

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI
DE LA LIBERTAD
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : JESÚS MANUEL CHACÓN LÓPEZ
DENUNCIADA : CLAUDIA ATENAS TORRES BENITES
MATERIAS : IDONEIDAD DEL SERVICIO
DISCRIMINACIÓN
ACTIVIDAD : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la señora Claudia Atenas Torres Benites por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que negó el ingreso al establecimiento comercial a la parte denunciante, sin que hayan mediado causas objetivas y razonables que lo justifiquen.*

Lima, 3 de diciembre de 2014

ANTECEDENTES

1. El 28 de octubre de 2013, Jesús Manuel Chacón López (en adelante, la parte denunciante) denunció a la señora Claudia Atenas Torres Benites¹ (en adelante, la señora Torres) ante la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de La Libertad (en adelante, la Comisión) por la presunta infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor² (en adelante, el Código).
2. En su denuncia, la parte denunciante señaló que el 2 de agosto de 2013 acudió al local comercial de la denunciada en compañía de varios amigos; sin embargo, al tratar de ingresar, personal de seguridad le denegó el acceso manifestándole que no aceptaban persona de su condición de transgénero, ante lo cual regreso al local para grabar el hecho, recibiendo el mismo trato.
3. La señora Torres se apersonó al procedimiento mediante escrito del 24 de febrero de 2014, solicitando que se le otorgue un plazo adicional de cinco días para contestar la denuncia. Sin embargo, a pesar de que por resolución 3 del 12 de marzo de 2014, se le otorgó un plazo de cinco días hábiles adicionales, no cumplió con presentar sus descargos.

¹ RUC 10460461711. Domicilio fiscal en Calle Daniel Hoyle N° 321, Barrio El Molino, Trujillo, La Libertad.

² Publicado el 2 de setiembre de 2010 en el diario oficial *El Peruano*. Entró en vigencia a los 30 días calendario.

4. Mediante Resolución 335-2014/INDECOPI-LAL del 21 de abril de 2014, la Comisión declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 38° del Código, al considerar que se había acreditado un trato diferenciado injustificado, toda vez que la negativa de ingreso de la parte denunciante no obedeció a causas objetivas y razonables. Asimismo, se ordenó como medida correctiva que la señora Torres permita el acceso a su establecimiento comercial a la parte denunciante. Finalmente, la sancionó con una multa de 1.5 UIT y la condenó al pago de las costas y costos del procedimiento.
5. El 30 de abril de 2014, la señora Torres interpuso recurso de apelación contra la Resolución 335-2014/INDECOPI-LAL, solicitando que se declare la nulidad de dicho pronunciamiento, en virtud de lo siguiente:
 - (i) Es falso que la parte denunciante haya recibido un trato discriminatorio o un trato diferenciado por parte de su personal de seguridad, siendo que lo único que busca con la denuncia es sacar provecho de su condición de transgénero y la coyuntura actual que viene atravesando la realidad social para tratar de sorprender a la autoridad;
 - (ii) la Comisión ha omitido todo tipo de regla procesal para la actuación de un medio probatorio atípico como el vídeo que presentó la parte denunciante, el cual ha sido manipulado con alevosía y con la intención de perjudicarla, pues en su denuncia señaló que acudió en dos oportunidades al local comercial, siendo que le impidieron el ingreso, sin explicar las razones por las cuales en un primer instante se produjo dicho evento;
 - (iii) en el minuto con diez segundos del vídeo, se aprecia que la parte denunciante manifiesta que en otras oportunidades ha ingresado al local comercial en compañía de menores de edad, e incluso especifica las edades de los alumnos (16 años), sacando a la luz, uno de los motivos por los cuales no se le permitió el ingreso en aquel momento, siendo que la Comisión omitió dicha declaración, pese que implicaba que una persona adulta pueda ser acompañada y departa con menores de edad al libar alcohol, situación que se encuentra prohibida por la Ley 28681, Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, teniendo en cuenta que que los presuntos testigos que acompañan a la parte denunciante ocultan sus rostros y nunca fueron propuestos para que brinden su declaración correspondiente;
 - (iv) reconoció la condición de transgénero de la denunciante; sin embargo, señaló que la negativa de ingreso se debió a que la venta y consumo de

alcohol en compañía de menores de edad estaba prohibida, debido a las continuas quejas de sus clientes por usar el baño de mujeres, pese a que se le comunicó la incomodidad que generaba en la clientela femenina, de modo que estas circunstancias constituyen una causa objetiva y justificada para tal decisión;

