitada por el denunciante

¹² Ver foja 270 del Expediente.

¹³ Ver foja 567 del Expediente.

3.3.1. De la procedencia de la medida

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

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

Por otro lado, la Comisión considera pertinente ordenar de oficio como medida correctiva que, Mama Batata se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

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

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

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

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

14 LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

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

(...)

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

15 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

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

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

000602

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

000603

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

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

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

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

3.4 Graduación de la sanción

El artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor establece que la Comisión determina la sanción administrativa atendiendo criterios como la gravedad de la falta, los efectos que pudiese ocasionar la conducta infractora en el mercado entre otros que considere adecuados para cada caso concreto¹⁷.

En el presente caso, se ha verificado que Mama Batata ha incurrido en prácticas discriminatorias que resultan lesivas contra los intereses de los consumidores, quienes tienen derecho a acceder valorativa y equitativamente a los servicios ofrecidos por los promotores de discotecas, salas de baile, bares, pub, etc. evitando incurrir en conductas que afectan sus derechos fundamentales.

¹⁷ LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

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

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

De otro lado, dados los beneficios económicos que se derivan de la comisión de dichas prácticas y atendiendo al número significativo de personas que concurren a disfrutar de los servicios de entretenimiento brindados en la zona, consideramos que la sanción a imponer debe guardar relevancia particular con tales hechos; ello, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas anteriormente por dichas prácticas han sido elevadas¹⁸.

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

3.5 Sobre el pago de costas y costos

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

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

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

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

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807**

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

²⁰ Tasa correspondiente al derecho de presentación de la denuncia.

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

000605

4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

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

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

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

CUARTO: ordenar de oficio a Mamabars S.A.C. como medida correctiva, que se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras causas objetivas y justificadas.

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

SEXTO: sancionar a Mamabars S.A.C. con una multa ascendente a 20 Unidades Impositivas Tributarias²², la cual será rebajada en 25% si la empresa denunciada consiente la presente resolución y procede a cancelar la multa impuesta dentro del plazo de cinco (5) días de su notificación, conforme a lo establecido en los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo N° 807, Ley Sobre Facultades Normas y Organización del INDECOPÍ y la décimo tercera disposición complementaria de la Ley N° 27890, Ley General del Sistema Concursal²³.

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

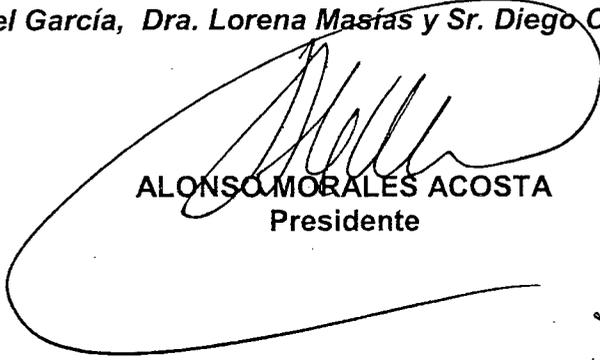
²¹ Dicha solicitud deberá ser acompañada de los documentos que sustenten los gastos incurridos por el denunciante en la tramitación del presente procedimiento.

²² Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPÍ - sito en Calle La Prosa 138, San Borja.

²³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPÍ**
Artículo 37°.- La sanción de multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución que puso fin a la instancia, en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

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

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



ALONSO MORALES ACOSTA
Presidente

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

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

**²⁵ LEY N° 27809, LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

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

²⁶ LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 212°.- Acto firme

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

INDECOPI

97374

Folio: 9 + Copias: -

CF

2008 AGO 19 PM 3 37

Expediente N° 2116-2006/CPC
Secretario Técnico: Edwin Aldana
Recurso de Apelación

000609

RECIBIDO
A LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL
UNIDAD DE TRÁMITE
DOCUMENTARIO
INDECOPI:

MAMABARS S.A.C., en los seguidos por Augusto Barrón Velis por
presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor, atentamente
decimos:

RECIBIDO
COMISION DE PROTECCION
AL CONSUMIDOR
19 AGO 2008
RECIBIDO

Mediante Resolución N° 1525-2008/CPC de fecha 7 de agosto de 2008
(notificada a ésta parte el día 12 de agosto de 2008) emitida por la Comisión de
Protección al Consumidor del INDECOPI, se declaró fundada la denuncia por
infracción al artículo 7B° de la Ley de Protección al Consumidor, interpuesta
por el señor Augusto Barrón Velis contra nuestra Empresa.

