



**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –  
SEDE LIMA NORTE  
**PROCEDIMIENTO** : DE PARTE  
**DENUNCIANTE** : ELIZABETH ROJAS ACUÑA  
**DENUNCIADA** : SUPER GIMNASIO S.A.C.  
**MATERIA** : TRATO DIFERENCIADO  
**ACTIVIDAD** : ACTIVIDADES DEPORTIVAS

**SUMILLA:** *Se confirma la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 38° numerales 2 y 3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto no quedó acreditada la causa objetiva y justificada para limitar el acceso de la denunciante al servicio prestado por la denunciada.*

**SANCIÓN:** 1 UIT

Lima, 27 de mayo de 2013

#### **ANTECEDENTES**

1. El 12 de diciembre de 2011, la señora Elizabeth Rojas Acuña (en adelante, la señora Rojas) denunció a Super Gimnasio S.A.C. (en adelante, Super Gimnasio) por infracción de la Ley 29571, Código de Protección al Consumidor (en adelante, el Código). En su denuncia la señora Rojas señaló que:
  - (i) El 6 de diciembre de 2011 acudió a las clases de aeróbicos brindadas por Super Gimnasio; sin embargo, la recepcionista impidió su ingreso, indicándole que tenía órdenes para ello de parte de la conductora del local;
  - (ii) precisó que Super Gimnasio no le brindó el motivo específico para dicho impedimento y que su membresía se encontraba vigente hasta los primeros días de enero de 2012, inclusive. Agregó que existían antecedentes de un trato inadecuado por parte de Super Gimnasio contra sus usuarios e incluso contra sus trabajadores, motivo por el cual, en su momento presentó un reclamo a nombre suyo y de sus compañeras; no obstante, ello no era motivo para impedir su ingreso al establecimiento; y,
  - (iii) presentó los siguientes medios probatorios: a) recibo correspondiente al pago por el servicio de gimnasio por un mes; (ii) la declaración testimonial de la señora Aurea Hilario Bernabé, la señora Wendy Núñez del Arco y el señor José Carlos Rodríguez Flores (en adelante, el señor Rodríguez).



2. El 3 de febrero de 2012, la señora Rojas presentó un escrito solicitando la ampliación de su denuncia, precisando que Super Gimnasio no contaba con un libro de reclamaciones. Asimismo, solicitó que de manera previa a la notificación de la resolución de admisión a trámite, se programe una inspección inopinada al establecimiento a fin de evidenciar los hechos denunciados.
3. El 24 de febrero de 2012, personal de la Secretaría Técnica de la Comisión realizó una inspección inopinada en el establecimiento de Súper Gimnasio con la finalidad de verificar los hechos denunciados por la interesada, en dicha inspección se constató lo siguiente:

*“Siendo las 10:10 horas la señora Elizabeth Rojas Acuña solicitó ingresar al establecimiento, recibiendo como respuesta que no se le permitiría la renovación de su membresía en tanto existe una orden del área administrativa de la empresa”. La señora Sandra Rodríguez (repcionista) indicó que el motivo por el cual no se le permite el ingreso es porque la señora Rojas vendía ropa y calzado dentro del Gimnasio, ello está amparado en el convenio de membresía que los alumnos suscriben al momento de inscribirse (...)”*

4. Super Gimnasio presentó sus descargos alegando lo siguiente:
  - (i) No prohibió el ingreso de la denunciante a su establecimiento mientras su membresía se encontraba vigente; sin embargo, una vez que esta perdió vigencia se le comunicó que no podría renovarla debido a que había incumplido las normas de conducta requeridas, al haber vendido ropa y calzado dentro de sus instalaciones, conducta que habría sido detectada no solo por los trabajadores, sino por los propios clientes, y pese a que en otras ocasiones se había conversado con la interesada para que no continúe con dicha actividad, esta hizo caso omiso;
  - (ii) la prohibición de venta de productos, tales como vestimenta o cualquier otro tipo de objetos, fue puesta en conocimiento de todos los clientes al momento de suscribir el convenio de membresía, siendo que a la señora Rojas dicha prohibición le fue comunicada al momento de su inscripción, de manera verbal y luego de manera escrita. Tal condición también fue comunicada al personal del Indecopi que realizó la inspección del 24 de febrero de 2012, con lo cual es posible acreditar que no ha existido acto discriminatorio alguno contra la interesada;
  - (iii) era falso que haya tomado algún tipo de represalia contra la señora Rojas, sino que se decidió no renovarle su membresía a consecuencia del incumplimiento de los acuerdos pactados en el convenio de membresía; y,



