

Episodio 2.

¿El Ataque de los clones?

El Derecho de Asociación vs.

*El Fraude a la Ley. * **

Pablo Huerta Canales*

I **Introducción**

El caso bajo comentario, tuvo una gran relevancia e importancia, tanto jurídica como social, hace algunos años. Se puso en el tapete, vale decir, se confrontó, la vigencia y extensión de dos derechos constitucionalmente reconocidos, por un lado la libertad para contratar y por otro el derecho a no ser discriminado. Ambos derechos colisionaron en el presente caso, incluso llegó producirse un conflicto de competencia, pues, por una parte las empresas propietarias de las discotecas señalaban que al tratarse de derechos constitucionales en discusión debería ser el Poder Judicial el competente para conocer este conflicto de intereses, desvirtuando al Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, cuyo foro es el administrativo, como competente para conocer el caso.

Como se recordará, existió una práctica reiteradamente discriminatoria por parte de las discotecas The Edge y The Piano en la selección de las personas que podían ingresar a sus instalaciones, vale decir, selección de consumidores. El INDECOPI, competente para conocer todo lo concerniente en materia de protección al consumidor en sede administrativa, publicó (el 19-04-98), en diversos medios de comunicación, unos lineamientos

sobre la discriminación en el consumo, en donde desarrollaba su posición respecto a qué situaciones constituían discriminación y no una selección objetiva en el consumo; señalando que los establecimientos abiertos al público debían permitir que los consumidores puedan acceder a los servicios que brindan en condiciones de equidad sin discriminaciones. Estableció dos únicos supuestos en los que sí podía restringirse el ingreso al público: en los casos de asociaciones o clubes privados que en armonía con el derecho constitucional de asociación, sólo se permitía el ingreso de asociados, y cuando el establecimiento se reserve el derecho de admisión; siendo que en ambos casos los establecimientos deberán exhibir en lugar visible y de manera clara el motivo que justifica la restricción. Concluía en que las únicas restricciones válidas eran: la referida al a mayoría de edad, de vestimenta (caso corbata, o no zapatillas), el no ingreso en estado de ebriedad y otras restricciones similares; siempre que sean aplicadas de manera objetiva y consistente, sin discriminar por raza, condición socioeconómica u otro motivo que vulnere los derechos de ciudadanos que contravienen el orden público. Dos días después de la emisión del aviso preventivo sobre prácticas discriminatorias, se constituyeron ante el mismo notario, las asociaciones "THE EDGE SOCIAL CLUB" y "THE

** El presente caso fue asumido por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú como parte de una de sus principales líneas de acción, cual es el promover acciones judiciales para la defensa de bienes jurídicos de interés público. El objetivo conseguido con la sentencia de primera instancia que declara la disolución de las asociaciones constituidas en fraude a la ley es el esfuerzo de todo el grupo que conforma la Clínica Jurídica, muy en especial de su Coordinador Gorki Gonzales Mantilla, y del asesor a cargo del caso Jean Carlo Seván Delgado.

* Miembro de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la PUCP. Parte del equipo que estuvo a cargo del caso bajo comentario.

PIANO SOCIAL CLUB” cuya finalidad principal era el permitir el ingreso de sus socios a las discotecas “The Edge” y “The Piano” respectivamente. Ambas asociaciones modificaron posteriormente (el 15-07-98) el artículo 15° de sus estatutos, estableciendo dos modalidades en el proceso de admisión de socios: mediante el llenado de una solicitud de admisión, la cual sería contestada por el administrador en el plazo de siete días naturales, y mediante el criterio del administrador quien contaba con todas las facultades discrecionales para admitir como socio a cualquier candidato que él considere reúne las cualidades para convertirse en miembro de la asociación.

Algunas días posteriores a la publicación de dichos lineamientos, el INDECOPI realiza visitas de inspección a las citadas discotecas para comprobar si efectivamente existía una discriminación que se basaba en criterios no objetivos para discriminar en el consumo. Se llegó a comprobar que efectivamente, en dichos locales se realizaban prácticas discriminatorias basadas en aspectos raciales y socioeconómicos, es decir, su práctica no tenía un correlato objetivo.

INDECOPI, luego de constatar in situ la reiterada práctica discriminatoria sanciona administrativamente a las discotecas; estas apelan la resolución de la Comisión de Protección al Consumidor, elevándose de esta forma el expediente al Tribunal del INDECOPI.