Dentro del plazo legal, de conformidad con lo establecido en el artículo
N° 38 del Decreto Legislativo N° 807, **interponemos recurso de apelación**
contra la Resolución N° 1525-2008/CPC, por los siguientes fundamentos:

La Comisión de Protección al Consumidor señala que al no haber
presentado medio probatorio alguno que acredite que el impedimento de
ingreso al señor Barrón al local de nuestra Empresa se debió a causas
objetivas y justificadas, hemos infringido el artículo 7B° de la Ley de Protección
al Consumidor e incurrido en prácticas discriminatorias-trato diferenciado.

Cabe precisar que nos encontramos frente a un caso de desigualdad de
trato por razones objetivas, no de discriminación, por lo que no hemos
cometido infracción alguna. El impedimento del ingreso al señor Barrón se
debió a que éste se encontraba en estado de ebriedad y podría ocasionar que

NO SE ADJUNTA COPIA DE
 DESCRITO
 RECAUDOS

se alterara el desarrollo normal de nuestra actividad comercial, poniendo en riesgo a los consumidores que se encontraban en nuestro local.

La Comisión de Protección al Consumidor ha realizado una valoración incorrecta de los medios probatorios presentados por las partes. 000610

La Comisión de Protección al Consumidor afirma que nuestra Empresa no ha presentado prueba alguna que acredite que (i) el señor Barrón se encontraba en total estado de ebriedad; y (ii) que el señor Barrón haya agredido físicamente a los miembros de seguridad de Mamá Batata.

En el presente caso, la Comisión no ha valorado debidamente los hechos, pruebas e indicios presentados por nuestra Empresa a lo largo del proceso, como son:

- Las fotografías del día de los hechos y de otras fechas del año 2006, presentadas en CD certificadas tanto por la empresa Lima2night como por el Notario Público de Lima doctor Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán, señalando las fechas a las que corresponden las mismas y que prueban el ingreso de personas de edades y rasgos raciales de todo tipo al local de Mamá Batata.
- El informe de ocurrencia presentado por la empresa VIPS en relación a lo sucedido en dicha fecha. Dicho informe indica textualmente:

"Ocurrencias: 2:30 a.m. del 30 de abril.

El problema comenzó cuando uno de los clientes que estaba dentro del local había salido previa coordinación con el personal de seguridad y con el compromiso de volver a los 5 minutos, dado que había cola porque el local se encontraba en su aforo máximo (cuenta que nosotros registramos con contómetros especiales), para dejar las casacas de sus amigos en su automóvil, a lo que nosotros accedimos.

Cuando en un minuto después, dos individuos que estaban en estado de ebriedad quisieron ingresar al local de Mama Batata sin respetar la cola aludiendo que pertenecían a un grupo de clientes que estaban reunidos dentro del local, entonces pusimos la verja para que no ingresen debido a su estado diciéndoles que no podían ingresar en el estado que se encontraban.

0006 11

Quando el cliente que había salido a dejar las casacas en su automóvil regresó, cual lo acordado ingresó al local haciendo uso de su sitio, los señores que se habían quedado cerca de la cola protestaron de mala forma, a lo cual se procedió a informar que el señor que había ingresado ya estaba anteriormente ahí y tenía su cupo dentro del local. Luego de unos minutos retiramos la verja, porque ya la cola para ingresar estaba grande y ya se habían retirado personas del local y el único motivo por el que no se dejaba ingresar eran los dos individuos ebrios, los cuales siguieron insultando a los que pasaban en la cola y a mi persona diciendo agravios de contenido racistas expresándose exactamente de la siguiente manera: "Oe tu quien crees que soy, vas a dejar ingresar a ese cholo de mierda y a mi me vas a dejar afuera"

Una vez que le doy la espalda uno de los individuos que estaba en estado de ebriedad quiso ingresar a la fuerza al local, acto que tuve que impedir debido a que estaba demasiado ebrio. En ese instante este individuo empezó a golpearme, por lo que tuve que defenderme y sujetarlo para evitar las agresiones, no habiéndose causado ninguna contusión o daño."