- (iv) era falso que su establecimiento no cuente con un libro de reclamaciones, pues desde octubre de 2011 ya contaba con el mismo; y, que si bien es cierto, no se encontró el aviso. Ello, se debió a que se estaban efectuando trabajos de pintado, por ello se había removido momentáneamente dicho aviso.
5. En el transcurso del procedimiento, la denunciada presentó, entre otros, la declaración jurada de las siguientes personas: la señora Ana Luisa García Conde; la señora Freci Morante Oliva; la señora Olga Esther Pasache Huaman (en adelante, la señor Pasache); la señora Bessie Yusahana Alfaro Hoffmann; la señora Carmen Isabel Ramos Zavala a efectos de acreditar los hechos mencionados en sus descargos.
6. Mediante Resolución 5 del 23 de mayo de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a las partes a fin de tomar la declaración testimonial de testigos ofrecidos, diligencia que se desarrolló el 31 de mayo de 2012.
7. Mediante Resolución 499-2012/ILN-CPC del 6 de junio de 2012, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte resolvió lo siguiente:
- (i) Declaró fundada la denuncia presentada por la señora Rojas contra Super Gimnasio por infracción de los numerales 2 y 3 del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor;
  - (ii) declaró infundada la denuncia presentada por la señora Rojas contra Super Gimnasio por infracción al artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor;
  - (iii) declaró infundada la denuncia presentada por la señora Rojas contra Super Gimnasio por infracción al artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor;
  - (iv) ordenó a Super Gimnasio como medida correctiva que en adelante se abstenga de limitar el acceso de cualquier otro usuario sin que exista alguna causa objetiva para ello;
  - (v) sancionó a Super Gimnasio con una multa de 1 UIT; y,
  - (vi) condenó a Super Gimnasio al pago de las costas y costos generados en el procedimiento
8. El 18 de junio de 2012, Super Gimnasio apeló la Resolución 499-2012/ILN-CPC, alegando lo siguiente:
- (i) Las declaraciones juradas que presentó a efectos de acreditar que la señora Rojas efectivamente incumplía con las disposiciones internas de su establecimiento, al realizar la venta de diferentes productos en



- sus instalaciones, respondían a pruebas documentales y no a declaraciones testimoniales pendientes de actuación, como lo señaló la Comisión;
- (ii) las pruebas documentales son actuadas de manera inmediata, no requiriendo de otro requisito para su validez, siendo que en el presente caso, al rechazar algunas de sus declaraciones juradas se estaba vulnerando su derecho de defensa y debido procedimiento;
  - (iii) la Comisión prescindió de la declaración testimonial de la señora Ana Luisa García Conde, sin resolver el escrito por el que informaba su imposibilidad de acudir a la citación realizada por motivos laborales, debiendo considerarse esta como una causa justificada;
  - (iv) se descartaron 2 de las declaraciones testimoniales que presentó, pues correspondían a 2 trabajadoras de su representada, pese a que la señora Rojas no las cuestionó;
  - (v) pese a ello, cuando cuestionó la testimonial del señor José Carlos Rodríguez Flores, ex trabajador de Super Gimnasio, la Comisión señaló que esta situación no era suficiente para sostener que su declaración se encontraba parcializada con la denunciante, situación que era contradictoria; y,
  - (vi) cuestionó la multa impuesta en su contra, precisando que la misma no se ajustaba al principio de razonabilidad, siendo que su representada nunca había sido sancionada y que resultaba exagerado afirmar que su conducta causaba un perjuicio a las demás empresas del mercado.
9. El 21 de agosto de 2012, la señora Rojas presentó un escrito solicitando adherirse al recurso de apelación de la denunciada, en atención a los siguientes argumentos:
- (i) Super Gimnasio no presentó medio probatorio alguno que acredite que vendía ropa o calzado en sus instalaciones, siendo que no resultaba congruente que le hayan renovado su membresía durante 4 años, pese a que supuestamente realizaba esta actividad;
  - (ii) nunca se le impuso una amonestación escrita ante las supuestas infracciones cometidas en las instalaciones de la denunciada; y,
  - (iii) en la diligencia de inspección realizada por la Comisión, se dejó constancia de la discriminación cometida en su contra.
10. Cabe indicar que los extremos por los que: (i) se declaró infundada la denuncia de la señora Rojas por infracción del artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor al no haber quedado acreditado que Super Gimnasio haya tomado represalias contra la señora Rojas por haber presentado reclamos en su contra anteriormente; (ii) se declaró infundada la