Ante la citada advertencia del INDECOPI y con posterioridad a las sanciones administrativas, los representantes legales de la discoteca The Edge, interpusieron una acción de amparo contra el INDECOPI para que se prohíba se investigue a sus clientes por elegir discrecionalmente a las personas que ingresan a su establecimiento. Dicha demanda fue denegada en primera instancia, siendo apelada, para posteriormente elevarse el expediente a la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público la cual revocó la sentencia en el extremo que declaraba infundada la demanda interpuesta por American Disco Sociedad Anónima (Empresa propietaria de la discoteca The Edge) y reformándola la declararon fundada, disponiendo que el INDECOPI se abstenga de practicar publicaciones y realizar actos como inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones que contengan o se sustenten en la calificación y regulación del libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes American Disco decida

prestarle sus servicios de discoteca. Con ello se limitó definitivamente la actuación del INDECOPI para conocer e intervenir, supervisando e imponiendo sanciones, en el presente caso, y a la vez se dejaba un precedente, pues en posteriores denuncias que recibiera el INDECOPI sobre discriminación en el consumo, ante la eventual acción de éste, las supuestas empresas infractoras podrían interponer una acción de amparo alegando los mismos argumentos que la precitada, siendo lógico que se siguiera el mismo criterio y se declarara procedente la misma.

Siendo ese el estado de las cosas, La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú; verifica que en la constitución de dichas asociaciones ha operado un fraude a la ley; es por ello que a través del Ministerio Público representado por la Sexta Fiscalía Provincial en lo Civil de Lima, se interpone una demanda de declaración judicial contra la Asociación “ THE EDGE SOCIAL CLUB” , la empresa AMERICAN DISCO propietaria de la discoteca “The Edge”, la Asociación “ THE PIANO SOCIAL CLUB”, la empresa MERCHANT INVESTMENTS CORPORATION S.A., propietaria de la discoteca “The Piano”; para que se declare la nulidad de los actos de constitución de las asociaciones demandadas que se encuentran inscritas en el libro de registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos.

El derecho a no ser discriminado y el orden público

Si bien es cierto, con la sentencia judicial de segunda instancia que declaraba fundado el amparo presentado por las empresas propietarias de las discotecas, ordenándose al INDECOPI abstenerse de inspeccionar y sancionar actos que constituyan el libre ejercicio del derecho de contratación, se dejaba allanado el camino a las discotecas citadas y, en general, a todos los establecimientos abiertos al público a discriminar a los consumidores sin ningún correlato objetivo, con la impunidad que les daba el respaldo de un cuestionable mandato judicial que expresamente sustraía de su competencia al INDECOPI, no se cerraba el camino a que, por la vía del fraude a la ley se cuestionara la licitud de la constitución de las cuestionadas asociaciones.

El debate ya no se centraba en cuál era el derecho constitucional que debía primar para el caso concreto: el derecho a la libertad de contratar o el derecho a no ser discriminado por motivos de raza, sexo, religión o condiciones socio económicas, sino más bien el estable-

cer si dichas asociaciones formalmente constituidas, se habían constituido con el solo propósito de vulnerar normas imperativas de obligatorio cumplimiento.

El punto a dilucidar era si la constitución de las asociaciones había operado con el sólo propósito de darle legalidad a un acto manifiestamente discriminatorio, es decir, si efectivamente había operado una vulneración al orden público.

La infracción al Orden Público

Para determinar si efectivamente operó una infracción al orden público, es necesario aproximarnos al contenido del orden público en nuestro ordenamiento legal, para luego poder establecer si es que la constitución de las mencionadas asociaciones atentan contra este bien jurídicamente relevante.

La mención al orden público la encontramos en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que sanciona con nulidad aquellos actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan el orden público o a las buenas costumbres.

Una aproximación a lo que podría significar el contenido del orden público la encontramos en el conjunto de normas imperativas de obligatoria observancia por los sujetos al momento de celebrar negocios jurídicos; dichas normas no necesariamente pueden estar expresamente establecidas en la normativa específica que regula el negocio jurídico específico, pero ello no significa que por el sólo hecho de cumplir los requisitos formales o elementos típicos sean una figura lícitamente válida dentro de nuestro ordenamiento.

En el caso bajo análisis, la constitución de las asociaciones fue formalmente válida; pero la intención buscada con su constitución era la de darle un revestimiento jurídico válido a un acto lesivo de derechos constitucionales, como es el no ser discriminado por cuestiones de raza, sexo, o condición socioeconómica. Lo anteriormente señalado se puede inferir de una serie de elementos concurrentes: el que ambas asociaciones se constituyan el mismo día, ante el mismo notario público, y dos días después a la publicación de los lineamientos sobre protección en el consumo del INDECOPI, el hecho que las mismas personas que conforman las directivas de las asociaciones conformen las directivas de las empresas propietarias de las discotecas, y la forma poco objetiva con que se selecciona a las personas que pretendan ingresar a la asociación.