- (v) en cumplimiento de la Ley 28681, el cual establece la prohibición de consumir o vender bebidas alcohólicas con menores de edad, así como el Reglamento Nacional de Edificaciones, que señala que los servicios higiénicos deben estar divididos en función de la condición de “hombre” o de “mujer”, es decir, del “sexo” y no la “identidad sexual o de género”, la negativa de ingreso de la parte denunciante estaba sustentada en causas objetivas y justificadas, pues no correspondía que una persona adulta consuma bebidas alcohólicas con menores de edad y no resultaba idóneo que una persona del mismo sexo ingrese al baño de mujeres;
- (vi) la Comisión vulneró los principios de verdad material, el principio de licitud, de presunción de licitud, así como el principio constitucional de presunción de inocencia, reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, toda vez que está trasladando toda la carga de la prueba a quien soporta la imputación (prueba diabólica);
- (vii) la resolución impugnada carece de motivación por incongruente, precaria, confusa, ambigua y defectuosa, toda vez que no han sido actuados los medios probatorios de forma correcta y suficiente, sin exponer los fundamentos de la decisión de manera clara y coherente, a pesar de que la motivación de las resoluciones constituye una garantía del debido procedimiento; y,
- (viii) cuestionó la graduación de la sanción.

ANÁLISIS

Sobre los actos tipificados en el artículo 38º del Código: discriminación y trato diferenciado ilícito

6. 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 índole³. Por su parte, el artículo 38º de dicho cuerpo legal⁴

³ **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:

(...)

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.

7. 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.
8. 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 establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.
9. Por su parte, el artículo 39° establece las reglas probatorias⁵. Así, en

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.

(...)

⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38°.- 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.

⁵ **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.

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.

Sobre el trato diferenciado injustificado

10. En el presente caso, la parte denunciante manifestó que personal del establecimiento de la señora Torres, le impidió el ingreso debido a su condición de transgénero. La Comisión declaró fundada la denuncia al considerar que se había acreditado un trato diferenciado injustificado, toda vez que la negativa de ingreso de la parte denunciante no obedeció a causas objetivas y razonables.
11. Antes de analizar el recurso impugnatorio interpuesto por la señora Torres, este Colegiado considera pertinente establecer de manera previa y sucinta las circunstancias en que se produjeron los hechos materia del presente procedimiento mediante la reconstrucción del caso a través del material probatorio que obra en el expediente, el cual está constituido por el contenido del vídeo presentado por la parte denunciante, donde se aprecian las imágenes de un presunto trato desigual.
12. De dicho material probatorio, se aprecia que la parte denunciante, se acercó al local de la denunciada y el personal de seguridad le impidió el acceso:
 - Al inicio del vídeo se puede apreciar lo siguiente:
 - “- **Personal:** No puede ingresar
 - **Parte denunciante:** Pero ¿por qué? Por mi condición no puedo entrar
 - **Personal:** Es lo que me informan a mi
 - **Parte denunciante:** ¿Quién te ha dicho eso? ¿el dueño, el administrador?
 - **Personal:** Son reglas del local.
 - **Parte denunciante:** Pero ¿Por qué?
 - **Personal:** Entiendo todo eso, pero no puedo hacer nada, por mi no hay ningún problema, pero aquí no se puede.

- **Parte denunciante:** ¿El administrador le ha dicho eso?

- **Personal:** Sí”

13. De lo transcrito se desprende lo siguiente: (i) la parte denunciante pretendió ingresar al local comercial de la señora Torres; y, (ii) personal de seguridad de la denunciada le impidió el ingreso alegando que eran “las reglas del local”.
14. Ello, a criterio de esta Sala, permite deducir la existencia de un trato exclusorio por parte de personal de la señora Torres hacia la parte denunciante. En ese sentido, y en virtud de las reglas de la carga de la prueba señalada precedentemente, corresponde a la denunciada, demostrar si dicha actuación obedeció en realidad a causas objetivas y razonables; de lo contrario, se entenderá que dicho trato era injustificado.
15. En su apelación, la señora Torres manifestó que era falso que la parte denunciante haya recibido un trato discriminatorio o un trato diferenciado por parte de su personal de seguridad, siendo que lo único que busca con la denuncia es sacar provecho de su condición de transgénero y la coyuntura actual que viene atravesando la realidad social para tratar de sorprender a la autoridad. Señaló, además, que la Comisión ha omitido todo tipo de regla procesal para la actuación de un medio probatorio atípico como el vídeo que presentó la parte denunciante, el cual ha sido manipulado con alevosía y con la intención de perjudicarla, pues en su denuncia señaló que acudió en dos oportunidades al local comercial impidiéndole el ingreso, sin explicar las razones por las cuales en un primer instante se produjo dicho evento.
16. Al respecto, cabe señalar que el vídeo aportado como medio probatorio registra el preciso momento en que se produce un acto presuntamente exclusorio en contra de la parte denunciante a través de una cámara oculta, lo cual constituye un medio probatorio legalmente válido a efectos de poder acreditar dicha circunstancia, teniendo en cuenta, además, que la acreditación del trato desigual, la selección de clientela y la exclusión de personas que pretenden ingresar a un establecimiento abierto al público, suele ser, en la generalidad de los casos, de difícil probanza.
17. Cabe agregar que el hecho de que un consumidor procure por sí mismo un medio probatorio para poder evidenciar un determinado hecho como en el presente caso, no puede implicar o suponer que se persiga algún provecho o una intención de perjudicar a la otra parte, sino, por el contrario, constituye

una modalidad de obtención de evidencia legalmente válida y equiparable a una visita inopinada de un consumidor oculto actuada de oficio por el Indecopi.

18. En ese sentido, este Colegiado considera que, contrariamente a lo señalado por la denunciada, la valoración del vídeo como medio probatorio que contiene pruebas suficientes que evidencian la negativa de ingreso de la parte denunciante a su local comercial, no vulnera ni afecta ninguna regla procesal, más aun si la señora Torres no ha negado dicha circunstancia y que durante el transcurso del procedimiento pudo ejercer de la forma más amplia su derecho a la defensa. De modo que al haberse verificado la existencia de una negativa de acceso, esta instancia analizará las razones esgrimidas por la denunciada que sustentan o explican dicho impedimento a efectos de verificar si se incurrió o no en un trato desigual injustificado.
19. La señora Torres señaló en su apelación que en el minuto con diez segundos del vídeo (6'10''), se aprecia que la parte denunciante manifiesta que en otras oportunidades ha ingresado al local comercial en compañía de menores de edad, e incluso especifica las edades de los alumnos (16 años), sacando a la luz uno de los motivos por los cuales no se le permitió el ingreso en aquel momento, siendo que la Comisión omitió dicha declaración, pese a que implicaba que una persona adulta pueda ser acompañada y departa con menores de edad al libar alcohol, situación que se encuentra prohibida en la Ley 28681, teniendo en cuenta que los presuntos testigos que acompañan a la parte denunciante ocultan sus rostros y nunca fueron propuestos para que brinden la declaración correspondiente.
20. Sobre el punto, este Colegiado conviene en transcribir el vídeo desde el minuto con diez segundos (1'10'') a efectos de establecer si la parte denunciante efectivamente manifestó que anteriormente o en ese momento pretendía ingresar con menores de edad y si ello fue el verdadero motivo de la negativa de acceso al local comercial de la denunciada:
 - Minuto 1'10'' del vídeo se puede apreciar lo siguiente:
 - “ - **Personal:** Si dependiera de mi encantado de la vida, no hay ningún problema (...)
 - **Parte denunciante:** Pero si también permiten el ingreso a menores de edad, porque tengo compañeros que tienen 16 años que han ingresado a tomar acá.
 - **Personal:** Bueno, eso es imposible porque se pide DNI a todos.
 - **Parte denunciante:** Porque al otro le cobraste la entrada

