

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI DE CUSCO
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : ALDO TOLEDO CORAZAO
DENUNCIADA : MAGALI ELENA ALARCÓN YEPEZ
MATERIA : DISCRIMINACIÓN
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *Se revoca la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia y, reformándola, se declara infundada la misma, toda vez que no ha quedado acreditado que el denunciante haya sido sometido a prácticas discriminatorias debido a su opción sexual.*

Lima, 27 de febrero de 2014

ANTECEDENTES

1. El 9 de octubre de 2012, el señor Aldo Toledo Corazao (en adelante, el señor Toledo) denunció a la señora Magali Elena Alarcón Yopez¹ (en adelante, la señora Alarcón), propietaria del establecimiento denominado "Discoteca Bajo Cero", por infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código).
2. En su denuncia, el señor Toledo señaló lo siguiente:
 - (i) El 14 de agosto de 2012 acudió con unos amigos al establecimiento comercial de la denunciada; no obstante, el personal de seguridad le impidió el ingreso refiriéndole que personas de su apariencia y opción sexual tenían un comportamiento inadecuado;
 - (ii) dicho personal no contaba con identificación, siendo que se negó a acompañarlo a la Comisaría y a llamar al administrador del local; y,
 - (iii) ante ello, hizo constatar los hechos ante un policía de la Comisaría de Wanchaq.
3. Mediante Resolución 2 del 12 de noviembre de 2012 se declaró rebelde a la denunciada por no apersonarse al procedimiento ni presentar descargos.
4. Mediante Resolución 61-2013/INDECOPI-CUS del 6 de marzo de 2013, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi del Cusco (en adelante, la Comisión) declaró fundada la denuncia contra la señora Alarcón por infracción del artículo 38º.1 del Código, al considerar que el Acta de Constatación Policial presentada constituía un indicio que acreditaba que el señor Toledo sufrió tratos discriminatorios por su opción sexual. En consecuencia, ordenó a la denunciada

¹ RUC: 10416059107. Domicilio: Av. Confraternidad 226A (Casa Azul Puerta Con Reja Plateada), Wanchaq, Cusco. M-SPC-14/1B

como medida correctiva, que se abstenga de impedir el ingreso de los usuarios a su establecimiento atendiendo a la opción sexual que tengan, la sancionó con una multa de 5 UIT y la condenó al pago de las costas y costos del procedimiento.

5. El 20 de marzo de 2013, la señora Alarcón interpuso recurso de apelación contra la Resolución 61-2013/INDECOPI-CUS, indicando que:
 - (i) La decisión de Comisión no estaba debidamente motivada ya que la Ley le permitía efectuar una atención diferenciada a los consumidores siempre que existan causas justificadas y objetivas, siendo que en el caso de autos negó el ingreso del señor Toledo a su establecimiento, debido a que en anteriores oportunidades había provocado desordenes violentos al interior, lo cual ponía en riesgo la seguridad y tranquilidad de sus demás clientes;
 - (ii) el Acta de Constatación Policial en ningún momento consignaba que se haya negado el ingreso al denunciante por su opción sexual; y,
 - (iii) la Comisión únicamente utilizó el acta policial para declarar fundada la denuncia en su contra, lo cual no resultaba un indicio suficiente que acreditara la infracción.

ANÁLISIS

Sobre el deber de no someter a los consumidores a tratos discriminatorios

6. El artículo 38º del Código establece que los proveedores se encuentran prohibidos de 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 consumo².
7. El cumplimiento de este deber busca proteger el interés de los consumidores en que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin exclusiones o selecciones de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo de los proveedores, lo que es particularmente relevante tratándose de establecimientos abiertos al público.

² 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.

8. Respecto a la carga de la prueba, el artículo 38º del Código establece que el consumidor solo tendrá que acreditar con suficientes indicios que ha recibido un trato desigual, para que surja la obligación del proveedor de acreditar que su actuación respondió a las circunstancias objetivas y razonables y de ese modo se exonere de responsabilidad. Es decir, el presunto afectado por un trato discriminatorio deberá presentar sucedáneos probatorios que deberán ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder formar una convicción respecto de los hechos investigados, ello debido a que en estas situaciones muchas veces falta pruebas directas que acrediten las alegaciones efectuadas por los consumidores.
9. En el presente caso, el señor Toledo afirmó que personal de la "Discoteca Bajo Cero" de propiedad de la denunciada, le negó el ingreso al establecimiento debido a que era homosexual. El denunciante agregó que dejó constancia de los hechos ocurridos ante un policía de la Comisaría de Wanchaq.
10. Por su parte, la señora Alarcón ha indicado que negó el ingreso del señor Toledo debido a que en anteriores oportunidades había provocado desordenes violentos al interior, lo cual ponía en riesgo la seguridad y tranquilidad de sus demás clientes.
11. Sobre el particular, obra en el expediente el Acta de Constatación Policial de fecha 14 de agosto de 2012, el mismo que indica lo siguiente respecto de los hechos ocurridos en el establecimiento de la denunciada³:

"(...) PRIMERO: La recurrente manifiesta que en el momento de la intervención no les permitieron el ingreso a la discoteca denominada "Bajo Cero" ubicado en la Av. Confraternidad costado de la mística. SEGUNDO: al aproximarnos a la puerta de ingreso, los encargados de la seguridad indicaron que no les permite el ingreso toda vez que al embriagarse tienen mal comportamiento."

(Subrayado agregado)

12. De una lectura del medio probatorio antes mencionado, se verifica que contrariamente a lo señalado por la Comisión, en ningún momento se deja constancia que el motivo de la negativa del ingreso del señor Toledo al establecimiento de la denunciada se haya debido a su opción sexual. En efecto, el personal de seguridad que brindó su manifestación ante el efectivo policial únicamente indicó que el señor Toledo tenía mal comportamiento y que dicha era la razón para no permitirle el ingreso.

³ Ver la foja 12 del expediente.

13. Cabe reiterar que de acuerdo al artículo 38º del Código antes citado, corresponde al consumidor acreditar por lo menos indiciariamente la existencia del trato discriminatorio, para que recién el proveedor tenga la obligación de acreditar las causas objetivas y razonables que justificaron su conducta.
14. En ese sentido, si bien se reconoce la dificultad para el consumidor de probar que ha sido víctima de un trato discriminatorio, en el presente caso el único medio probatorio aportado por el señor Toledo fue el Acta de Constatación Policial, de cuyo contenido no se evidencia que el 14 de agosto de 2012 este haya sido víctima de un trato discriminatorio, es decir, no existen indicios suficientes que den cuenta de la existencia de la infracción imputada.
15. Además, resulta necesario precisar que el denunciante en ningún momento ha desvirtuado el alegato de defensa de la señora Alarcón referido a que la negativa al ingreso del señor Toledo se debió al comportamiento violento que había tenido en anteriores oportunidades.
16. En atención a lo expuesto, no se desprende que la denunciada haya incurrido en prácticas discriminatorias al momento de negar el ingreso del señor Toledo a su establecimiento comercial. Por tanto, corresponde revocar el pronunciamiento venido en grado que declaró fundada la denuncia contra la señora Alarcón por presunta infracción del artículo 38º.1 del Código y, reformándola, se declara infundada la misma. En consecuencia, se deja sin efecto la multa impuesta, la medida correctiva ordenada y la condena al pago de las costas y costos del procedimiento.

RESUELVE:

Revocar la Resolución 61-2013/INDECOPI-CUS del 6 de marzo de 2013, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi del Cusco, que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Aldo Toledo Corazao contra la señora Magali Elena Alarcón Yopez por presunta infracción del artículo 38.1º de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor y, reformándola, declarar infundada la misma, toda vez que no ha quedado acreditado que el denunciante haya sido sometido a prácticas discriminatorias debido a su opción sexual. En consecuencia, se deja sin efecto la multa impuesta, la medida correctiva ordenada y la condena al pago de las costas y costos del procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Ana Asunción Ampuero Miranda, Alejandro José Rospigliosi Vega y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Vicepresidente