

**Se sanciona a Gesur S.A.C. por cometer actos de discriminación en su establecimiento “Café del Mar”, contraviniendo el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor**

**RESOLUCION Nº 1415-2006-TDC-INDECOPI**

**EXPEDIENTE Nº 176-2006/CPC**

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

**Sala de Defensa de la Competencia**

**(Fecha de publicación: 08-11-2006)**

**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

**DENUNCIANTE** : PROCEDIMIENTO SEGUIDO DE OFICIO

**DENUNCIADO** : GESUR S.A.C. (GESUR)

**MATERIA** : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN MULTA

MEDIDA CORRECTIVA PUBLICACIÓN DE LA

RESOLUCIÓN

**ACTIVIDAD** : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra Gesur S.A.C., por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución Nº 911-2006/CPC, toda vez que ha quedado acreditado que Gesur S.A.C., en su local “Café del Mar”, ofrece un servicio diferenciado a sus clientes, distinción que no encuentra justificación en razones objetivas sino que está vinculado a la existencia de conductas discriminatorias configuradas con ocasión de la raza o la condición económica de éstos.

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

**SANCIÓN: 37 UIT**

Lima, 13 de setiembre de 2006

**I ANTECEDENTES**

Mediante Informe Nº 010-2006/CPC del 10 de enero de 2006, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión que había realizado una diligencia de inspección en el local de la discoteca “Café del Mar” ubicada en la Av. Santa Cruz Nº 850 - Miraflores, a fin de verificar la ocurrencia de prácticas discriminatorias contra consumidores en establecimientos abiertos al público. En la diligencia se constató que se impidió el ingreso al local a una pareja de rasgos mestizos, mientras que se permitió el ingreso a una pareja de rasgos caucásicos.

Atendiendo a esta información, el 24 de enero de 2006, mediante Resolución N° 1, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de Gesur por presunta infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor.

En sus descargos, Gesur manifestó que la información consignada en el acta de la diligencia de inspección era falsa, manifestando, además, que contrariamente a lo que el Acta señalaba, ningún representante de su empresa se había negado a suscribirla. Añadió que de ser sancionada basándose únicamente en la información consignada en dicho documento, se estaría violando su derecho a un debido procedimiento. Adicionalmente, Gesur señaló que no existía ninguna restricción para el ingreso a su local, con excepción del pago de la entrada.

El 23 de mayo de 2006, mediante Resolución N° 911-2006/CPC, la Comisión emitió pronunciamiento identificando en la conducta de Gesur una infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor. En consecuencia, la sancionó con una multa ascendente a 37 UIT y le ordenó, como medida correctiva, que se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas. Asimismo, dispuso que se remitan copias de la resolución al Directorio del INDECOPI para su publicación en el diario oficial El Peruano.

El 2 de junio de 2006, Gesur apeló de la mencionada resolución señalando que la Comisión no había realizado ningún tipo de análisis sobre el video presentado por la empresa y las copias de las fichas de socio, que acreditan que ésta no realiza prácticas discriminatorias. También alegó la desproporcionalidad de la multa que le había sido impuesta. Gesur reiteró que el acta de la diligencia de inspección no podía ser considerada como el único medio probatorio para sancionarla. Finalmente, señaló que la Comisión había difundido en forma anticipada información sobre el procedimiento, perjudicando sus actividades comerciales y su reputación de agentes del mercado.

## **II CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

Determinar lo siguiente:

(i) si Gesur ha realizado prácticas discriminatorias en su local “Café del Mar” y, en este sentido, si ha incurrido en una infracción a lo dispuesto en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor;

(ii) de ser el caso, si corresponde modificar la multa impuesta por la Comisión; y,

(iii) si corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que dispuso solicitar la publicación de la resolución.