denuncia por presunta del artículo 150° de la referida norma, en el extremo referido al presunto incumplimiento de contar con un libro de reclamaciones, pues quedó acreditado que el denunciado contaba con el referido libro; (iii) se ordenó a la Secretaría Técnica de la Comisión el inicio de una investigación de oficio respecto del cumplimiento de la obligación de contar con el aviso que de cuenta de la existencia del libro de reclamaciones; y, (iv) se declaró improcedente la solicitud de daños y perjuicios presentada por la señora Rojas, no han sido apelados, por lo que los mismos han quedado consentidos.

## ANÁLISIS

### Cuestión previa: Sobre el pedido de adhesión planteado por la señora Rojas

11. La Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI<sup>1</sup> establece que la adhesión a la apelación es un instituto procesal y a la vez un derecho que el ordenamiento jurídico procesal concede al justiciable para garantizar su derecho de defensa. Asimismo, dispone que la adhesión a la apelación debe interponerse siempre que exista y esté aún vigente, un recurso de apelación interpuesto, que quien plantea la adhesión sea la contraparte del apelante y que el que se adhiere no haya obtenido la plena satisfacción en su pretensión o pretensiones. Finalmente, indica que la adhesión debe ser presentada dentro del plazo previsto por cada procedimiento para la absolución del traslado de la apelación. Vencido dicho plazo, ésta deberá ser declarada inadmisibles<sup>2</sup>.
12. Si bien en el presente caso, hubo extremos que le fueron desfavorables a la señora Rojas, de la revisión de su solicitud de adhesión, se desprende que esta no hace referencia a los mismos, siendo que se limita a plantear argumentos destinados a la confirmación del extremo que declaró fundada su denuncia, respecto del trato diferenciado injustificado que le dio Super Gimnasio.

<sup>1</sup> **DIRECTIVA 002-1999/TRI-INDECOPI. Artículo Primero.-** La adhesión a la apelación es un instituto procesal y a la vez un derecho que el ordenamiento jurídico procesal concede al justiciable a fin de garantizar su derecho de defensa. Tiene lugar cuando una resolución produce agravio a más de una parte que interviene en procedimiento y permite a la parte que no apeló oportunamente valerse del recurso de apelación interpuesto por la parte contraria, buscando que el superior jerárquico reforme la decisión ya expedida en su propio beneficio y en contra de la parte apelante.

<sup>2</sup> **DIRECTIVA 002-1999/TRI-INDECOPI. Artículo Tercero.-** La adhesión a la apelación debe interponerse dentro del plazo previsto por cada procedimiento para la absolución del traslado de la apelación. Vencido dicho plazo, la adhesión a la apelación deberá ser declarada inadmisibles.



13. En tal sentido, en la medida que la señora Rojas no ha cuestionado los extremos que declararon infundada su denuncia, corresponde denegar su solicitud de adhesión.

#### Sobre el trato diferenciado denunciado

14. El artículo 1º literal d) del Código establece el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole<sup>3</sup>. Por su parte, el artículo 38º de dicho cuerpo legal<sup>4</sup> establece que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen y de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.
15. Las normas antes expuestas establecen un deber de no discriminación para los proveedores y la prohibición de exclusión de las personas sin que medien causas objetivas y razonables. Una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situación de igualdad y cuando la conducta infractora está motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, lo cual se sustenta en prejuicios que afectan la dignidad de las personas.
16. Sin embargo, el Código también establece que el trato diferenciado, sin llegar a ser discriminatorio, puede constituir una conducta ilícita, bajo las modalidades de selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares, cuando no median causas de seguridad del

<sup>3</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- Derechos de los consumidores**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(...)

<sup>4</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38º.- Prohibición de discriminación de consumidores**

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

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

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.



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

17. Por su parte, el artículo 39° establece las reglas probatorias<sup>5</sup>. Así, en cualquiera de los dos supuestos infractores el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar siquiera indiciariamente la existencia de un trato desigual. Sólo superada esta valla, en un segundo momento, la Administración invertirá la carga de la prueba y exigirá al proveedor que demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual, lo cual permitirá determinar si se ha contravenido la ley mediante un trato diferenciado ilícito o, si se cuentan con mayores elementos probatorios, mediante prácticas discriminatorias.
18. La señora Rojas denunció que Super Gimnasio no le permitió renovar su membresía para hacer uso de sus instalaciones. Dicha situación fue confirmada por el personal de la Comisión, en la diligencia de inspección realizada el 24 de febrero de 2012, en cuya oportunidad, se constató que el personal administrativo le impidió el ingreso y la renovación de su inscripción, alegando que la denunciante había contravenido las normas internas del establecimiento, al vender ropa y calzado en este.
19. Dicho lo anterior y al haber quedado acreditada la negativa de contratar por parte de Super Gimnasio, corresponde invertir la carga de la prueba e imponer la misma a la denunciada, debiendo evaluarse si al haberse negado la renovación de la membresía de la señora Rojas, sustentó su decisión en causas objetivas y justificadas.
20. En el presente caso, ambas partes han basado sus defensas en la presentación de declaraciones juradas emitidas por terceras personas y que tienen como finalidad acreditar sus afirmaciones respecto de los hechos materia de controversia.
21. La primera instancia decidió analizar las declaraciones juradas presentadas por la señora Rojas y Super Gimnasio, en atención al artículo 175° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que la parte que propone a los testigos tiene a su cargo la comparecencia de los mismos en el lugar y hora fijados por la autoridad administrativa, en caso

<sup>5</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 39°.- Carga de la prueba.** La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.



los testigos no acudan a la diligencia correspondiente sin motivo justificado, su testimonio no será tomado en cuenta.

22. En tal sentido y tomando en cuenta la asistencia de los testigos presentados por las partes y la relación que mantenían con estos últimos – la misma que en algunos casos podía llegar a restarle imparcialidad a las declaraciones presentadas – la Comisión únicamente procedió a admitir y analizar las declaraciones de la señora Pasache, testigo de Super Gimnasio, y las del señor Rodríguez, testigo de la señora Rojas<sup>6</sup>.
23. Al respecto, la denunciada alegó que las declaraciones juradas que presentó a efectos de acreditar que la señora Rojas efectivamente incumplía con las disposiciones internas de su establecimiento, al realizar la venta de diferentes productos en sus instalaciones, respondían a pruebas documentales y no a declaraciones testimoniales pendientes de actuación, como lo señaló la Comisión. Agregó que las pruebas documentales son actuadas de manera inmediata, no requiriendo de otro requisito para su validez.
24. Sobre el particular, cabe indicar que si bien esta Sala no descarta la posibilidad de admitir declaraciones juradas a efectos de sustentar argumentos de defensa planteados por las partes, también debe reconocer que en virtud de los principios de impulso de oficio y verdad material<sup>7</sup>, la autoridad se encuentra en la facultad de realizar todas aquellas actuaciones necesarias a efectos de dilucidar el asunto materia de controversia.

<sup>6</sup> Respecto a la declaraciones testimoniales efectuadas por la señora Bessie Yusahana Alfaro Hoffmann, la señora Carmen Isabel Ramos Zavala y la señora Aurea Rufina Hilario Bernabé; la Comisión tomó en cuenta que las dos primeras mantenían una relación laboral vigente con Súper Gimnasio y la última mantenía una relación de amistad con la señora Rojas. Atendiendo a ello, determinó que sus testimonios no generaban certeza respecto a los hechos materia de denuncia, por cuanto podrían estar parcializados, por lo que decidió desestimarlos.

<sup>7</sup> **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.** 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

**1.11. Principio de verdad material.-** En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.





25. En el presente caso, la Comisión consideró necesario actuar una diligencia en la que se tomen personalmente las declaraciones de cada una de las personas que declararon por escrito respecto de los hechos materia de denuncia, siendo que a criterio de este Colegiado, resulta válido que la primera instancia haya buscado que los medios probatorios presentados por las partes, les generen mayor convicción sobre los hechos discutidos.
26. De otro lado, Super Gimnasio alegó que al rechazar algunas de sus declaraciones juradas se estaba vulnerando su derecho de defensa y debido procedimiento.
27. Al respecto, es necesario resaltar que en la diligencia realizada por la Comisión, se encontraban presentes la señora Rojas y Super Gimnasio, siendo que ambas pudieron ser testigos de la forma en que el personal del Indecopi recabó las declaraciones de los terceros presentados.
28. Asimismo, cabe precisar que de la revisión del expediente se desprende que ambas partes tuvieron la oportunidad de manifestar durante el procedimiento, los cuestionamientos que tenían respecto de los alegatos de la parte contraria y de los medios probatorios ofrecidos o entregados por esta, siendo que en consecuencia, no se aprecia que haya existido una afectación al derecho al debido procedimiento de la denunciada.
29. Es necesario señalar también, que la Comisión no solo decidió descartar algunas de las declaraciones juradas presentadas por Super Gimnasio, sino que también procedió a desestimar algunas de las declaraciones presentadas por la señora Rojas, siendo que ello da cuenta de que no existió una vulneración particular contra la denunciada, sino que la Comisión brindó el mismo trato a los medios de prueba ofrecidos por ambas partes.
30. De otro lado, la denunciada alegó que la Comisión prescindió de la declaración testimonial de la señora Ana Luisa García Conde, sin resolver el escrito por el que informaba su imposibilidad de acudir a la citación realizada por motivos laborales, debiendo considerarse esta como una causa justificada.
31. Sobre el particular, cabe señalar que de la revisión del escrito mencionado por Super Gimnasio, se desprende que si bien la señora Ana Luisa García Conde alegó que por un lado, por motivos laborales no podría acudir a rendir su declaración, esta no solicitó que la diligencia sea reprogramada ni ofreció una nueva fecha en la que le sea posible poder brindar la misma,



siendo que por el contrario, señaló que a efectos de que la señora Rojas tome represalias en su contra, no asistiría en definitiva.

32. En consecuencia, resulta evidente que de acuerdo a lo señalado por la misma señora Ana Luisa García Conde, esta no podría brindar sus declaraciones de acuerdo al requerimiento realizado por la Comisión y en las condiciones que esta requería para poder considerar el medio probatorio a efectos de acreditar los hechos controvertidos.
33. Asimismo, Super Gimnasio señaló que se descartaron 2 de las declaraciones testimoniales que presentó, pues correspondían a 2 trabajadoras de su representada, pese a que la señora Rojas no las cuestionó y que pese a ello, cuando cuestionó la testimonial del señor José Carlos Rodríguez Flores, ex trabajador de Super Gimnasio, la Comisión señaló que esta situación no era suficiente para sostener que su declaración se encontraba parcializada con la denunciante, situación que era contradictoria.
34. Del mismo modo, cabe reiterar que a criterio de esta Sala, resulta válido que la Comisión haya establecido criterios para poder determinar la objetividad de los medios probatorios a considerar en el procedimiento, siendo que el Colegiado coincide con la Comisión en que las declaraciones ofrecidas por personas que mantienen algún tipo de dependencia con la parte que le solicitó que realice las mismas, no deben ser valoradas en atención al efecto que podría tener en ellos, dicha posición de superioridad. Asimismo, esta Sala coincide con la primera instancia respecto de la admisión de la declaración del señor Rodríguez, en la medida que Super Gimnasio no acreditó que exista alguna circunstancia que permita determinar que la misma se encontraba parcializada en su contra.
35. Ahora bien, del análisis realizado por la Comisión respecto de las 2 testimoniales consideradas en calidad de medios probatorios, se desprende que esta determinó que de su análisis no podía determinarse indudablemente el hecho controvertido, esto es, establecer si es que la señora Rojas comercializó o no algún producto, y con ello, si incumplió alguna norma de conducta establecida por Súper Gimnasio.
36. Asimismo, es necesario resaltar que de la revisión del expediente, no se observa que Super Gimnasio haya presentado medios probatorios adicionales, destinados a acreditar que efectivamente la señora Rojas incumplió sus lineamientos internos y en consecuencia, era merecedora de ser separada del establecimiento.



37. Así, tal como lo señaló la Comisión, Super Gimnasio no aportó al procedimiento una foto, un video o si quiera algún indicio que permita determinar fehacientemente que la señora Rojas realizaba la venta de productos en sus instalaciones, como podía ser una comunicación remitida a la denunciante informándole que al haberse verificado que realizaba la venta de productos en sus instalaciones, pese a encontrarse prohibido, adoptaría las medidas del caso.
38. En consecuencia, en la medida que Super Gimnasio no ha logrado acreditar de manera indubitable que se configuró una causa objetiva justificadas que le permita negarse a renovar la membresía de la señora Rojas se ha configurado un trato diferenciado ilícito, por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida en el extremo que declaró fundada la denuncia de la señora Rojas por infracción del artículo 38° numerales 2 y 3 del Código.

#### Sobre la medida correctiva ordenada y las costas y costos del procedimiento

39. En la medida que la denunciada no ha fundamentado su apelación respecto de la pertinencia de la medida correctiva ordenada y la condena al pago de las costas y costos del procedimiento, más allá de la alegada ausencia de infracción desvirtuada precedentemente, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° de la Ley del procedimiento Administrativo General<sup>8</sup>. Por tanto, corresponde confirmar dichos extremos de la resolución apelada.

#### Sobre la graduación de la multa impuesta

40. El artículo 112° del Código establece que para determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de su detección, el daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores y otros criterios

<sup>8</sup> LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6°.- Motivación del Acto Administrativo.-

(...)

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



que dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión<sup>9</sup>.

41. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de los administrados. Asimismo, a efectos de graduar la sanción a imponer, la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora el de razonabilidad, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones.
42. De la revisión de la graduación realizada por la Comisión, se desprende que esta tomó en cuenta los siguientes criterios:
  - (i) la infracción cometida por Súper Gimnasio generó un daño a la señora Rojas consistente en no haber recibido un trato igualitario en la relación de consumo del cual era parte, pues no le permitió renovar su membresía para ser beneficiaria de los servicios que recibía frecuentemente, limitándose su acceso por causas no objetiva;
  - (ii) la prestación de servicios en locales abiertos al público deben ser brindados considerando el derecho a la igualdad de los consumidores, a fin que puedan acceder a estos sin limitaciones; y, de ser el caso, que se establezca algún tipo de limitación está debe ser guiada por patrones justificados en medidas de seguridad u otras causas objetivas. Sin embargo, cuando estas no se encuentren enmarcadas en criterios de razonabilidad provocan a los consumidores un menoscabo en su derecho a recibir productos o servicios en condiciones de igualdad. En tal sentido, estas conductas producen un clima de desconfianza en los consumidores, pudiendo generar con ello, perjuicios sobre todas las demás empresas dedicadas a este mismo rubro económico;

<sup>9</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112º.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

- a. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
- b. La probabilidad de detección de la infracción.
- c. El daño resultante de la infracción.
- d. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
- e. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
- f. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar.  
(...)



- (iii) la falta en la que incurrió Súper Gimnasio es grave, en tanto denota una conducta reprochable, la cual no puede ser tolerable por el ordenamiento, pues ha comprometido la vulneración de un bien jurídico substancial, como es el derecho a la igualdad, valor que debido a su especial naturaleza, es protegido con especial énfasis en los diversos sectores del ordenamiento, en especial, por aquellas normas jurídicas que conforman el orden público y la legalidad constitucional.
43. En su apelación, Super Gimnasio cuestionó la multa impuesta en su contra, precisando que la misma no se ajustaba al principio de razonabilidad, siendo que su representada nunca había sido sancionada y que resultaba exagerado afirmar que su conducta causaba un perjuicio a las demás empresas del mercado.
44. Al respecto, contrariamente a lo señalado por Super Gimnasio, el hecho de no haber sido sancionado con anterioridad, no constituye un atenuante contemplado por el Código que deba ser considerado a efectos de graduar la multa a imponer, siendo que es obligación de los administrados adoptar su conducta a los parámetros legales establecidos.
45. Asimismo, cabe indicar que esta Sala coincide con el efecto que tienen conductas como la sancionada en el presente caso, siendo que la desconfianza generada en los consumidores de este tipo de servicios, efectivamente redundará en las demás empresas del rubro que deberán afrontar las consecuencias de dicho efecto.
46. Finalmente, cabe resaltar que este Colegiado coincide con los demás argumentos planteados por la Comisión a efectos de graduar la multa a imponer en el presente caso.
47. En consecuencia, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a Super Gimnasio con una multa de 1 UIT.

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar la Resolución 499-2012/ILN-CPC del 6 de junio de 2012, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte que declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 38° numerales 2 y 3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto no quedó acreditada la causa objetiva y justificada para limitar el acceso de la señora Elizabeth Rojas Acuña al servicio prestado por Super Gimnasio S.A.C.



**SEGUNDO:** Confirmar la Resolución 499-2012/ILN-CPC en el extremo que ordenó a Súper Gimnasio S.A.C. como medida correctiva que, en adelante se abstenga de limitar el acceso de cualquier usuario sin que exista alguna causa objetiva para ello.

**TERCERO:** Confirmar la Resolución 499-2012/ILN-CPC en los extremos que sancionó a Super Gimnasio S.A.C. con una multa de 1 UIT y la condenó al pago de las costas y costos del procedimiento.

**Con la intervención de los señores vocales Hernando Montoya Alberti, Ana Asunción Ampuero Miranda, Alejandro José Rospigliosi Vega y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.**

**HERNANDO MONTOYA ALBERTI**  
**Vicepresidente**

***El voto singular del señor vocal Julio Baltazar Durand Carrión, es el siguiente:***

El vocal que suscribe el presente voto coincide con la mayoría en que se debe declarar fundada la denuncia contra Super Gimnasio por infringir el artículo 38° del Código; no obstante, considera que dicha conducta debe ser calificada como un acto de discriminación, en atención a los siguientes fundamentos:

1. El Derecho del Consumidor no es un simple reestudio o relectura de normas pertenecientes a otra rama del Derecho y de sus respectivos instrumentos. Es si, en cambio, una relectura de los problemas de consumo, que en el mundo de hoy, se han masificado y exigen soluciones muchas veces incompatibles con el Derecho tradicional, estructurado fundamentalmente sobre normas del Derecho Civil -en particular de la contratación- cuyas disposiciones no son adecuadas para regular las relaciones derivadas del fenómeno del consumo, que presiona al mercado, como al Derecho en tanto disciplina reguladora, para hacer frente a los complicados y complejos efectos jurídicos de la realidad del consumo.
2. La realidad que en materia de consumo impone el mercado actual, desborda la dimensión jurídica sobre la cual se han elaborado ciertas normas y, en ese sentido, el firmante considera que el razonamiento de un órgano resolutorio como la Sala Especializada en Protección al Consumidor no puede ser



reducido sólo a ideales jurídicos, sino que deben encontrarse respuestas válidas a nuevos fenómenos de mercado, lo que implica calificar una serie de conductas que se presentan a diario en las transacciones comerciales en un mundo globalizado como el de hoy.

3. En este punto, el vocal que suscribe el presente voto considera pertinente traer a colación el concepto de igualdad sustancial y eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Al respecto, el artículo 2º inciso 2 de nuestra Constitución establece que *“Toda persona tiene derecho a (...) la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”*
4. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad consagrado por esta norma tiene dos dimensiones: una formal y otra material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la Administración Pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). Respecto de la dimensión material del derecho a la igualdad, el máximo intérprete de la Constitución<sup>10</sup> ha señalado lo siguiente:

*“En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual”<sup>11</sup>.*

5. Así, se ha reconocido que el derecho a la igualdad, en su faz material, también implica la exigencia de ser tratado en forma distinta, cuando un sujeto no se encuentra en una situación igual a la de los demás, teniendo en cuenta las circunstancias de aquél. A mayor abundamiento, a nivel doctrinario se ha señalado que uno de los problemas de la igualdad sustancial o material es determinar qué tipo de desigualdades de hecho cabe

<sup>10</sup> El artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Peruano establece lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales (...).”*

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 0606-2004-AA/TC publicada el 15/08/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00606-2004-AA.html>



alegar como fundamento de un trato desigual, siendo que “las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas”<sup>12</sup>.

6. De otro lado, el Tribunal Constitucional ha recordado en varios pronunciamientos que los derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la igualdad) vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En efecto, dicho órgano colegiado ha señalado que:

*“Conforme al artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución”, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”<sup>13</sup>.*

7. En este contexto, el vocal que suscribe el presente voto considera que de una interpretación constitucional del 38° del Código que prohíbe la discriminación en el ámbito del consumo tal como ha señalado el voto en mayoría – se desprende que estos no solo tutelan a los consumidores frente a vulneraciones a su derecho a la igualdad formal, sino también a la igualdad sustancial.

#### Los actos de discriminación

8. En el artículo 2 numeral 2) de la Constitución Política del Perú se establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
9. El Código establece una serie de derechos de los consumidores, entre los que se encuentra expresamente el derecho de acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que le permitan libremente elegir lo que deseen, debiendo además ser tratados justa y equitativamente en toda transacción comercial<sup>14</sup>. Esta norma desarrolla el

<sup>12</sup> PIETRO SANCHIS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Nº 22. Madrid, septiembre-diciembre-1995, p. 31-37. Ver: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_22\\_007.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf)

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 1848-2004-AA/TC publicada el 15/03/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

<sup>14</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

d) Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (...)

f) Derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado y a ser informados por el proveedor sobre los que cuenta. (...)





principio fundamental de igualdad de trato y no discriminación de acuerdo al cual todo consumidor tiene derecho a un trato de equidad y justicia.

10. Específicamente, el Código señala que, en los locales abiertos al público, los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen. Únicamente se permitiría una práctica de selección o trato diferenciado en los casos donde medie una causa objetiva y justificada para ello, como la seguridad o tranquilidad del resto de los consumidores<sup>15</sup>.
11. La restricción establecida por la Constitución y el Código no contraviene el derecho a la libertad de contratación también consagrado en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.
12. Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado lo siguiente:

*“(...) 9. Que al respecto cabe precisar que el artículo 2º, numeral 2), de la Constitución establece que el derecho –principio de igualdad- será vulnerado cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable, configurándose así un acto de discriminación. (...)”<sup>16</sup>.*

13. De igual manera, en la Sentencia recaída en el Expediente 02974-2010-PA/TC, el Tribunal indicó lo siguiente: *“(...) Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (...)”*
14. Bajo tal premisa, considero que todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación en contra de los consumidores, en tanto estos no

---

<sup>15</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38º.- Prohibición de discriminación de consumidores.**

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

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

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

<sup>16</sup> Ver Sentencia recaída en el Expedientes 4029-2011-PA/TC.



pueden concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que exista una causa objetiva y justificada que sustente dicha diferenciación. Por lo cual no se podría alegar que el trato diferenciado ilícito constituya un tipo infractor distinto al de la discriminación.

15. Un ejemplo de conducta ilícita de selección de consumidores de un servicio es el utilizado por algunas discotecas en la ciudad de Lima, permitiendo el acceso a consumidores de una característica racial y dejando de lado a otros de característica racial distinta. En estos casos, tanto la Comisión como el Tribunal del Indecopi, han declarado que esas conductas constituyen comportamientos discriminatorios inaceptables para el sistema jurídico y, consiguientemente, infracciones a las normas de protección al consumidor.
16. El impedimento de ingreso o la negativa de venta no es la única forma en la que se puede producir un trato discriminatorio hacia los consumidores. El trato diferenciado también puede verificarse durante la prestación de servicios vinculados a la venta de productos en establecimientos abiertos al público, en cuyo caso, para los efectos del análisis de la justificación de la conducta diferenciada tendrá que tenerse en consideración la seguridad y tranquilidad de los demás consumidores.
17. Definido el marco conceptual, queda claro también que el tema clave en esta materia estará dado por la posibilidad de acreditar los hechos materia de la denuncia. Esta situación es otra condición que deriva de la misma naturaleza de los hechos denunciados y que, ciertamente puede dificultar la actuación probatoria de los consumidores afectados. Precisamente, para superar estas dificultades la Sala ha ordenado a la primera instancia el desarrollo permanente de acciones de oficio, como operativos previamente diseñados que permitan obtener válidamente pruebas respecto de actos de discriminación.
18. Esta Sala ha cuidado de interpretar las normas asignadas a su competencia y es consciente que la protección al consumidor exige una intervención tuitiva del Estado en defensa de los derechos constitucionales de los consumidores y que, parte de dicha exigencia, determina la necesidad de interpretar las normas de protección al consumidor en los sentidos más favorables al derecho de los consumidores. Sin embargo, dicha obligación constitucional no permite efectuar una interpretación de hechos sobre la perspectiva de inducir afectaciones al consumidor en la medida que los hechos son, precisamente, los que justificarán la imposición de una infracción a otro sujeto del estado de derecho.



19. En el presente caso, Super Gimnasio es un establecimiento abierto al público, que se dedica a la prestación de servicios deportivos.
20. Si bien en el presente caso se corroboró que existió una diferenciación en el trato brindado a la señora Rojas al negársele la renovación de su membresía, el proveedor no acreditó la existencia de una causa objetiva que justificara tal negativa.
21. En virtud a lo expuesto, considero que corresponde sancionar a la denunciada por incurrir en actos de discriminación, al no permitir la renovación de la membresía de la señora Rojas, sin que acredite la existencia de una causa objetiva y justificada para ello.

**JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN**

Lpderecho.pe