- El informe de seguridad de la empresa Eulen del Perú que presta servicios de seguridad a las instalaciones de Larcomar, y cuyos efectivos de seguridad fueron testigos presenciales de los hechos, el mismo que fue transcrito por Larcomar S.A. Dicho informe señala textualmente:

"A las 2:40 hs aproximadamente, dos señores que no se identificaron, en aparente estado de ebriedad, querían ingresar al local Mamá Batata pero como el local estaba lleno el personal de seguridad VIP les indicaron que no podían ingresar, a lo cual se pusieron a insultar al personal de seguridad llegando a empujar la reja de protección del local.

Continuando con su actitud agresiva empezaron a agredir con puñetes al personal de VIPs quienes en ningún momento contestaron la agresión llegando a proteger y contener los golpes. Se observa que los señores hicieron una llamada a una persona que identificaron como su abogado amenazando con denunciar al local y a su seguridad. A la media hora aproximadamente se hace presente el Sr. Gonzalo Salas Lozada (abogado de los señores) y conversa con el Sr. Tito Pasco encargado del local Mamá Batata quien le explica lo sucedido con los señores y los VIPs.

Cabe Indicar que en el incidente no hubieron daños personales que ameritaron atención médica por parte de Larcomar

Es todo cuanto tengo que informar a usted para los fines que estime conveniente"

- Las actas de las reiteradas diligencias de oficio realizadas por INDECOPI, en las que nuestra Empresa ha dejado acreditado que no tiene una política discriminatoria.

Asimismo, la Comisión no ha valorado la declaración del señor Jorge Salas, presentada por nuestra Empresa junto con un escrito con fecha 24 de julio de 2007. 000612

Desde un punto de vista formal, la Comisión habría incurrido en nulidad infringiendo el principio del debido procedimiento, al no considerar la mencionada declaración a efectos de resolver.

Dicha prueba resulta fundamental para resolver el caso, toda vez que a pesar de que se encuentra absolutamente probado que en el local de Mamá Batata no se practica ningún tipo de práctica discriminatoria, la declaración acredita de manera fehaciente que el señor Salas, cliente de Mamá Batata, fue agredido verbalmente por el señor Barrón o su acompañante, siendo testigo del estado de ebriedad del señor Barrón y de su agresión al personal de seguridad.

Todos los medios probatorios antes mencionados prueban, documentan y generan certeza sobre lo sucedido, acreditando que en este caso no existió discriminación, sino simplemente desigualdad de trato objetiva y justificada; por lo que no pueden ser considerados como simples declaraciones de parte.

En tal sentido, con las pruebas acompañadas ha quedado acreditado que personas de todas las razas y condiciones sociales ingresaron al local de Mamá Batata el día de los hechos e ingresan en todo momento, de manera gratuita, dado que nuestra Empresa no cobra entrada a las personas que acuden al local de Mamá Batata, siendo los únicos requisitos para ingresar: (i) cumplir con la edad mínima; (ii) no constituir peligro para la seguridad de local o de sus clientes; y (iii) que el local no se encuentra lleno.

Asimismo, de los mismos queda acreditado que: (i) el local se encontraba al límite de su capacidad a la hora que el señor Barrón y su acompañante llegaron y que los mismos no respetaron la cola ni el personal de seguridad; (ii) los señores se encontraban en estado de ebriedad al llegar al local de Mamá Batata; y (iii) fue el señor Barrón quien agredió al personal de seguridad de VIPS y no viceversa.

000613

La Comisión de Protección al Consumidor no ha señalado ni ha acreditado en el expediente cual sería la razón por la que se habría discriminado al señor Barrón. Asimismo, no ha tomado en consideración las afirmaciones vertidas por el abogado del señor Barrón en el informe oral sustentado ante la Comisión, en relación a que la supuesta discriminación sufrida por el señor Barrón estaba sustentada en su edad.

En el presente caso, no nos encontramos frente a ningún supuesto de discriminación; puesto que tal como se puede apreciar de las fotos acompañadas a lo largo del procedimiento, y como la propia INDECOPI ha podido constatar en las diligencias de oficio realizadas a nuestra Empresa, al local de Mamá Batata concurren todo tipo de personas sin distinción.

A fin de ilustrar este punto, conviene enumerar los tipos de discriminación recogidos en el artículo 2° de la Constitución Política: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquiera otra índole.

La Comisión acepta que hemos probado que no existió discriminación racial y los demás tipos de discriminación quedaron descartados por el propio denunciante, cuando en el informe oral sustentado ante la Comisión, se

indicó que la supuesta discriminación sufrida por el señor Barrón estaba sustentada en su edad.

000614

Alegar que el señor Barrón fue discriminado por su edad resulta absurdo, tanto así que la propia Comisión, al momento de resolver, no se aventura a indicarlo.

En este punto, cabe indicar que en las resoluciones del INDECOPI que constituyen precedentes en materia de infracciones por discriminación en el Perú, siempre se ha cumplido con señalar el tipo de discriminación, el motivo de la misma y el documento que la acredita, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Caso	Resolución	Motivo de la desigualdad de trato contrario a ley	Documento que lo acredita	Sanción
Aura	0939-2005/TDC-INDECOPI	No permitir el ingreso de personas debido a sus rasgos mestizos.	Acta de Inspección	35 UITs
Café del Mar	1415-2006/TDC-INDECOPI	Se acreditó que personas de rasgos mestizos no ingresaban al local y personas de rasgos caucásicos sí.	Acta de Inspección	37 UITs
Pub Mamá América	0221-2004/TDC	Se acreditó que personas extranjeras ingresan de manera gratuita y nacionales no. De esta forma, se señaló que se utilizan patrones de apreciación subjetivos respecto a la raza y nivel socioeconómico para diferenciar.	Acta de Inspección de Indecopi	20 UITs

Contrariamente a los precedentes existentes, en el presente caso, la Comisión no señala ni el tipo de la supuesta discriminación ni motivo de la misma; es más nuestra Empresa cuenta con actas de inspección que indican de manera fehaciente que la misma no discrimina.

Queda claro entonces que este caso es materialmente distinto a los precedentes existentes en esta materia en el Perú en donde existen videos y

actas de inspección en contra de los denunciados y que se discuten temas de discriminación racial o económica en el trato a las personas.

000615

Conforme se ha señalado en los párrafos precedentes, ha quedado acreditado que los argumentos del señor Barrón y los indicios que pudieran generarse de sus medios probatorios han sido debidamente desvirtuados por nuestras pruebas, las cuales no han sido valoradas ni tomadas en cuenta para efectos de resolver el presente procedimiento.

Por otro lado, existe una contradicción, la Comisión reconoció que una causal válida para negar el ingreso de una persona a un local público es el estado etílico, pero no considera nuestras pruebas al respecto. Nos preguntamos cómo quiere la Comisión que se demuestre dicho estado si la única opción legal es el dopaje etílico y sólo la policía o el juez puede obligar a una persona a someterse a dicho examen. Las declaraciones y pruebas presentadas acerca del estado del señor Barrón deberían bastar para probarlo.

La única manera de rebatir nuestros medios probatorios sería: o (i) con la presentación de un Certificado Negativo de Alcoholemia del día y hora aproximada de los hechos, al cual no ha sido presentado; o (ii) con algún medio probatorio adicional que certifique que el local de Mamá Batata no estaba lleno a la llegada del señor Barrón, lo que tampoco ha sido probado.

Sin embargo, la Comisión de Protección al Consumidor resuelve indicando que hemos cometido infracción e incurrido en prácticas discriminatorias, otorgando valor probatorio pleno al Parte Policial presentado por el señor Barrón, el cual es una simple manifestación de parte, al no haberse realizado una investigación.

En tal sentido, la sanción impuesta por la Comisión de Protección al Consumidor resulta injustificada y desproporcionada para todos los efectos, siendo que no se ha probado que nos encontramos ante un caso de discriminación y que sí está probado que nos encontramos frente a una desigualdad de trato objetiva de una persona en particular.

En los cinco años que lleva abierto al público el local de Mama Batata, nuestra Empresa nunca ha realizado algún tipo de práctica discriminatoria, permitiendo el ingreso a todas las personas de manera gratuita.

Con relación a la medida correctiva fijada por la Comisión de Protección al Consumidor, la misma ha establecido que las indemnizaciones de carácter civil como el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona son de competencia exclusiva del Poder Judicial.

No obstante a ello, la Comisión ordena a nuestra Empresa, que en el plazo de cinco días hábiles, cumpla con reembolsar al señor Barrón los gastos de atención médica que realizó el 30 de mayo de 2006.

La Comisión incurre en una seria contradicción al señalar en un primer término que las indemnizaciones de carácter civil son competencia del Poder Judicial y luego disfraza como medida correctiva el daño emergente que implicaría el reembolso de los gastos médicos. Este extremo es de naturaleza indemnizatoria y, por tanto, excede la naturaleza y finalidad de las medidas correctivas que puede ordenar la autoridad administrativa.

Por último, respecto a las costas y costos, señalamos que mediante el presente recurso impugnamos la medida establecida por la Comisión de Protección al Consumidor, siendo que en el procedimiento ha quedado

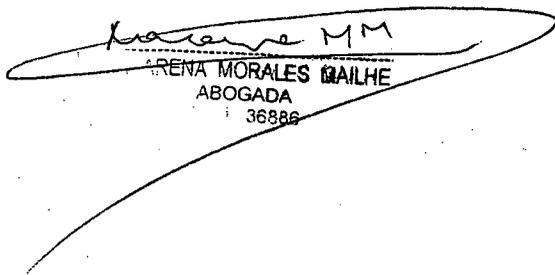
acreditado que nuestra Empresa no cuenta con una política discriminatoria 000617
que en el presente caso no ha existido discriminación alguna en el local Mamá
Batata. Por tanto, debe ser el denunciante, quien pague las costas y costos
toda vez que está argumentando hechos que no han sucedido, no siendo
reales bajo ningún término.

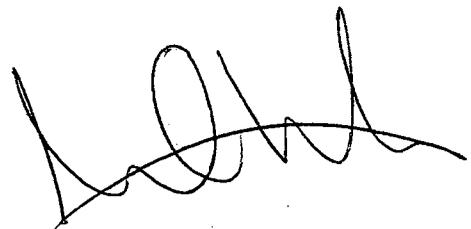
POR TANTO:

Solicitamos a la Comisión Juzgado tener presente el recurso de
apelación interpuesto y declarar nula la Resolución materia de discusión.

OTROSÍ DECIMOS: En virtud a lo establecido en la Resolución Ministerial N°
014-2007-PCM, no adjuntamos pago por derechos de trámite al presente
recurso.

Lima, 18 de agosto de 2008.


MARIANA MORALES MAILHE
ABOGADA
36886





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

636
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCIÓN 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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

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

SANCIÓN: 2 UIT

Lima, 11 de agosto de 2010

I ANTECEDENTES

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

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

M-SC2-02/1B



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

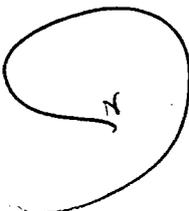
RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

(iii) Debido a estos hechos luego de que sus abogados se apersonaran al local y coordinaran una reunión con el administrador de la discoteca, formuló una denuncia ante la Comisaría de Miraflores, registrada con el número 546 del Libro de Faltas. Asimismo, ingresó al área de emergencias de la Clínica Ricardo Palma, siendo atendido por el doctor Héctor García Requena, quien le diagnosticó "TEC (Traumatismo Encéfalo Craneano) Conmoción cerebral. Policontuso, indicándosele descanso médico en posición vertical".

2. En sus descargos, Mama Batata negó los hechos narrados por el denunciante precisando que el personal de seguridad - de la empresa Vips Group Services - sólo trató de contenerlo dada la conducta agresiva que mostró cuando se le negó el ingreso dado su estado de ebriedad. Precisó que la fotografía presentada por el señor Barrón no probaba la agresión alegada y menos aún los supuestos actos discriminatorios. En este extremo señaló que el 10 de junio de 2006 Indecopi efectuó una visita inopinada en la discoteca verificando la ausencia de prácticas discriminatorias, tal como lo ratificaban las imágenes del portal Lima2night tomadas en el año en curso, en las que se apreciaba que los clientes de la discoteca era de distintos rasgos raciales¹.

3. En respuesta el denunciante negó que se haya encontrado en estado de ebriedad el día que se suscitaron los hechos destacando que padecía de discopatía crónica (hernia discal lumbar), por lo que era imposible que haya agredido al personal de seguridad de Mama Batata. Presentó un informe emitido por Resoclinic el 6 de febrero de 2006 para acreditar la dolencia alegada, así como el oficio de la Comisaría de Miraflores dirigido al Instituto de Medicina Legal de Lima para que se le practique un examen de reconocimiento. Posteriormente, presentó copia de la hoja de atención médica de emergencia de la Clínica Ricardo Palma generada el 30 de abril de 2006². Asimismo, precisó que el 3 de mayo de 2006 pasó una revisión física por parte del médico legisla del Ministerio Público, el mismo que ratificó las lesiones registradas en la denuncia policial formulada en la Comisaría de Miraflores y dispuso 8 días descanso médico, siendo que el original de este documento se encontraba en el 4to Juzgado de Lince y San Isidro (Exp. 43-2007 Penal) cuyo Secretario era Luis Alberto Torrejón a quien debía oficiarse para que remita copias certificadas³.



1 Dichos medios de prueba obran de fojas 61 al 73 del expediente.
2 Dichos documentos obran a fojas 104, 105 y 117 y siguientes del expediente.
3 De fojas 249 y siguientes y 259 obran actuados en el referido proceso, así como una constancia acerca del estado actual de la denuncia interpuesta en la Comisaría de Miraflores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

638
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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


⁴ El Acta Notarial señalada obra a fojas 253.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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

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

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

⁶ Dicho informe obra de fojas 506 a 508.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

640
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

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

7

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

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

(...)

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

8

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

5/12

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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

"La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios".

9

DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 7B°.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

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

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

642
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

19. De acuerdo a lo expuesto, en tanto el consumidor acredite un trato desigual y el proveedor no pruebe causas objetivas para dicho proceder, corresponderá sancionar a éste último por el tipo básico previsto en el artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor. La sanción de la forma agravada correspondiente a actos de discriminación requiere de una mayor actuación probatoria acorde con la naturaleza de este tipo de prácticas, a través de diligencias de inspección, sin notificación previa, u otros medios aportados por las partes en ese sentido que permitan a la Administración determinar la existencia de esta clase de infracciones, pues aún cuando el proveedor no logre acreditar una condición objetiva para la limitación o negativa de acceso, dicha situación sólo podría implicar una selección de clientela injustificada sin llegar a dar cuenta de prácticas discriminatorias, figura agravada de esta práctica.
20. Lo expuesto resulta relevante en el presente caso, dado que en su apelación Mama Batata cuestionó que la Comisión la haya sancionado por actos de discriminación sin sustentar cuál era el tipo o motivo de la misma, ya que en todo pronunciamiento por este tipo de prácticas el Indecopi siempre precisaba el factor de discriminación, lo que no ocurrió en su caso. En ese orden de ideas señaló que la Comisión no efectuó una adecuada valoración de las pruebas.