## **III ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

### **III.1 Sobre los actos de discriminación**

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

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

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

“(…) nuestra Constitución Política en su artículo Segundo inciso 2do. establece como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, para seguidamente proclamar que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, que ahora bien dicha norma constitucional interpretada bajo el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número trece mil doscientos ochentidós tenemos que: **todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, así como deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, que por tanto siendo dicho derecho fundamental debe ser respetado por el Estado Peruano y por las mismas personas sean naturales o jurídicas, teniendo el primero la capacidad de hacer valer dicha igualdad entre particulares con las instituciones tutelares como es el Poder Judicial: que es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres,** ocurriendo igual limitación para los efectos de la contratación establecidas en la excepción del artículo mil trescientos cincuenticuatro y en lo dispuesto por el artículo mil trescientos cincuentiocho del Código Civil que resulta concordante con el artículo ciento cuarenta nc. (Sic) 3ro. de dicho cuerpo legal (...)” (Subrayado y resaltado añadidos)

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

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

Atendiendo al cumplimiento de tal deber de acción, la Comisión organizó con su Secretaría Técnica un operativo destinado a verificar cuáles eran las condiciones de acceso al local de la investigada denominado “Café del Mar”. Para tal efecto se organizaron dos parejas - hombre y mujer - con rasgos raciales diferenciados, caucásicos y mestizos, los mismos que recibieron la instrucción de intentar el ingreso al mencionado local. Los resultados de esta intervención se recogieron en un Acta de Diligencia de Inspección<sup>1</sup>.

En el presente caso, Gesur ha utilizado una primera línea de defensa ante la imputación de cargo, consistente en sostener la invalidez del medio probatorio utilizado por la Comisión para la emisión de su pronunciamiento.

La investigada ha señalado que la información consignada el Acta de Diligencia de Inspección era falsa, como también ha manifestado que no era cierto que algún representante de su empresa se hubiera negado a suscribir el acta. Al respecto, corresponde señalar que el Acta de Diligencia de Inspección es el documento que se redacta para dejar constancia de los hechos que se evaluarán en su contenido discriminatorio y con la finalidad de dar cuenta de que el operativo fue realizado, recabando las versiones de los representantes de las investigadas. El hecho que los representantes de la investigada se hayan negado a suscribir el

acta o realizar alguna declaración no basta para restar eficacia probatoria a la información consignada en el documento, que deja constancia de los actos discriminatorios cometidos al impedirse la posibilidad del acceso al local a una de las parejas participantes en el operativo.

En todo caso, es necesario tener en consideración que una diligencia de inspección es una acción que se desarrolla bajo la conducción estricta de un funcionario público del INDECOPI, el cual interviene por delegación de la Secretaría Técnica o de la Comisión, tal como expresamente faculta el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 8072. En tal sentido, la intervención de este funcionario público es la que garantiza la legalidad de la diligencia de inspección o el operativo. Es por ello que el citado artículo 32 únicamente exige como formalidad que el Acta esté firmada por el funcionario de INDECOPI.

Adicionalmente, debe tenerse en consideración que la realización constante de operativos de esta naturaleza fue ordenada por la Sala en anterior oportunidad y que esta es una de las pocas formas legales que la autoridad tiene para reproducir conductas desarrolladas por establecimientos comerciales en la selección de sus clientes. En todos estos casos, los funcionarios son entrenados en técnicas de comportamiento y cumplen su deber en el marco de las facultades de investigación que se les delegan expresamente.

En ese sentido, el documento que da cuenta del comportamiento desarrollado por la empresa la noche del 10 de diciembre de 2005, recogido en el documento público denominado Acta de Diligencia de Inspección, constituye prueba de los hechos que allá se relatan y evidencia la realización de conductas discriminatorias contra los consumidores.

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

Al respecto, de la revisión de los medios probatorios que han sido presentados por la investigada para - según su propósito - desvirtuar los hechos materia de imputación, esta Sala se encuentra persuadida de que los mismos acreditan que las personas que son socias o asisten al establecimiento "Café del Mar" comparten identidad racial, cultural y económica.

La Sala ha examinado con detenimiento el video presentado por Gesur y ha constado que el mismo confirma la presencia en el establecimiento "Café del Mar" de un grupo homogéneo de personas en aspectos raciales y modo de vestir, lo que más bien abona en la confirmación de conductas muy elaboradas de selección de clientela por motivos raciales y económicos. Sin embargo, aún en el supuesto negado que se hubiera constatado en dicho video la presencia de algunas personas de características raciales disímiles, ello no desvirtúa el hecho que en la diligencia de inspección se ha verificado un acto de discriminación específico que merece ser declarado como tal y sancionado. El que se discrimine a unos y a no a otros no determina que la discriminación como tal no sea sancionada, más aún cuando - como en este caso - ha sido constatada por funcionarios públicos.

En efecto, en el operativo pudo constatar que, el 10 de diciembre de 2005, cuando la pareja conformada por la señorita Elizabeth del Carmen Arenas y el señor Nilton Augusto Paz Guevara - de rasgos mestizos - intentaron ingresar al establecimiento "Café del Mar", se les solicitó el carnet de socios. No obstante lo cual, inmediatamente después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos caucásicos -los cuales no ostentaban la calidad de socios- y a los cuales no se les requirió identificación alguna. A fojas 16 del expediente obran copias de los comprobantes de ingreso adquiridos en esa fecha por la segunda pareja.

En consecuencia, atendiendo a los argumentos que anteceden y asumiendo como propias las consideraciones de la resolución de primera instancia<sup>3</sup>, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia por infracción a lo establecido en el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, toda vez que ha quedado acreditada una conducta discriminatoria de la investigada.

Asimismo, debe confirmarse la resolución de la Comisión en el extremo que ordenó como medida correctiva que la investigada se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias que vulneren los derechos de los consumidores o de cualquier otra práctica que implique la selección de clientela sin mediar causas objetivas o justificadas, toda vez que ha quedado acreditado que ésta resulta apropiada para revertir los efectos de la conducta infractora en que ha incurrido la denunciada<sup>4</sup>.

### III.2 Graduación de la sanción

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

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>5</sup>.

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>6</sup>. Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

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

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

El artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión deberá atender la gravedad de la falta, al daño resultante de la infracción, a los beneficios obtenidos por el proveedor, a la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, a los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar<sup>7</sup>.

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

Corresponde señalar que cuando se verifica una restricción del acceso al consumo - que al mismo tiempo vulnera la libertad de elección de los consumidores - basada en una práctica discriminatoria que importa que un proveedor está brindando un trato no equitativo en la prestación de sus servicios (en este caso esparcimiento), se genera un daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema, dado que aquellos que reciben un trato diferenciado por sus características físicas aprecian que cuentan con los medios para acceder a los bienes y servicios con los cuales desean satisfacer sus necesidades y expectativas, no

tendrán acceso a éstos por consideraciones inadmisibles en una economía social de mercado. La conducta descrita genera, además, ingentes ganancias de tipo económico pues asegura la asistencia y consumo en el local de un grupo social con determinado poder adquisitivo.

Debe tenerse en cuenta que el Perú necesita de todos los estímulos posibles para integrarse como nación, descartándose y sancionándose las actitudes de discriminación como la detectada en el presente caso, que, por añadidura, ofenden las condiciones de convivencia civilizada, donde todas las personas deben ser tratadas por igual, censurándose la descalificación por razones de raza o por cualquier otra índole que atente contra la dignidad de la persona humana.

Asimismo, sancionar la existencia de una infracción como la verificada en el presente caso resulta de especial importancia toda vez que permite crear incentivos para que empresas como la denunciada en el presente procedimiento desarrollen una labor acorde con los parámetros de corrección y eficiencia que deben regir el actuar de todos los agentes del mercado.

Corresponde indicar que este tipo de conductas son de difícil detección por lo que la autoridad debe evaluar lo riesgoso de que la mismas se sigan produciendo sin poder identificarlas oportunamente. Adicionalmente, dado lo difícil de la detección y los costos involucrados en desarrollar operativos de esta naturaleza, la multa debe guardar una magnitud acorde con tal circunstancia.

Finalmente, debe tenerse en consideración que esta Sala ha hecho públicos pronunciamientos previos<sup>8</sup> en los cuales se sancionan conductas de esta naturaleza, y a pesar de tener conocimiento de ellos, Gesur no ha tenido reparo en incurrir en conductas discriminatorias. Es decir, pese a las campañas de sensibilización, a la difusión de la realización de operativos inadvertidos y a la labor desarrollada por los medios de comunicación social y las organizaciones defensoras de los derechos humanos, la infractora ha persistido en su comportamiento infractor, lo que revela resistencia al cumplimiento de la ley.

Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a Gesur con una multa ascendente a 37 UIT.

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

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

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 8079, corresponde proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente resolución.

## **IV RESOLUCIÓN DE LA SALA**

**Primero:** confirmaren todos sus extremos la Resolución N° 911-2006/CPC expedida por la Comisión de Protección al Consumidor el 23 de mayo de 2006.

**Segundo:** ordenar que la Comisión de Protección al Consumidor continúe preparando y desarrollando operativos inadvertidos de detección de prácticas discriminatorias en locales abiertos al público.

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

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

JUAN FRANCISCO ROJAS LEO

Presidente