Consecuentemente, se puede afirmar concluir que la restricción del ingreso a lugares públicos y, en general, las que puedan realizar los establecimientos abiertos al público sin ninguna causa objetiva, constituyen actos ilícitos que transgreden el ordenamiento jurídico, vale decir, el orden público; de lo que se puede concluir que el derecho constitucional a no ser discriminado forma parte del contenido del orden público, y al vulnerarlo, no sólo se vulnera un derecho constitucional, sino también se transgrede una norma imperativa que tiene un correlato directo con el orden público de nuestro sistema jurídico.

El derecho a no ser discriminado como un interés difuso

La legitimidad de la Clínica Jurídica para intervenir en el proceso, viene dada por el hecho de ser una asociación o institución sin fin de lucro, estando plenamente legitimada por nuestro ordenamiento procesal, el cual regula el patrocinio de los intereses difusos, y por la materia controvertida que es la vulneración de los derechos del consumidor, en el caso comentado, el derecho a no ser discriminado en el consumo.

El artículo 82° del Código Procesal Civil, define el concepto de intereses difusos estableciendo que son todos aquellos cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, para posteriormente señalar que tienen referencia a bienes de inestimable valor patrimonial como la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

La Clínica Jurídica ingresa al proceso como tercero coadyuvante, en virtud de la legitimidad que le otorga el artículo comentado. Resulta además pertinente señalar que la materia no había adquirido la calidad de cosa juzgada frente a las instituciones no intervinientes en el proceso, con lo que si bien el INDECOPI debía abstenerse de ejercer cualquier tipo de acción que buscara la protección del consumidor ante actos discriminatorios en el momento de la contratación, ello no limitaba el accionar de otras entidades como el Ministerio Público o instituciones sin fines de lucro como es el caso de la Clínica Jurídica, a interponer acciones que buscaran la tutela jurisdiccional de intereses difusos.

El derecho a no ser discriminado como un derecho humano

Como se ha señalado en líneas anteriores, el derecho a no ser discriminado es, a parte de ser un derecho constitucional, un derecho humano, lo que le otorga una categoría de reconocimiento y protección universal. Dicha categoría viene dada por la cada vez más extendida práctica de instrumentalizar a nivel internacional y nacional, los diversos principios que inspiran la protección de la persona humana y su dignidad en sentido lato. En nuestra legislación nacional el acogimiento a los tratados cuyo contenido es la protección de los derechos humanos, la encontramos en la Cuarta Disposición Transitoria de nuestra actual Constitución Política. Este punto es interesante porque nuestro texto constitucional no sólo reconoce que las normas relativas a los derechos y libertades que ella misma reconoce se interpretan de acuerdo a los tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país sobre la materia, sino también de conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que le da un marco de protección mayor, puesto que, en dicho instrumento se reconoce que “todos los hombre nacen libres e iguales en dignidad”; con ello no sólo se reconoce universalmente la igualdad entre los hombres, sino también se protege dicha igualdad de todo acto que transgreda la misma. Así, en virtud de esta norma, se le otorga efectos vinculantes a los citados instrumentos protectores de derechos humanos, incorporándolos a nuestra legislación nacional, y haciéndolos de obligatoria observancia por parte de nuestros juzgadores.

Es preciso señalar que nuestra constitución en su artículo 44° reconoce como deber primordial del estado el garantizar la plena protección y vigencia de los derechos humanos; a partir de dicha garantía, y haciendo una interpretación sistemática con la cuarta disposición transitoria y el artículo 2 inciso 2 de la misma carta, se puede concluir que la discriminación en el consumo es una atentación directa contra un derecho humano

constitucionalmente reconocido, tanto por nuestra legislación nacional como por instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, cuya garantía y protección es un deber del estado.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La discriminación por razones de raza, sexo, o condición socioeconómica, en un mundo en el que la globalización se impone como un hecho, teniendo como uno de sus aspectos positivos la vigencia cada vez mayor de los Derechos Humanos, resulta insostenible y debe ser abolida definitivamente.

A cualquier sociedad que se rija por la economía de libre mercado, no le debe ser excluyente los principios éticos y morales que inspiran los ordenamientos jurídicos y los tratados que protegen los derechos humanos. Creemos que la labor interpretativa de los jueces, debe ser cada vez más abierta a la aplicación de dichos instrumentos internacionales. La discriminación por razones subjetivas no es otra cosa que la negación a la igualdad de los hombre en dignidad y derechos; tales diferencias son sólo construcciones mentales que no generan ningún tipo de eficiencia, entendida ésta como bienestar social, sino por el contrario, se caricaturiza lo que se entiende por maximización de utilidades a través del ejercicio de la libertad contractual.

Este tipo de prácticas no tienen ningún correlato objetivo y no generan eficiencias porque obstaculizan el libre tráfico de bienes y servicios en el mercado, originando la intervención del Estado a través del ente regulador, para que corrija este tipo de distorsiones que van más allá de una simple vulneración a un derecho del consumidor, al vulnerar derechos humanos y transgredir de esta forma el orden público vigente. **D&S**