- **Personal:** *Su propina le daría... (ininteligible).*

- **Parte denunciante:** *Bueno, de todas maneras gracias. Permiso."*

21. De lo transcrito no se aprecia que la parte denunciante haya reconocido o admitido que anteriormente ingresó conjuntamente con menores de edad al establecimiento comercial, sino que se limitó a afirmar que *"también permiten el ingreso a menores de edad, porque tengo compañeros que tienen 16 años que han ingresado a tomar acá"*, lo cual constituye una afirmación impersonal de sentido referencial, pues no señala expresamente que *haya ingresado con sus compañeros menores de edad al local comercial con anterioridad*, sino que *"tiene compañeros que tienen 16 años que han ingresado a tomar acá"*.
22. En ese sentido, a criterio de esta Sala, la parte del vídeo transcrita no demuestra que la razón por la cual se impidió el acceso era porque la parte denunciante pretendió ingresar al local comercial con menores de edad para libar licor. Cabe resaltar que de la revisión de todo el vídeo -que dura 1' y 23"- tampoco se aprecia el argumento esgrimido por personal de la señora Torres haya sido el pretendido ingreso con menores de edad, sino que, por el contrario, se aprecia del vídeo que el personal de seguridad sólo se limitó a señalar que el administrador le había informado que la parte denunciante no podía ingresar.
23. Teniendo en cuenta que la señora Torres no ha presentado medio probatorio alguno que permita generar suficientes indicios que permitan evidenciar que la parte denunciante pretendió ingresar al local comercial con menores de edad, esta Sala considera que más allá de lo alegado por la denunciada en este punto, no se ha podido verificar que la señora Torres actuó en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 28681 que prohíbe el ingreso a menores de edad en aquellos lugares cuyo giro principal sea la venta de bebidas alcohólicas.
24. De otro lado, la señora Torres en su defensa reconoció la condición de transgénero de la denunciante; sin embargo, señaló que la negativa de ingreso se debió a las continuas quejas de sus clientes por usar el baño de mujeres, pese a que se le comunicó la incomodidad que generaba a la clientela femenina, de modo que estas circunstancias constituyen una causa objetiva y justificada para tal decisión. Agregó que el Reglamento Nacional de Edificaciones establece que los servicios higiénicos deben estar divididos en función de la condición de "hombre" o de "mujer", por lo que es el "sexo" y no la "identidad sexual o de género" el parámetro para determinar el servicio

higiénico, siendo que la negativa de ingreso de la parte denunciante estaba sustentada en causas objetivas y justificadas, pues no resultaba idóneo que una persona del mismo sexo ingrese al baño de mujeres.

25. Al respecto, si bien la denunciada alegó que las razones por las cuales se le impidió el acceso a la parte denunciante se referían a la tranquilidad de sus clientes, pues pretendía ingresar al baño de mujeres, lo cual generaba incomodidad en la clientela femenina, lo cierto es que no existe evidencia alguna en el expediente de ello. Asimismo, aun cuando el Reglamento Nacional de Edificaciones legalmente prevea que los servicios higiénicos en los restaurantes deban ser divididos en función al sexo y en ese sentido deban ser usados, lo cierto y lo concreto es que no está demostrado que la parte denunciante haya utilizado el baño de mujeres y que ello haya generado incomodidad o intranquilidad en sus clientes; por el contrario, está probado que ni siquiera se le permitió el ingreso al local comercial. En ese sentido, dicho alegato debe ser desestimado.
26. Finalmente, la señora Torres en su apelación sostuvo que la Comisión vulneró los principios de verdad material, el principio de licitud, de presunción de licitud, así como el principio constitucional de presunción de inocencia, reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, toda vez que está trasladando toda la carga de la prueba a quien soporta la imputación (prueba diabólica). Agregó que la resolución impugnada carece de motivación por incongruente, precaria, confusa, ambigua y defectuosa, toda vez que no han sido actuados los medios probatorios de forma correcta y suficiente, sin exponer los fundamentos de la decisión de manera clara y coherente, a pesar de que la motivación de las resoluciones constituye una garantía del debido procedimiento.
27. Sobre el punto, cabe resaltar que, conforme a lo desarrollado en el punto 9 de la presente resolución, en materia probatoria en los supuestos de discriminación y trato diferenciado injustificado el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar siquiera indiciariamente la existencia de un trato desigual, para que, en un segundo momento, corresponda al proveedor demostrar la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual, exclusorio o selectivo de clientes. Ello quiere decir entonces que en estos casos en particular los indicios son una herramienta importante, dada la dificultad de obtener pruebas directas para acreditar tales infracciones.
28. En ese sentido, esta Sala considera que la carga de la prueba que recae en la señora Torres -luego de haberse evidenciado a través del vídeo la

exclusión de clientela consistente en el impedimento de acceso de la parte denunciante a su local comercial-, no constituye una vulneración de los principios de verdad material, el principio de licitud, de presunción de licitud ni del principio constitucional de presunción de inocencia, toda vez que se encuentra legalmente prevista y justificada en los supuestos de infracción de normas de protección al consumidor que incidan en un acto discriminatorio o en un trato desigual, exclusorio o selectivo.

