



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia Nº 2

RESOLUCIÓN 0508-2008/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2186-2007/CPC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
DENUNCIANTE : RODOLFO FERNANDO RÁEZ VALDIVIA
DENUNCIADOS : GESUR S.A.C
D1 DANCE S.A.C.
MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
CONTROVERSIA JUDICIAL EN TRÁMITE
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *se confirma la Resolución 1 del 2 de julio de 2008, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor que suspendió el procedimiento iniciado por el señor Rodolfo Fernando Ráez Valdivia contra Gesur S.A.C y D1 Dance S.A.C., en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto Legislativo 807, en tanto culmine el proceso contencioso-administrativo seguido en el Poder Judicial.*

Lima, 12 de diciembre de 2008

ANTECEDENTES

1. El 26 de octubre de 2007, el señor Rodolfo Fernando Ráez Valdivia (en adelante, el señor Ráez) denunció a Gesur S.A.C (en adelante, Café del Mar) y D1 Dance S.A.C. (en adelante, D1 Dance) por presunta infracción del artículo 7B del Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor. Señaló que el 27 de octubre de 2005, Café del Mar le negó el ingreso a su establecimiento, pese a que contaba con una invitación para el evento denominado D1-Dance – Ángeles de Arena, alegando que el mismo era únicamente para socios del local. Por ello, solicitó como medida correctiva la clausura de Café del Mar, la publicación de avisos informativos, así como cualquier otra medida idónea para revertir la conducta infractora.
2. Mediante Resolución 1 del 2 de julio de 2008, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión) suspendió el procedimiento iniciado por el señor Ráez contra Café del Mar y D1 Dance, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto Legislativo 807 – Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi – por las siguientes consideraciones:
 - (i) mediante Resolución 1415-2006/TDC-INDECOPI del 13 de setiembre de 2006, la Sala confirmó la Resolución 911-2006/CPC, la cual halló



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia Nº 2

RESOLUCIÓN 0508-2008/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2186-2007/CPC

responsable a Café del Mar por ofrecer un servicio diferenciado a sus clientes, distinción que no se justificaba en razones objetivas sino que se encontraba vinculado a la existencia de conductas discriminatorias con ocasión de la raza o la condición económica de los consumidores y lo sancionó con 37 UIT. Dicho procedimiento se inició de oficio en base a una diligencia de inspección realizada el 10 de diciembre de 2005;

- (ii) mediante Resolución 1029-2007/TDC-INDECOPI del 18 de junio de 2007, la Sala confirmó la Resolución 2174-2006/CPC que halló responsable a Café del Mar por infracción del artículo 7B del Decreto Legislativo 716 y lo sancionó con una multa de 70 UIT, por haber persistido en conductas discriminatorias. Asimismo, dispuso como medida correctiva, la clausura temporal del local ubicado en la Avenida Santa Cruz 850 – Miraflores, por el término de 60 días calendarios y, que se abstenga de incurrir en nuevas prácticas discriminatorias cuando reinicie sus actividades comerciales;
 - (iii) existe identidad de hecho, sujeto y fundamento –requisitos establecidos para la aplicación del principio de *non bis in idem*– entre la denuncia del señor Ráez y los procedimientos administrativos referidos anteriormente. Por ello, para no contravenir dicho principio no podía emitir pronunciamiento sobre los hechos denunciados por el señor Ráez; y,
 - (iv) la Resolución 1415-2007/TDC-INDECOPI es materia de un proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, por ello es necesario conocer los alcances del fallo judicial, antes de pronunciarse sobre la denuncia del señor Ráez.
3. El 11 de julio de 2008, el denunciante apeló la Resolución 1 manifestando que los actos de discriminación cometidos por Café del Mar ocurrieron en fechas distintas, por lo que no se cumplía el requisito de identidad de hechos para la aplicación del principio de *non bis in idem*. Asimismo, señaló que tampoco se cumplía con el requisito de identidad de sujetos, pues él no había formado parte de los procedimientos concluidos en la vía administrativa mediante Resoluciones 1415-2006/TDC-INDECOPI y 1029-2007/TDC-INDECOPI.



ANÁLISIS

4. El artículo 65 del Decreto Legislativo 807¹ establece que los órganos funcionales suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen en dos supuestos:
 - (i) cuando se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia; o,
 - (ii) cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.
5. El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial² establece que ninguna autoridad administrativa podrá avocarse al conocimiento de causas que se encuentran pendientes de resolución ante el Poder Judicial.
6. El principio de *non bis in idem*, reconocido en el artículo 139 incisos 3 y 13 de la Constitución Política del Perú³, constituye una expresión del principio de debido proceso⁴ y de proporcionalidad o prohibición de excesos por el

¹ **DECRETO LEGISLATIVO 807.- Artículo 65.-** Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.

² **LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.- Artículo 4.-** Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principio de la administración de justicia. Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o fundamentos, restringir sus efectos, o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la Ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto, resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2050-2002-AA del 16 de abril de 2003.



cual no es posible establecer de manera simultánea o sucesiva una doble persecución o sanción cuando se presenta concurrentemente la identidad de sujeto, hecho y fundamento⁵. En el ámbito administrativo, se encuentra expresamente comprendido dentro de los principios que deben regir los procedimientos sancionadores⁶.

7. En el presente caso, el señor Ráez informó a la Comisión que el 27 de octubre de 2005, Café del Mar le negó el ingreso a su establecimiento, pese a que contaba con una invitación para el evento denominado D1-Dance – Ángeles de Arena, alegando que el mismo era únicamente para socios del local, situación que podía constituir la comisión de prácticas discriminatorias proscritas por el artículo 7B del Decreto Legislativo 716.
8. Dado que en el 2006, se dio inicio a un procedimiento de oficio contra el referido denunciado por prácticas discriminatorias, en el cual se tomó en cuenta todas las posibles afectaciones a los consumidores hasta el 10 de diciembre de 2005, fecha en que se realizó la diligencia de inspección, en mérito a la cual se llevó a cabo una investigación contra dicho administrado. Siendo esta la infracción imputada contra Café del Mar, no es posible la existencia de dos procedimientos administrativos que busquen sancionar la misma conducta infractora.
9. En efecto, como resultado de la investigación efectuada en el 2006, la Resolución 911-2006/CPC confirmada mediante Resolución 1415-2006/TDC-INDECOPI se sancionó a Café del Mar por llevar a cabo conductas discriminatorias. Dicha sanción no buscaba únicamente sancionarlo por los hechos verificados en la inspección del 10 de diciembre de 2005⁷, sino también por todas las posibles afectaciones a los

² *“El derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (ne bis in idem), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.*

3. (...) *Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada”*

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, 2001, p. 522.

⁶ **LEY 27444, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

10. Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

⁷ En el extremo referido a la graduación de la sanción, la Resolución 1415-2006/TDC indicó que:



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia Nº 2

RESOLUCIÓN 0508-2008/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2186-2007/CPC

derechos de los consumidores que se hubieran efectuado hasta dicha fecha. (Ver Anexo 1) Por tanto, aun cuando el denunciante no haya conformado la parte procesal en la tramitación del expediente antes referido, ello no obsta a que su derecho a no ser discriminado ya haya sido tutelado en la investigación de oficio llevada a cabo por la Comisión, con la correspondiente sanción de 37 UIT impuesta a Café del Mar.

10. La finalidad última de los procedimientos sancionadores es cautelar el interés colectivo de los consumidores a través de la evaluación de pretensiones de naturaleza individual, operando esto último como un mecanismo mediante el cual la autoridad administrativa puede identificar la actuación de los proveedores en el mercado y sancionar las infracciones al Decreto Legislativo 716, para disuadir o prevenir dichas conductas.
11. Por ello si bien, en principio, es lícito el inicio de distintos procedimientos administrativos contra un proveedor por los mismos tipos infractores – tales como, la realización de prácticas discriminatorias –, siempre que las conductas sean distintas, ello no es posible en el presente caso, al haber existido un procedimiento administrativo de oficio que estuvo orientado a tutelar los intereses de la generalidad de los consumidores en el periodo de tiempo en el cual se llevó a cabo la presunta discriminación contra el señor Ráez.
12. Considerando que el Poder Judicial se encuentra evaluando las prácticas discriminatorias cometidas por Café del Mar, es necesario contar con el pronunciamiento definitivo que al respecto se emita en la vía judicial con la finalidad de evitar fallos que atenten contra el principio del *non bis in idem*, por lo que corresponde confirmar la Resolución 1 que suspendió el procedimiento iniciado por el señor Ráez, en tanto culmine el proceso contencioso-administrativo seguido en el Poder Judicial.

“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.

(...)

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. (...)



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia Nº 2

RESOLUCIÓN 0508-2008/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2186-2007/CPC

RESUELVE

Confirmar la Resolución 1 del 2 de julio de 2008 que suspendió el procedimiento iniciado por el señor Rodolfo Fernando Ráez Valdivia contra Gesur S.A.C y D1 Dance S.A.C., en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto Legislativo 807, en tanto culmine el proceso contencioso-administrativo seguido en el Poder Judicial.

Con la intervención de los señores vocales Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle, Camilo Nicanor Carrillo Gómez, Oscar Darío Arrús Olivera, Hernando Montoya Alberti y Héctor Tapia Cano.

FRANCISCO PEDRO ERNESTO MUJICA SERELLE
Presidente



**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia Nº 2**

RESOLUCIÓN 0508-2008/SC2-INDECOPI

EXPEDIENTE 2186-2007/CPC

ANEXO 1