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

21. En el procedimiento ambas partes han coincidido en señalar que el 30 de abril de 2006 a las 2:30 horas aproximadamente el señor Barrón intentó ingresar al local de Mama Batata ubicado en el centro de entretenimiento Larcomar, del distrito de Miraflores, pero fue impedido por el personal de seguridad. La discrepancia entre las partes - que puede definir que dicha limitación de acceso sea lícita o no - es respecto a la justificación alegada por la discoteca. Mama Batata ha señalado que el denunciante se encontraba en estado de ebriedad y que en ese estado generó una confrontación no solo verbal sino física con el personal de seguridad quienes se limitaron a contenerlo pero no pudieron hacerlo plenamente motivando que el señor Barrón caiga al suelo.
22. Las pruebas presentadas por el señor Barrón acreditan que a las 4:20 horas del 30 de abril de 2006 - dos horas después de los hechos materia del procedimiento - acudió a la comisaria de Miraflores a presentar una denuncia por lesiones en las afueras de la discoteca de Mama Batata y, posteriormente, a las 4:46 horas se registró su ingreso a la Clínica Ricardo



643

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

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

10

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

64
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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

26. En efecto, en el presente caso la denuncia del señor Barrón fue interpuesta por la negativa de ingreso a la discoteca Mama Batata y si bien empleó términos como *política discriminatoria* y *trato discriminatorio*, no mencionó siquiera cuál sería el factor de discriminación en los términos del primer párrafo del artículo 7°B tal como ha sido analizado en los puntos 16 y 17. Debido a ello, si bien en un primer momento Mama Batata ofreció medios de prueba para acreditar que no había selección alguna por criterios raciales o de condición socio económica, finalmente el procedimiento se concentró en valorar el presunto estado de ebriedad del señor Barrón, pues ya se ha señalado que éste último sólo denunció la arbitrariedad en la negativa de acceso a la discoteca sin atribuir a un factor de discriminación particular tal conducta.

27. Por las consideraciones precedentes, corresponde confirmar la resolución recurrida que declaró fundada la denuncia del señor Barrón contra Mama Batata por infracción del artículo 7°B de la Ley de Protección al Consumidor, modificando sus fundamentos, en atención a precisar que en el presente caso se configuró un exclusión injustificada de clientela prevista en el segundo párrafo de la norma sin llegar al supuesto de discriminación en sentido estricto, figura que importa la forma agravada de dicha infracción. Dicha precisión resulta necesaria en el análisis de las medidas correctivas ordenadas así como en la graduación de la sanción impuesta, que sigue a continuación.

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

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

11

DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 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:

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

9/12

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

64

29. La resolución recurrida ordenó a Mama Batata en calidad de medida correctiva que cumpla con reembolsar al denunciante los gastos médicos que realizó el 30 de mayo de 2006 en la Clínica Ricardo Palma, sin advertir que una medida de tal naturaleza estaba vinculada a las lesiones denunciadas en el marco del deber de idoneidad, extremo que fue declarado improcedente por la Comisión y consentido por el señor Barrón, más que a la exclusión de clientela verificado en el procedimiento.

30. Por las consideraciones precedentes, corresponde revocar las medidas correctivas ordenadas a Mama Batata, sin que resulte necesario disponer nuevas órdenes al infractor para garantizar el acceso efectivo a sus instalaciones, debido a que tal disposición se encuentra contenida en una norma legal de obligatorio y permanente cumplimiento – como es el artículo 7°B analizado en el presente caso – sin que quepan plazos de adecuación para tales efectos.

III.4. Graduación de la sanción

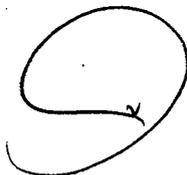
31. La Resolución 1525-2008/CPC sancionó a Mama Batata con una multa de 20 UIT por considerar que la infracción al artículo 7°B involucraba sin distinción alguna una afectación a la dignidad de las personas y generaba un daño muy grave en la vida en sociedad segmentándola irracionalmente.

32. El fundamento de dicho acto permite apreciar que la Comisión asumió en el presente caso un supuesto agravado de exclusión de clientela que no llegó a verificarse ni siquiera indiciariamente.

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

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

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

64
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia N° 2

RESOLUCION 1731-2010/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2116-2006/CPC

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

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

CAMILO NICANOR CARRILLO GÓMEZ
Presidente