29. Asimismo, cabe señalar que en la medida de que la señora Torres no ha presentado evidencia que permita generar convicción de que el impedimento de ingreso denunciado se debió a motivos de seguridad o tranquilidad de sus clientes o el cumplimiento de un mandato que prohíbe el ingreso de menores de edad a su local comercial, este Colegiado considera que la resolución impugnada no carece de la debida motivación, toda vez que durante el procedimiento quedó acreditado de manera clara e inequívoca la negativa de acceso, siendo que la denunciada no demostró que ello se debió a causas objetivas y justificadas.
30. En ese sentido, la Comisión sancionó a la señora Torres en virtud de la evidencia que obra en el expediente (vídeo) apreciada, analizada y juzgada (impedimento de acceso), en virtud de las reglas de la carga probatoria (no se acreditaron las razones de dicho actuar), por lo que este Colegiado no advierte la existencia de una inadecuada motivación en la resolución impugnada.
31. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado que declaró fundada la denuncia contra la señora Torres por infracción del artículo 38° del Código, al haberse acreditado que la denunciada negó el ingreso al establecimiento comercial a la parte denunciante, sin que hayan mediado causas objetivas y razonables que lo justifiquen.

Sobre la graduación de la sanción

32. 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 que

dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión⁶.

33. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
34. En el presente caso quedó acreditado que personal de la señora Torres incurrió en un trato diferenciado ilícito por haber negado el acceso a su establecimiento comercial a la parte denunciante. La Comisión sancionó con una multa de 1.5 UIT, luego de haber graduado la sanción de la siguiente manera: **(i) probabilidad de detectar la infracción**, considerada baja; **(ii) el daño resultante de la infracción**, consistente en la vulneración del derecho a la igualdad; y **(iii) daño al mercado**, pues dicha conducta prohíban el ingreso de sus clientes sin justificación válida.
35. En su apelación, la señora Torres alegó que la resolución que la sanciona presentaba una incongruente, precaria, confusa, ambigua y defectuosa motivación, razón por la cual debía declararse su nulidad. Al respecto, este Colegiado considera que, contrariamente a lo señalado por la denunciada, los criterios tomados por la Comisión para graduar la sanción fueron motivados individualmente y sustentados en base a las características y circunstancias particulares del caso, lo cual justificaba la multa impuesta.
36. Por tales razones, corresponde confirmar la resolución impugnada en el extremo que sancionó a la señora Torres con una multa de 1.5 UIT.

Sobre las medidas correctivas y las costas y costos

37. En este extremo, cabe señalar que atendiendo a los argumentos anteriormente expuestos y considerando que la denunciada no ha fundamentado su apelación respecto de la pertinencia de las medidas

⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

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

correctivas ni la procedencia de la condena al pago de las costas y costos del procedimiento, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la resolución impugnada sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷. En consecuencia, corresponde confirmar dichos extremos de la Resolución 335-2013/INDECOPI-LAL.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 335-2014/INDECOPI-LAL del 21 de abril de 2014, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del indecopi de La Libertad, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Jesús Manuel Chacón López contra la señora Claudia Atenas Torres Benites por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que negó el ingreso al establecimiento comercial a la parte denunciante, sin que hayan mediado causas objetivas y razonables que lo justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 335-2014/INDECOPI-LAL en el extremo que ordenó, como medida correctiva, que la señora Claudia Atenas Torres Benites permita el acceso a su establecimiento comercial a Jesús Manuel Chacón López.

TERCERO: Confirmar la Resolución 335-2014/INDECOPI-LAL en el extremo que sancionó a la señora Claudia Atenas Torres Benites con una multa de 1.5 UIT.

CUARTO: Confirmar la Resolución 335-2014/INDECOPI-LAL en el extremo que condenó a la señora Claudia Atenas Torres Benites al pago de las costas y costos del procedimiento.

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

⁷ **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.
(...)

ALEJANDRO JOSÉ ROSPIGLIOSI VEGA
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 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 2° 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 Constitución⁸ 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”⁹.

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 alegar como fundamento de un trato desigual, siendo que “las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas”¹⁰.
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:

⁸ El artículo 1° 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 (...).”

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0606-2004-AA/TC publicada el 15/08/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00606-2004-AA.html>

¹⁰ PIETRO SANCHIS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 22. Madrid, septiembre-diciembre-1995, p. 31-37. Ver: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf

“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”¹¹.

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 comercial¹². Esta norma desarrolla el 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

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1848-2004-AA/TC publicada el 15/03/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

¹² **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.

(...)

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 consumidores¹³.

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. (...)”¹⁴.

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 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

¹³ **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.

¹⁴ Ver Sentencia recaída en el Expedientes 4029-2011-PA/TC.

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. En el presente caso, si bien comparto el voto en mayoría en el sentido de que en el presente caso se ha verificado que el trato diferenciado no tenía como sustento un motivo objetivo y justificado; considero que, conforme al marco teórico desarrollado en este voto, dicha arbitrariedad constituye una “discriminación” y merece ser tipificado y sancionado como tal.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN