PROCEDENCIA	**:**	COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DE TACNA
PROCEDIMIENTO	**:**	DE PARTE
DENUNCIANTE	**:**	ALEX ALEJANDRO URRUTIA ÁVALOS
DENUNCIADO	**:**	BARSOLUT E.I.R.L.
MATERIA	**:**	TRATO DIFERENCIADO
ACTIVIDAD	**:**	RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

SUMILLA: Se confirma la resolución venida en grado, que declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 38.2° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse verificado que la denunciada impidió el ingreso al denunciante a su establecimiento sin que exista una causa objetiva y justificada.

SANCIÓN: 3 UIT

Lima, 18 de diciembre de 2013

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 26 de diciembre de 2012, el señor Alex Alejandro Urrutia Ávalos (en adelante, el señor Urrutia) denunció a Barsolut E.I.R.L.[1] (en adelante, Eurobar) por presunta infracción del artículo 38º de la Ley Nº 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor[2] (en adelante, el Código), en atención a lo siguiente:

   (i) Era asiduo concurrente de la discoteca Eurobar, y conocía a personas vinculadas al dueño de dicho establecimiento, siendo que además había sido contratado en algunas ocasiones a efectuar presentaciones musicales;
   (ii) a fines de agosto del 2012, acudió a la discoteca y observó que el vigilante efectuaba actos de discriminación contra otras personas por razgos étnicos y condiciones económicas, ante lo cual reclamó dicha conducta, por lo que en represalia no se le había permitido el ingreso al establecimiento; e,
   (iii) informó además que contra el establecimiento se han dictado resoluciones municipales por infracciones administrativas referidas a la falta de licencia de funcionamiento y certificado de Defensa Civil, las cuales no habían sido acatadas por la denunciada.

[1] RUC: 20532686416, con domicilio fiscal en Villa Progreso Mza. F Lote 1, A.H. Habitat Ciudad de Dios, Tacna.

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

2. En sus descargos, Eurobar negó que realizara prácticas discriminatorias, reconociendo más bien que el señor Urrutia era su cliente pero que debido a haber protagonizado hechos de violencia y falta de respeto a otras personas se le impidió el ingreso a su local. Para acreditar lo anterior, presentó una denuncia policial del 10 de junio del 2012, sin embargo la misma estaba referida a una denuncia efectuada por el señor Urrutia por haber sufrido agresión física y el robo de sus pertenencias a la salida del establecimiento. Asimismo, la denunciada señaló que los actos administrativos municipales referidos por el señor Urrutia no tienen ninguna relación con la denuncia interpuesta.

3. Mediante Resolución Nº 33-2013/INDECOPI-TAC del 21 de marzo de 2013, la Comisión de la Oficina Regional de Tacna del INDECOPI (en adelante, la Comisión) resolvió declarar fundada la denuncia contra Eurobar por infracción del artículo 38º numeral 38.2 del Código, en tanto que la denunciada excluyó al denunciante de los servicios que brinda dentro de su establecimiento comercial sin acreditar la existencia de una causa objetiva y justificante.

4. El 08 de abril de 2013, Eurobar interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº 33-2013/INDECOPI-TAC reiterando lo expresado en sus descargos. Asimismo, la denunciada señaló que conforme al material fotográfico que había aportado al expediente, en su establecimiento no se restringía la entrada a las personas por motivo de raza o condición socioeconómica, resultando así falso lo referido por el denunciante. Además, conforme a las declaraciones juradas que presenta con su recurso se acreditarían los hechos presentados. Finalmente, cuestionó la multa por considerarla excesiva, así como la condena a costas y costos, pues al ser abogado el denunciante, él sería quien en verdad elabora sus escritos.

5. El 15 de julio del 2013, el señor Urrutia absolvió el traslado de la apelación reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento, cuestionando las declaraciones juradas presentadas por la denunciante y además aportando la declaración jurada de una persona que habría sido testigo de actos de discriminación contra terceras personas.

ANÁLISIS

Sobre la infracción del artículo 38° del Código

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 índole[3]. Por su parte, el artículo 38° de dicho cuerpo legal[4] 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 39º establece las reglas probatorias[5]. Así, en cualquiera de los dos supuestos infractores el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar siquiera indiciariamente la existencia de un trato

---

[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:
(…)
d. Derecho a un trato justo y equitativo en oda 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 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.

[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.

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.

10. Si bien el denunciado ha alegado en el último escrito presentado ante la segunda instancia que no estaba acreditado que su representada le hubiera impedido el ingreso al local de su representada, siendo que tal hecho únicamente se basaba en argumentos y apreciaciones subjetivas; lo cierto es que de la revisión del expediente se advierte que tanto en sus descargos como en su escrito de apelación, Eurobar reconoció de manera expresa que no permitió el ingreso del denunciante. A continuación, procedemos a consignar lo indicado por el propio denunciado:

> *"Ante ello, debemos precisar que no negamos que, efectivamente se le haya negado el acceso al señor ALEX ALEJANDRO URRUTIA AVALOS, sin embargo dicha exclusión ha tenido motivos fundados en razón a la protección de la tranquilidad de nuestros clientes, ya que el señor Urrutia ha ingresado al local en repetidas ocasiones protagonizando hechos escandalosos y violentos, exacerbando su conducta por el consumo de alcohol*
> *(Lo subrayado es nuestro)(….)"*

11. Asimismo, si bien el denunciado ha señalado que la pauta en este tipo de casos era que el personal de la Secretaría Técnica efectuara una diligencia de inspección inopinada de manera previa al inicio del procedimiento; teniendo en cuenta que en el presente caso Barsolut reconoció inicialmente que negó la entrada del denunciante al local, esta Sala considera que carece de objeto la actuación de medio probatorio adicional a fin de acreditar tal situación.

12. Por lo cual, esta Sala considera que el reconocimiento inicial de los hechos efectuado por Barsolut genera convicción en este Colegiado respecto a que el denunciado impidió el acceso a sus instalaciones al denunciante. Bajo tal premisa, carece de objeto pronunciarse respecto de los demás alegatos formulados por el denunciado referidos a que no se encontraba acreditado la negativa de ingreso, siendo que lo que será necesario determinar en el presente caso es la causa o motivo de dicha restricción.

13. Sin perjuicio de ello, esta Sala advierte que la situación que afrontó el señor Urrutia no corresponde a un acto de discriminación, sino más bien a un trato diferenciado, correspondiendo a la autoridad administrativa determinar si el

mismo era lícito o no. Cabe resaltar que dicho análisis se condice con la imputación de cargos realizada por la Comisión, pues esta atribuyó a Eurobar una presunta infracción del artículo 38º del Código, el cual prohíbe no sólo los actos de discriminación sino también el trato diferenciado ilícito conforme a lo antes expuesto.

14. Para el denunciante, si bien antes era un asiduo concurrente al establecimiento de Eurobar, se le había impedido el ingreso puesto que manifestó su oposición a supuestos actos de discriminación que se efectuaban en dicho local, para lo cual incluso había presentado una declaración jurada de un testigo que habría observado la realización de dichas prácticas contra otras personas.

15. Por otro lado, para la denunciada, el impedimento de ingreso se debía a que el señor Urrutia habría protagonizado hechos de violencia, como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas, afectando la tranquilidad de sus demás clientes. Para acreditar dichas alegaciones, Eurobar presentó en vía de apelación ciertas declaraciones juradas de personas vinculadas a su establecimiento y del titular de otro establecimiento.

16. Puesto que, como se ha señalado, no se discute la existencia de trato diferenciado consistente en la restricción de ingreso contra el denunciante al establecimiento de la denunciada, corresponde verificar si las causas o razones alegadas por Eurobar están debidamente acreditadas, al trasladarse a dicha parte la carga de la prueba.

17. En el expediente, no obra ningún medio probatorio que acredite los hechos alegados por la denunciada, esto es que el señor Urrutia haya afectado la tranquilidad de sus clientes o de sus trabajadores o que haya generado daños en el establecimiento. En efecto, si bien Eurobar inicialmente presentó en sus descargos una denuncia policial, la misma no corresponde a una que haya formulado la empresa contra el señor Urrutia por los referidos hechos, sino más bien una denuncia penal asentada por el mismo denunciante por hechos diferentes a los alegados por Eurobar.

18. Si bien Eurobar ha presentado 05 (cinco) declaraciones juradas en original, 04 (cuatro) de éstas recogen afirmaciones de sus mismos trabajadores, o del hermano del gerente, las cuales deben ser tomadas con cierta reserva al constituir alegaciones a favor de su empleadora. En efecto, puesto que las declaraciones corresponden a empleados o personas vinculadas a una de las partes, merece contrastar dichas afirmaciones con otros medios probatorios a fin de que puedan generar convicción sobre su contenido o los hechos recogidos.

19. Tal como se puede observar de las citadas declaraciones juradas, incluyendo aquella del titular de otro establecimiento, se recogen testimonios referidos a que el denunciante: i) habría realizado actos violentos y conductas agresivas contra los trabajadores y peleas fuera del local; ii) habría provocado daños al patrimonio de terceros, por rotura de lunas de un vehículo; y, iii) habría intentado pagar con un billete falsificado.

20. Los citados hechos corresponden a conductas constitutivas de delitos o infracciones penales que pudieron ser denunciados o puestos en conocimiento de la autoridad policial correspondiente en las oportunidades que habrían acaecido. Sin embargo, en el expediente no obra medio probatorio que acredite la comisión de dichos hechos o de las denuncias penales correspondientes, como medio idóneo para corroborar tales afirmaciones.

21. Asimismo si bien, el señor Urrutia ha alegado que no se le permitió el ingreso al establecimiento por su oposición a ciertos actos ilegales cometidos por los representantes o trabajadores de Eurobar, los mismos tampoco están acreditados.

22. En consecuencia, en la medida que Eurobar no ha logrado acreditar de manera indubitable que se configuró una causa objetiva o justificada que le permita negar el ingreso del denunciante se ha configurado un trato diferenciado ilícito, por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida en el extremo que declaró fundada la denuncia del señor Urrutia por infracción del artículo 38° numeral 2 del Código.

<u>Sobre la graduación de la multa impuesta</u>

23. El artículo 112º 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 Comisión[6].

---

[6] **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.
(…)

24. 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.

25. De la revisión de la graduación realizada por la Comisión, se desprende que esta tomó en cuenta los siguientes criterios:

    (i) La intencionalidad del infractor, consistente en el desacato por parte de Eurobar de las normas;
    (ii) daño resultante al consumidor, consistente en la afectación al derecho a la igualdad;
    (iii) efectos que pudiesen ocasionar en el mercado, consistente en la distorsión que se esperaría de un establecimiento comercial, pues se podría separar a sus clientes sin que medie razones que justifiquen la medida;
    (iv) beneficio ilícito, consistente en la inexistencia de medidas de control para el cumplimiento de las normas de protección al consumidor; y,
    (v) probabilidad de detección, consistente en que la infracción era difícil de demostrar, ante la posibilidad que se niegue su reconocimiento.

26. En su apelación, Eurobar cuestionó la multa impuesta en su contra al considerarla como excesiva, tomando en cuenta que no habría sido acreditada la discriminación contra el denunciante y habiéndose más bien demostrado que su establecimiento no realiza ningún tipo de distinción entre sus clientes.

27. Al respecto, se debe reiterar que en el presente caso, se discute un supuesto de trato diferenciado ilícito contra el denunciante, sin haber sido materia de denuncia algún acto de discriminación por razón de raza, condición socioeconómica o de otra índole contra el señor Urrutia u otra persona que haya permitido la prosecución de una denuncia de oficio, por lo que el monto de la multa resulta razonable.

28. Asimismo, cabe indicar que esta Sala coincide con los argumentos planteados por la Comisión a efectos de graduar la multa a imponer en el presente caso y asume como propias las consideraciones de la recurrida

sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6º de la Ley del procedimiento Administrativo General[7].

29. En consecuencia, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que sancionó a Eurobar con una multa de 3 UIT.

Sobre la condena de costas y costos

30. Finalmente, la denunciada cuestionó que se le haya condenado al pago de costas y costos del procedimiento, argumentando que el denunciante era abogado de profesión, por lo que era él quien había redactado sus propios escritos.

31. Sobre el particular, se aprecia que los escritos presentados por el señor Urrutia, a pesar de no ser obligatorio, han sido autorizados por su abogado defensor lo cual denota la participación de un letrado como patrocinador de su defensa legal.

32. Conforme a lo anterior, y aún cuando el señor Urrutia también sea abogado, ello no desvirtúa la condena a costas y costos impuesta por la Comisión.

RESUELVE:

Confirmar en todos sus extremos la Resolución Nº 33-2013/INDECOPI-TAC del 21 de marzo de 2013 emitida por la Comisión de la Oficina Regional de Tacna del INDECOPI, que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Alex Alejandro Urrutia Ávalos contra Barsolut E.I.R.L. por infracción del artículo 38º numeral 38.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

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

HERNANDO MONTOYA ALBERTI
Presidente

[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. (…)

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 Eurobar 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 resolutivo como la Sala Especializada en Protección al Consumidor no puede ser reducido sólo a ideales jurídicos, sino que deben encontrase 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[8] 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:

> *"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].

---

[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 Nº 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* Nº 22. Madrid, septiembre-diciembre-1995, p. 31-37. Ver: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf

[11] 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

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[12]. 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 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[13].

---

[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. (…)

[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.

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 2°, 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 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

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

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, Eurobar es un establecimiento abierto al público, que se dedica a la prestación de servicios de entretenimiento.

20. Si bien en el presente caso se corroboró que existió una diferenciación en el trato brindado al señor Urrutia al negársele el ingreso al establecimiento, 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 el ingreso al señor Urrutia, sin que acredite la existencia de una causa objetiva y justificada para ello.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN