



**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR (LA COMISIÓN)  
**DENUNCIANTE** : CHRISSTIAN MANUEL OLIVERA FUENTES (EL SEÑOR OLIVERA)  
**DENUNCIADO** : SUPERMERCADOS PERUANOS S.A.  
(SUPERMERCADOS PERUANOS)  
**MATERIA** : PROTECCION AL CONSUMIDOR  
DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO  
IDONEIDAD DEL BIEN O SERVICIO  
**ACTIVIDAD** : VENTA AL POR MENOR DE ALIMENTOS, BEBIDAS Y  
TABACO EN ALMACENES ESPECIALIZADOS,  
SERVICIOS DE RESTURANTE

Lima, 17 de mayo de 2006

## **I ANTECEDENTES**

El 1 de octubre de 2004, el señor Olivera denunció a Supermercados Peruanos por infringir lo dispuesto en los artículos 5° y 7-B° de la Ley de Protección al Consumidor con la realización de actos de discriminación en su contra, que se manifestaron en impedirle a él y a su pareja realizar muestras de afecto en público al interior de su establecimiento por tratarse de una pareja homosexual.

El denunciante manifestó que el 11 de agosto de 2004, aproximadamente a las 21 h 00, mientras se encontraba con su pareja en la cafetería "Dulces y Salados" del supermercado Santa Isabel del distrito de San Miguel –propiedad de Supermercados Peruanos-, la empleada responsable del local y cuatro miembros del personal de seguridad le exigieron que se abstuvieran de mostrar su afectividad aduciendo que un comportamiento de ese tipo no estaba permitido. El denunciante manifiesta que las muestras de afectividad que dieron lugar al acto discriminatorio únicamente fueron la proximidad física y el cruce de miradas románticas con su acompañante, sin que exista otro tipo de acercamiento.

El denunciante señaló que ante sus protestas por el trato discriminatorio, los empleados de la denunciada le solicitaron que se retiraran del local, indicándoles que – en caso desearan permanecer en el establecimiento- debían consumir algún producto de la cafetería, pero dejando de lado el comportamiento cuestionado. El señor Olivera manifestó que accedió a comprar algunos productos en la cafetería con el propósito de definir con su pareja sobre las medidas que tomarían e indagar por el nombre del gerente de la tienda para tomar las acciones del caso.



El denunciante solicitó que, en calidad de medidas correctivas, se ordene a Supermercados Peruanos que: (i) publique en todos sus establecimientos y en los medios de comunicación el siguiente mensaje: “EN SANTA ISABEL NO SE DISCRIMINA POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL”, durante 30 días calendarios, y (ii) que no vuelva a discriminar a ninguna persona por dichos motivos. Asimismo, solicitó el pago de las costas y costos incurridos en el procedimiento.

Mediante Proveído N° 1 del 7 de Octubre de 2004, la Comisión admitió a trámite la denuncia contra Supermercados Peruanos por presunta infracción a los artículos 5° inciso b), 7° y 15° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor<sup>1</sup>.

En sus descargos, Supermercados Peruanos negó tener políticas discriminatorias en sus establecimientos, y que hubiera solicitado al señor Olivera que se retire de su local o que le hubiera negado sus servicios. La denunciante afirmó que permitió al señor Olivera, al igual que a todos sus clientes, hacer uso de sus instalaciones, con la única exigencia de mantener un comportamiento acorde con las buenas costumbres y respeto a los demás.

En relación a los hechos denunciados, Supermercados Peruanos señaló que su empleada, encargada del establecimiento, se había limitado a trasladarle al señor Olivera la queja de un cliente que ocupaba una mesa próxima acompañado de sus hijos menores de edad, cerca al área de juegos, quienes habían presenciado las “caricias, abrazos y besos que en forma poco discreta y abiertamente explícita” intercambiaba la pareja. Ante esta situación, lo único que los empleados hicieron fue pedirles que se respetara el derecho de los demás clientes al uso tranquilo, apacible y adecuado de las instalaciones del establecimiento, puesto que la conducta desarrollada no calificaba como adecuada en función del lugar y momento en el que era realizada.

Posteriormente, Supermercados Peruanos amplió sus descargos afirmando que, el señor Olivera no había podido probar la veracidad de los hechos materia de su denuncia y que, por el contrario, la intervención de su personal, había sido requerida por un padre de familia en compañía de sus hijos, por lo que, el interés superior del niño, obligaba a las autoridades y a la sociedad en su conjunto a tomar acción para asegurar su adecuado bienestar y desarrollo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Esta tipificación se realizó en la parte resolutive del Proveído, sin embargo, en la parte considerativa se hizo referencia a los artículos 5° inciso c) y d), 7° inciso b) y 8° de la Ley de Protección al Consumidor.

<sup>2</sup> Al respecto, el señor Olivera afirmó que el interés superior del niño era un concepto gaseoso usado para justificar una discriminación, señalando que a nivel internacional la colisión entre este derecho y el derecho de las personas con orientación sexual distinta es un acto de homofobia.

Manifestó que los hechos materia de denuncia sucedieron el día martes 11 de agosto de 2004 entre las 9:30 y 10:00 de la noche; es decir, a altas horas de la noche en un día particular, horas en que se supone que los niños deberían estar durmiendo y no jugando. Indicó que Santa Isabel no había identificado al cliente que se habría quejado sobre los actos del denunciante, e incluso cuestionan su existencia.



El 31 de agosto de 2005, mediante Resolución N° 1039-2005/CPC, la Comisión declaró infundada la denuncia. La Comisión consideró que no existían medios probatorios que corroboren directamente que, bajo las mismas circunstancias y con ocasión de las mismas conductas, la denunciada desarrolle un trato desigual sin una justificación objetiva ni razonable en contra del denunciante. Asimismo, la Comisión consideró que tampoco había quedado demostrada la falta de idoneidad en el servicio, puesto que la relación de consumo entre el denunciante y Supermercados Peruanos se estableció sin ningún tipo de restricción y, en todo caso, resultaba razonable exigirle a las parejas en general una conducta moderada en las zonas donde existe la presencia de niños, por lo cual, solicitar a cualquier pareja el cese de sus manifestaciones e intercambios afectivos desproporcionados, resultaba una intervención legítima<sup>3</sup>.

La referida Resolución fue expedida con dos votos en discordia. Los comisionados Adriana Giudice y Uriel García consideraron que la prestación del servicio de restaurante, cafetería, bar u otra similar, implicaba la obligación del proveedor de asegurar a los consumidores no sólo la adquisición de alimentos en general, sino también la de utilizar las instalaciones sin más limitaciones que las establecidas en forma objetiva y general para todos los clientes y que cualquier trato diferenciado que no encuentre fundamento en causas objetivas o justificadas constituía una discriminación.

El 22 de setiembre de 2005, el señor Olivera apeló la Resolución N° 1039-2005/CPC señalando lo siguiente:

- (i) No existía coherencia entre el proveído de admisión de la denuncia por presuntas infracciones a los artículos 5°, 7°, 9° y 15° de la Ley de Protección al Consumidor, y la resolución de la Comisión, que se pronuncia sobre infracciones a los artículos 7-B y 8° de la Ley.
- (ii) La Comisión no tomó en cuenta que se había probado el trato diferenciado y que no existía justificación objetiva y razonable con respecto a la conducta de Supermercados Peruanos. La denunciada había aceptado haberlo reprimido por intercambiar muestras de afecto con su pareja. Adicionalmente, afirmó que nadie acudía a un lugar con el afán de coleccionar pruebas porque sospeche que va a ser maltratado, por lo que, la Comisión debió pronunciarse en base a los indicios presentados.

---

<sup>3</sup> La Comisión evaluó la conducta de Santa Isabel bajo la perspectiva de la tutela del interés superior del niño y determinó que era justificado exigir mayor prudencia a las parejas homosexuales, respecto de sus conductas afectivas cuando en el escenario que éstas se desarrollaban existía la presencia de niños. Señaló que de la información a la que se había tenido acceso en el expediente, se podía determinar que si bien no existía una posición uniforme en la comunidad científica respecto a las causas de la homosexualidad, podía presumirse que el entorno no era neutro y al menos condicionaba las conductas psicosexuales de las personas, pudiendo darse una mayor influencia en los niños expuestos a las conductas homosexuales. Indicó que ante la colisión de derecho al libre desarrollo de la personalidad frente ante el interés superior del niño, debía primar este último. En ese sentido, señaló que resultaba comprensible la actitud de un padre de familia al reclamar a un proveedor que exija a una pareja de homosexuales prudencia en las manifestaciones de afectos que se profesan en lugares donde concurran sus menores hijos. Por lo tanto, la tutela de interés superior del niño configuraba una causa objetiva para el trato diferenciado.



- (iii) Era cuestionable la aplicación del interés superior del niño, toda vez que la denunciada no había demostrado que hubieran niños presentes el día que se dieron los hechos, por lo que la Comisión habría optado por proteger una persona cuya existencia no se había probado. Asimismo, señaló que existían incongruencias entre las versiones presentadas por Supermercados Peruanos sobre los hechos, puesto que la señorita Madrid (representante de la tienda) afirmó en su informe que fue ella quien recibió la queja del cliente, mientras que en el informe del Jefe de Prevención de Pérdidas, éste afirmó haber recibido la queja del cliente.
- (iv) La Comisión incurrió en un error al establecer que ante un conflicto entre los derechos del niño y los derechos de los homosexuales prevalece el primero. Señaló que el interés superior del niño no es un derecho subjetivo o fundamental y que, en todo caso, bajo el criterio de la Comisión, en todos los establecimientos públicos, a cualquier hora, una pareja del mismo sexo podía ser obligada a no mostrar afectividad, si es que un padre lo solicitaba debido a que se podía dañar psicosexualmente a su hijo, lo cual limita sus derechos como persona. En ese sentido, manifestó que si los padres consideraban que sus hijos se podrían ver afectados por mirar una pareja homosexual mostrándose signos de afecto, deberían llevarlos a lugares en los que estas conductas estén prohibidas –por ejemplo, iglesias- y a horas en las que era poco probable que estos hechos se dieran.
- (v) La Comisión fundamentó su decisión en artículos de personas cuestionables, por estar a contracorriente de la ciencia y claramente vinculadas a la religión cristiana, como el señor Aquilino Polaino, el doctor René Flores y el señor Benigno Blanco.
- (vi) La Comisión incurrió en un error al realizar el test de razonabilidad que determinó aprobar la conducta de Supermercados Peruanos, pues ésta nunca buscó la protección a los menores de edad y aún cuando ésta hubiera sido su intención, la medida empleada no resultaba idónea porque no existía un daño real en la salud de los niños. Asimismo, mencionó que si la denunciada consideraba que este tipo de conductas afectaba a los niños, debió indicar con claridad cuáles eran las conductas que se permitirían en su local y cuales no. Por último, aún cuando la conducta respondiera al objetivo de proteger el desarrollo sano de la integridad psicosexual de los niños, ésta no sería proporcional porque Supermercados Peruanos no le informó cuál era la persona a la que protegía, ni le indicó cuál era el daño que su conducta podía generar en la persona protegida.



## II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Atendiendo a las alegaciones y hechos señalados, esta Sala debe determinar lo siguiente:

- (i) si el error material en el que incurrió la Comisión al emitir el Proveído N° 1, consistente en la diferencia entre los artículos presuntamente infringidos por Supermercados Peruanos que se enumeran en la parte considerativa y en la parte resolutive, constituye un vicio trascendente que afecte la validez del pronunciamiento de la Comisión;
- (ii) si la solicitud formulada por personal de Santa Isabel para que el denunciante y su pareja dejen de mostrar su afectividad en público, configura un acto de discriminación y determina la falta de idoneidad en el servicio prestado por ese establecimiento, en los términos previstos en los artículos 7-B y 8° de la Ley de Protección al Consumidor; y,
- (iii) de ser el caso, definir la sanción y medidas correctivas que correspondería imponer a la denunciada.

## III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

### III.1 El error material en el Proveído N° 1

El señor Olivera manifestó haber sido víctima de actos de discriminación por parte de Supermercados Peruanos, los cuales se encuentran tipificados en los artículos 5° y 7B° de la Ley de Protección al Consumidor.

La Comisión admitió a trámite la denuncia, señalando en la parte considerativa del Proveído N° 1 que los hechos denunciados constituían presuntas infracciones a los “*artículos 5 inciso c) y d), 7 inciso b) y 8 de la Ley de Protección al Consumidor*”. No obstante, en la parte resolutive de dicho proveído, la Comisión admitió a trámite la denuncia por infracciones a “*los artículos 5 inciso b) 7; 9 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor*”.

Los artículos 5° inciso d) y 7B° de la Ley de Protección al Consumidor, reconocen el derecho de los consumidores a no ser discriminados en la adquisición de productos y servicios; mientras que los artículos 5° inciso c) y 8° de la Ley de Protección al Consumidor, consagran el derecho de los consumidores de acceder libremente a bienes y servicios idóneos<sup>4</sup>. Es decir, que las disposiciones mencionadas por la

<sup>4</sup> **LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Artículo 5.-** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

- c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;



Comisión en la parte considerativa del Proveído N° 1, se referían a las infracciones mencionadas por el señor Olivera en su denuncia. No obstante, en la parte resolutive se mencionaron disposiciones referidas a la obligación de informar de los proveedores, el rotulado de productos y la advertencia respecto a productos riesgosos, las cuales no guardan relación con la materia controvertida en el procedimiento<sup>5</sup>.

De la revisión del expediente se aprecia que este error material no ha afectado el derecho de defensa de la denunciada puesto que, en todos sus escritos y actuaciones procesales, han hecho referencia los actos de discriminación denunciados por el señor Olivera y la consecuente falta de idoneidad en el servicio

- d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;

Precísase que al establecer el inciso d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.  
(Texto precisado por el artículo 1° de la Ley N° 27049)

**Artículo 7B°.-** Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido 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.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

(Artículo adicionado por el artículo 2° de la Ley N° 27049).

**Artículo 8°.-** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

- <sup>5</sup> **LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Artículo 5.-** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)-

- b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios; (...)

**Artículo 7°.-** Los proveedores están obligados a cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda.

**Artículo 9°.-** Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio.

**Artículo 15°.-** El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.



que éstos implicaban. En ese sentido, el vicio en el que ha incurrido la Comisión no reviste un carácter trascendente que justifique una declaración de nulidad de lo actuado en el procedimiento. Adicionalmente, en la resolución apelada la Comisión se pronunció expresamente sobre los hechos denunciados por el señor Olivera, y respecto de los cuales Supermercados Peruanos ha formulado sus descargos<sup>6</sup>.

Por el contrario, el que la Comisión se pronunciara sobre infracciones a la obligación de informar o relacionadas al rotulado de productos, sí hubiera configurado un vicio en el procedimiento, por la falta de congruencia con los hechos denunciados, referidos a actos de discriminación y de falta de idoneidad en el servicio.

Adicionalmente, la denunciada, única probable agraviada con el vicio en el procedimiento, no ha formulado apelación al respecto, siendo intrascendente que la alegación sea formulada por el señor Olivera que no ha sido afectado por el incidente.

### III.2 Los actos de discriminación

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.

La Ley de Protección al Consumidor 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<sup>7</sup>. 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.

Específicamente, la ley 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

<sup>6</sup> **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 14°.- Conservación del acto**

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

4. Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

(...)

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

<sup>7</sup> **LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, Artículo 5.-** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...).

c) derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial (...).



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<sup>8</sup>. La restricción establecida por la Constitución y la Ley no contraviene el derecho a la libertad de contratación también consagrado en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú y de acuerdo con el cual, los proveedores se encuentran en libertad para decidir con qué personas contratar, es decir, **diferenciando** de la masa de consumidores al público objetivo al cual dirigirán sus opciones de consumo. Tal como se establece en la propia Constitución, este derecho a la libertad de contratar puede ejercerse siempre que no se contravengan leyes de orden público<sup>9</sup>, una de las cuales es, precisamente, la que consagra el derecho a la no discriminación.

En otras palabras, el trato diferenciado o la segmentación del mercado es una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que justifique dicha diferenciación. Por el contrario, constituirá un trato discriminatorio y, por tanto, ilícito el trato diferenciado que se sustente en razones meramente subjetivas e injustificadas.

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 esta Sala, han declarado que esas conductas constituyen comportamientos discriminatorios inaceptables para el sistema jurídico y, consiguientemente, infracciones a la Ley de Protección al Consumidor.

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.

Santa Isabel es una cadena de supermercados abiertos al público de propiedad de la denunciada, que se dedica a la venta de alimentos, bebidas, artículos de limpieza, entre otros. Adicionalmente, en sus establecimientos ofrece servicios conexos como

<sup>8</sup> **LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, Artículo 7-B.-** Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido 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.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios. (Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley N° 27049).

<sup>9</sup> **CONSTITUCION POLITICA DEL PERU, Artículo 2o.-** Toda persona tiene derecho (...):

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.



cafetería y/o juegos recreativos para niños, los que brindan mayor comodidad a los consumidores que acuden a realizar compras en sus establecimientos, o a quienes simplemente desean acceder a un espacio de conversación, descanso y recreación.

Los servicios ofrecidos por la denunciada no se agotan en la venta de bienes y/o servicios a cambio de un precio, pues se entiende que también pone a disposición de sus clientes un ambiente de seguridad y comodidad para su adquisición y/o consumo. En el caso específico de las cafeterías, además de la oferta de bebidas y alimentos preparados, los proveedores ofrecen a sus clientes un espacio para su consumo en condiciones de higiene, tranquilidad, una atención eficiente, así como, un trato amable y con cortesía para todos por igual.

Atendiendo a ello, cualquier consumidor que acude a este tipo de establecimientos debería poder acceder libremente a ellos, haciendo uso de las instalaciones en las mismas condiciones que los demás asistentes. El disfrute de estos espacios abiertos al público está condicionado a que se respeten las normas de seguridad, convivencia y tranquilidad de los demás consumidores. En ese sentido, resulta justificado que los proveedores adopten medidas para prohibir determinados actos que no sean apropiados a la condición y uso habitual del establecimiento, como por ejemplo, evitar la realización de actos violentos, el empleo de lenguaje ofensivo, el acceso con mascotas, el proselitismo político, la venta de productos y servicios por parte de los clientes, y cualquier otro tipo de conductas antisociales que perturben la seguridad y tranquilidad de los demás consumidores.

En el caso de las conductas de pareja o vinculadas con la intimidad de las personas, resulta válido que el establecimiento reprima, entre otras, manifestaciones como el nudismo, las relaciones sexuales, o las manifestaciones de pareja que no sean acordes con el carácter público del establecimiento y con la intimidad de las conductas. En estos supuestos, dado su carácter vinculado con las costumbres socialmente aceptadas, el establecimiento deberá tener mucho cuidado con no trasladar a la prohibición de la conducta condiciones de tipo subjetivo o discriminatorio.

### III.3 Los hechos denunciados

El señor Olivera ha manifestado que Supermercados Peruanos le brindó un trato discriminatorio al impedirle intercambiar muestras de afecto con su pareja en la cafetería del supermercado Santa Isabel del distrito de San Miguel, pese a que dichas muestras de afecto se limitaron únicamente a la cercanía física y al intercambio de miradas. Según el denunciante, la verdadera razón de la represión sufrida era su opción homosexual, pues el mismo comportamiento era permitido libremente a parejas heterosexuales.

Conforme se ha analizado, el artículo 2 numeral 2) de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a las personas a la igualdad de trato, estableciendo que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión,



opinión, condición económica o de cualquier otra índole. En ese sentido, no existe motivo ni justificación alguna en un estado de derecho para un trato diferenciado entre las personas únicamente teniendo en cuenta su opción sexual.

En consecuencia, constituye un acto de discriminación que, ante similares circunstancias, se establezca un trato o pautas de comportamiento prohibitivas distintas en función de que las personas protagonistas sean heterosexuales u homosexuales.

Es un hecho público y notorio que en los establecimientos abiertos al público se permiten las muestras de afecto entre parejas, siempre que éstas no sean exacerbadas ni evidencien una excesiva intimidad susceptible de generar incomodidad entre los demás clientes. Esta circunstancia plantea la necesidad de evaluar, caso por caso, los hechos que podrían dar lugar a una intervención justificada del establecimiento, cuando la conducta desarrollada por las parejas exceda lo aceptable para el establecimiento abierto al público.

Esta Sala considera importante destacar que la evaluación, caso por caso, de las conductas que podrían dar lugar a una intervención del establecimiento, es una consecuencia del tipo de conducta que es evaluada, relativa a la intimidad de las personas y a aquellas circunstancias en las que socialmente una conducta de este tipo pudiera ser considerada excesiva. Asimismo, la intervención de los empleados del establecimiento debe estar guiada por la prudencia, en la medida que dada su condición de “representantes de la autoridad” y depositarios de las percepciones de los demás consumidores, son quienes definen en cada caso si corresponde una intervención y el llamado al cambio de conducta o comportamiento. Adicionalmente, es también al establecimiento y sus empleados a los que les corresponde garantizar en dicho espacio abierto al público el respeto a los derechos fundamentales de todos sus clientes.

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, con operativos previamente diseñados que permitan obtener válidamente pruebas respecto de actos de discriminación y, en el presente caso, hará lo propio para que la primera instancia proceda a desarrollar operativos institucional para identificar conductas discriminatorias contra homosexuales.

No obstante lo anterior, el presente procedimiento es un procedimiento sancionador, por lo que esta Sala sólo podría imponer una sanción al establecimiento denunciando en la medida que quedara persuadida de los hechos discriminatorios que son objeto de la imputación. En caso contrario, prevalecerá el también derecho constitucional a la presunción de inocencia de la denunciada.



Esta Sala ha cuidado de interpretar las normas asignadas a su competencia en clave constitucional 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.

El señor Olivera ha manifestado que durante su permanencia en la cafetería del supermercado, las muestras de afecto con su pareja consistieron únicamente en la proximidad física y miradas románticas, enfatizando en todo momento que *“no hubo besos, abrazos ni caricias”*.

Al respecto, ni la simple proximidad física ni el intercambio de miradas entre dos personas pueden considerarse como una conducta que perturbe la tranquilidad, seguridad o un adecuado uso de las instalaciones de un establecimiento. Estas son conductas permitidas en los establecimientos de Supermercados Peruanos y, en la mayor parte de establecimientos comerciales, a las parejas heterosexuales, por lo que no existe justificación para que, la misma conducta se prohíba a parejas homosexuales. La igualdad de trato exige los mismos niveles de tolerancia con las parejas homosexuales y, frente a ese tipo de conductas, resulta discriminatorio requerirles alguna modificación de conducta.

El artículo 7-B° de la Ley de Protección al Consumidor establece como condición para la procedencia de la imputación que el afectado acredite haber sido víctima de un trato desigual. En ese sentido, de acuerdo a ley correspondía al señor Olivera acreditar la forma en que ocurrieron los hechos materia de la denuncia, es decir, que las muestras de afecto intercambiadas con su pareja –realizadas dentro de las conductas aceptables dentro de un establecimiento abierto al público- dieron lugar a una intervención arbitraria de la denunciada al solicitarle modificar el comportamiento y que, ante conductas similares de parejas heterosexuales, la denunciada no formulaba ningún tipo de observación ni cuestionaba el comportamiento.

Por su parte, la denunciada ha sostenido a lo largo del procedimiento y en la audiencia de informe oral que la intervención obedeció únicamente a la realización de manifestaciones de intimididad exacerbadas que habrían incluso perturbado a otro cliente del establecimiento pero que, en ningún momento, impidió el acceso del denunciante a sus servicios y que, incluso luego de llamarlo a mantener un comportamiento apropiado, el denunciante continuó usando las instalaciones en compañía de su pareja, sin ser perturbado.



En el presente caso, los hechos materia de controversia, es decir el qué y el cómo se manifestaban afecto el denunciante y su pareja, y cómo se produjo la intervención de los empleados de Supermercados Peruanos, se sustentan únicamente en las alegaciones de ambas partes. Sin embargo, la que está sometida a evaluación de esta Sala es la conducta de Supermercados Peruanos y, como ya se ha señalado, ésta no puede ser sancionada sólo con imputaciones de parte, pues para ello es necesario que exista certeza sobre la infracción cometida, ya sea a través de medios probatorios o de indicios que generen un grado razonable de convicción respecto a la veracidad de los hechos denunciados.

El denunciante no ha presentado medio probatorio alguno en relación con los hechos materia de este procedimiento ocurridos el 11 de agosto de 2004. Los elementos probatorios presentados por el denunciante en el proceso –imágenes del 17 de agosto de 2004, en el supermercado Santa Isabel de la Av. Dos de Mayo en San Isidro- se encuentran más bien referidos a conductas que se habrían desarrollado en fecha posterior y que, incluso en algún caso, habrían sido captadas por los medios de comunicación. Al respecto, la Sala no se encuentra en condición de valorar dichas pruebas, toda vez que las mismas se habrían obtenido únicamente con intervención de los interesados y no se refieren directamente a los hechos materia de este procedimiento. En todo caso, dichas pruebas se tienen en consideración para disponer la realización de operativos futuros para la detección de probables conductas infractoras, tal como ya se ha señalado de manera previa.

Por su parte, Supermercados Peruanos ha negado en todo momento desarrollar conductas discriminatorias con sus clientes sobre la base de sus preferencias sexuales. Sin embargo, ha reconocido que, efectivamente, solicitó al señor Olivera y a su pareja, modificar su conducta de excesiva intimidad por ser incompatible con el espacio público en el cual se ejecutaba. Para probar sus afirmaciones, Supermercados Peruanos ha presentado los reportes de su personal de tienda y de seguridad que corren de fojas 49 a 51 del expediente, en los que éstos empleados dan cuenta de los incidentes señalando que el denunciante y su pareja “*se besaban y acariciaban*”; realizaban “*actos indebidos (acariciándose)*”; y, se comportaban “*de forma inmoral*”.

Como puede apreciarse, estos documentos únicamente corroboran que la denunciada realizó una intervención pidiendo al denunciado y su pareja modificar su conducta frente a actos de intimidad que consideraron excesivos para ser realizados en público. Asimismo, las expresiones allí contenidas deben ser tomadas en cuenta como las expresiones propias de empleados de esos niveles de representación y formación que, únicamente acreditan las razones por las cuales intervinieron a la pareja.



Adicionalmente, las partes han coincidido de que- en un determinado momento- en el incidente estuvo presente un agente de la Policía Nacional. Este hecho es posible en la medida que no resulta extraño que ante la intervención a un cliente, cualesquiera que fuera el motivo, se produce un incidente cuyo resultado en la mayoría de los casos puede ser imprevisible. Igualmente, la sola intervención del agente policial no puede llevar a esta Sala a considerar que ella configura el acto discriminatorio contra el denunciante, toda vez que resulta imposible saber con certeza cómo se desarrollaron los hechos. En todo caso, el denunciante ha aceptado que luego de los hechos, permaneció con su pareja en el establecimiento, lo que podría indicar que los ánimos de todos los que participaron en el incidente retomaron un curso normal.

En todo caso, estos documentos no pueden ser utilizados para acreditar la conducta infractora de Supermercados Peruanos, dado el carácter de declaración de la propia parte infractora –de igual valor probatorio que su negativa rotunda de los hechos- y que se han tenido a la vista para acreditar que efectivamente hubo una intervención.

De otro lado, el hecho de que se hayan observado imágenes del 17 de mayo 2004, en el supermercado Santa Isabel de la Av. Dos de Mayo en San Isidro, en el que también se muestra que Supermercados Peruanos permite manifestaciones de intimidad entre parejas heterosexuales, incluso exacerbadas, no determina que se convierta infractor por haber intervenido en una conducta de pareja homosexual exacerbada. En un establecimiento abierto al público de la naturaleza de los supermercados resulta imposible identificar todas las conductas que podrían dar lugar a un tipo de intervención, por lo que, el no haber intervenido a la pareja de las imágenes del 17 de mayo de 2004, no puede ser un elemento para sancionar la supuesta conducta infractora realizada en fecha distinta.

Sin perjuicio del razonamiento que antecede, esta Sala quiere destacar que los argumentos de la denunciada Supermercados Peruanos en el sentido de que la conducta del denunciante y su pareja afectaban la presencia de niños en la cafetería carecen de pertinencia, carece de pertinencia en la medida que, como ya se ha señalado, si la conducta hubiera sido excesiva la afectación se habría producido para todos los demás clientes, sean adultos o niños. En consecuencia, todas las alegaciones en cuanto al interés superior del niño no se corresponden con los hechos objeto de la denuncia.

Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró infundada la denuncia contra Supermercados Peruanos por presuntos actos de discriminación en el consumo, modificándola en sus fundamentos.



### III.3 La idoneidad del servicio

El artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor<sup>10</sup> establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado. Ello no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de servicios a los consumidores, sino simplemente el deber de prestarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente.

El precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala mediante la Resolución N° 085-96-TDC<sup>11</sup> precisó que el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor contiene la presunción de que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los productos o servicios que comercializa, los cuales deben resultar idóneos para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren en el mercado. Ello, según lo que esperaría normalmente un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos o servicios fueron adquiridos o contratados.

Tal como se ha señalado, un servicio de cafetería no se agota en la oferta de alimentos y bebidas, sino también de un espacio adecuado para su consumo, que adicionalmente propicie la tranquilidad y la comodidad, así como un trato respetuoso a los clientes.

Atendiendo a ello y a las consideraciones expuestas en el punto precedente, al no haber quedado demostrado que el señor Olivera fuera injustificadamente perturbado al hacer uso de los servicios ofrecidos por Supermercados Peruanos, corresponde

<sup>10</sup> **LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, Artículo 8.-** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

<sup>11</sup> La Resolución N° 085-96-TDC del 13 de noviembre de 1996, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre de 1996, confirmó la resolución por la cual la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

*"a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.*

*b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo."*



confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia por presunta infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, modificándola en sus fundamentos.

En ese sentido, también corresponde confirmar la apelada en el extremo que declaró infundado el pedido de medidas correctivas formulado por el denunciante.

#### **IV RESOLUCIÓN DE LA SALA**

**PRIMERO:** confirmar la Resolución N° 1039-2005/CPC emitida por la Comisión de Protección al Consumidor el 31 de agosto de 2005 que declaró infundada la denuncia contra Supermercados Peruanos S.A. por presunta infracción a los artículos 7-B y 8° de la Ley de Protección al Consumidor, modificándola en sus fundamentos.

**SEGUNDO:** disponer que la Comisión de Protección al Consumidor, en ejercicio de sus competencias, organice y realice operativos destinados a identificar posibles conductas discriminatorias por opciones sexuales en establecimientos abiertos al público, especialmente supermercados, cines, restaurantes, cafetería y similares.

**Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Sergio Alejandro León Martínez, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.**

**JUAN FRANCISCO ROJAS LEO**  
Presidente



**El voto en discordia de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión y José Alberto Oscátegui Arteta, porque se revoque la resolución apelada y se declare fundada la denuncia contra Supermercados Peruanos S.A., es el siguiente:**

1. Derecho del consumidor y relación de consumo

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 pero 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 complejas 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.

En este sentido, el Derecho del Consumidor constituye un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor, para garantizar en el mercado una posición de equilibrio con los empresarios proveedores en una relación de consumo, y como destinatario final de los bienes y servicios adquiridos.

El régimen especial del Derecho del Consumidor tiene tres elementos importantes:

- Consideración especial del sujeto consumidor, dentro de un determinado rol.
- Función de tutela.
- Carácter imperativo en materia de orden público.

El Derecho del Consumidor es un fenómeno reciente que se forma y se justifica en las relaciones comerciales entre las personas que concurren al mercado como clientes o proveedores y, como acontece con todas las disciplinas jurídicas, exige para su plenitud la interrelación humana en la sociedad de consumo<sup>12</sup>. Y es dentro de este contexto que se debe entender el hecho de la discriminación en los locales abiertos al público.

El Derecho del Consumidor, expresa Juan M. Farina, no es un estatuto, porque no existe una clase, o un gremio, o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En este sentido el profesor Carlos Fernández Sessarego, expresa que el Derecho es la vida misma, regida por normas que encarnan valores.

<sup>13</sup> FARINA M., Juan. Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.



Los firmantes coincidimos con el autor en señalar que hace unas décadas se había concebido al Derecho Comercial como Derecho de la Empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de un modo u otro, hasta el consumidor y usuario final que opera en el complejo mundo del mercado sujeto a todo tipo de situaciones como la que motiva el presente caso.

El Derecho del Consumidor se ha estructurado y desarrollado sobre la base del Derecho de las Personas<sup>14</sup>, porque no olvidemos que la persona humana es en esencia un sujeto de necesidades de distinta naturaleza y para satisfacerlas realiza un acto de consumición que debe estar regulado para que pueda elegir y ejercer su opción de consumo libremente, sin presiones, lo que comprende varias prerrogativas para el ciudadano-consumidor, **entre las cuales obviamente está el derecho a no ser discriminado, pero cuando se habla de no discriminación no sólo nos referimos al hecho que se le niegue el acceso a consumir, sino que nos referimos también al trato que subyace en todo acto de consumo propiamente dicho, es decir, al trato desplegado antes, durante y después del acto.**

En el expediente está probado que al señor Olivera se le recriminó el procurarse caricias con su pareja y que se le perturbó mientras permanecía en el restaurante de la denunciada, luego de haber consumido. Incluso, se solicitó la presencia de un efectivo de la Policía Nacional del Perú, lo que -en nuestro concepto- por sí mismo constituye un trato desigual y exagerado. No corresponde a un establecimiento recriminar a nadie el hecho de profesarse caricias, siempre y cuando, éstas no excedan el decoro y atenten contra la tranquilidad del público.

Asimismo, los firmantes no creemos que ante una circunstancia de esta naturaleza, donde no se evidencian hechos de violencia que pongan en riesgo la seguridad del restaurante, ni la de los otros clientes; se justifique la presencia de la Policía Nacional del Perú para solicitar que cesen sus actitudes. Finalmente, si lo que se quería era un cambio de comportamiento, ese pedido podía haberlo formulado el administrador de la tienda. La presencia policial es obviamente un exceso y, en esencia denota ya un trato diferenciado, injusto, inequitativo y, sobre todo, discriminatorio, que incluso atenta contra el trato digno que todo consumidor merece.

La realidad que en materia de consumo impone el mercado actual, desborda la dimensión jurídica sobre las cuales se han elaborado ciertas normas y, en ese sentido, los firmantes consideramos que el razonamiento de un órgano resolutorio como la Sala de Defensa de la Competencia 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.

---

<sup>14</sup> La condición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, por que el hombre ontológicamente hablando es sujeto de necesidades desde su nacimiento, e inclusive desde antes, y como tal tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él.



En este sentido, consideramos que la Sala, en reiterada jurisprudencia, ha actuado con eficiencia al redimensionar el concepto teórico de la relación de consumo para hacerla extensiva a otras situaciones más complejas que las descritas en los contratos.

Resulta necesario destacar que la relación de consumo no es solamente una relación formal directa, es decir, no es un mero acto traslativo cosa-precio, sino que va mucho más allá, ya que es, en esencia, una relación de correspondencia entre quien vende un producto o presta un servicio con aquel que adquiere el producto o recibe el servicio. **En el presente caso, es obvio que Supermercados Peruanos no ha cuidado esa relación, toda vez que no ha actuado con altura y tolerancia en este tipo de situaciones, de manera que no se puede considerar que, por el hecho de haber efectivamente atendido a los denunciantes en su acto de consumo en el restaurante, se han cumplido las obligaciones que la ley impone y se les ha dado un trato digno, cuando todo parece indicar lo contrario.**

Esta concepción sobre el tema de la no discriminación y la homosexualidad, implica una nueva cosmovisión del sistema jurídico que ponga a la persona humana como lo que es en realidad, el centro de referencia de todas las relaciones jurídicas que los sujetos de derecho establecen entre si, y donde se revalúe el rol del consumidor como aquel que le da vida a la economía de mercado.

## 2. Derecho a la No Discriminación / Derecho a la Igualdad de Trato

El artículo 2° de nuestra Constitución señala que *“nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica”* y la violación de este derecho de carácter constitucional constituye también una infracción a los derechos del consumidor contemplados en el artículo 5° inciso c) de la Ley de Protección al Consumidor, que expresa que todo consumidor tiene derecho a acceder a una variedad de productos y servicios valorativamente competitivos, que le permiten libremente acudir al mercado y elegir lo que desee.

Si un establecimiento abierto al público niega a un consumidor el acceso por razones de raza o color, nacionalidad, religión, sexo, etc. lo está privando de un elemental derecho a consumir, además de constituir obviamente una grave ofensa a la dignidad de la persona. Es necesario recordar que no hace mucho tiempo (1998) se venía produciendo una situación por demás irregular y abusiva, severamente sancionada por el INDECOPI con fuertes multas<sup>15</sup>. **Pero no es sólo el acceso lo que debe analizarse para identificar un acto discriminatorio, sino que se debe**

<sup>15</sup> Conocidas discotecas de Lima, bajo la excusa de reservarse el derecho de admisión, impedían el ingreso a jóvenes que no tenían rasgos caucásicos, con alegaciones por demás conocidas como “usted no tiene reserva”, “el local está lleno”, “usted no tiene tarjeta de invitación” o “esta es una fiesta privada”, se les negaba el acceso a miles de jóvenes que no tenían los rasgos físicos predeterminados por la casa.



**analizar todo el contexto de la relación de consumo, es decir, todas las circunstancias del antes, durante y después del acto de consumo. En efecto, en el caso materia de este voto, el restaurante no sólo ofrece café, sino también un espacio de conversación y tertulia en sus instalaciones, por lo que, los clientes suelen quedarse un tiempo adicional después de consumir. Una cafetería no es únicamente un lugar de venta de café, sino un espacio de interacción social.**

**Tomando en consideración el contexto señalado, se debe analizar si el denunciante fue perturbado durante su permanencia en las instalaciones de Supermercados Peruanos, lo que incluye que haya sido expuesto a la vergüenza y al desaire del público. Es este tema el que consideramos como uno de los puntos de partida para establecer la existencia del trato discriminatorio al consumidor.**

Desde el punto de vista jurídico, EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO O DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO como una prerrogativa del Derecho de las Personas es, a su vez, una condición general del mercado, y como tal merece toda la atención, prevaleciendo incluso frente al derecho a contratar.

El derecho a no ser discriminado o a la igualdad de trato es inherente a la persona, en su condición de ser humano y de consumidor por excelencia, y como tal constituye un derecho primigenio. El hombre es sujeto de necesidades desde que nace y, por tanto, consumidor en esencia.

Todo mercado que se precie de ser eficiente en la asignación de recursos, debe respetar este derecho para que exista transparencia y equidad en las transacciones y, fundamentalmente, para no restringir el acceso a consumir, la libertad de elegir y decidir aquello que se puede adquirir. En caso contrario, se manifestará la negación de la competencia. Por su parte, la libertad de contratación, si bien es cierto es un derecho constitucionalmente amparado, tiene sus restricciones y una de ellas es el respeto al orden público.

Cuando una persona realiza un acto de consumo, lo hace en su condición de consumidor-persona, ciudadano-consumidor; por lo tanto, no interesan sus condiciones personales frente a quien ofrece bienes o servicios, porque quien está en el mercado para ofertar bienes y servicios no puede discriminar. A él le debe dar lo mismo que quien consume sea un blanco, negro, asiático, varón, mujer, peruano, extranjero, discapacitado, católico, protestante, ateo, homosexual, heterosexual, etc.

Al respecto, cabe precisar que toda persona es libre de permitir o no el acceso a su residencia y proteger su intimidad y, en ese orden de ideas, un club privado puede también restringir el acceso únicamente a sus socios. Sin embargo, el problema surge cuando se trata de locales abiertos al público y que operan en un mercado que se supone libre.



Los firmantes consideramos que, en el fondo, evitar los actos discriminatorios de todo tipo, significa a su vez evitar que se afecte el correcto desenvolvimiento del mercado y proteger, por ende, los derechos del ciudadano consumidor, consagrados en la Constitución Política del Perú. En consecuencia, cada vez que se presente una situación de esta naturaleza deberá hacerse un adecuado ejercicio de integración jurídica para hacer respetar este derecho y, una decisión de la Sala de Defensa de la Competencia, tiene que ser capaz de promover conductas responsables en los operadores del mercado, pues solo así el mercado será eficiente, competitivo y transparente.

La Ley N° 27049, con mucho acierto, modificó el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor para establecer una precisión respecto del derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo. En efecto, está prohibido realizar cualquier tipo de selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien razones de seguridad del establecimiento de carácter objetivo y debidamente justificadas, en tanto ponga en riesgo la tranquilidad de los clientes en general.

Cabe señalar, que un mercado como el peruano, lleno de presiones crecientes y extendidas, se discute mucho respecto del tratamiento discriminatorio que, en algunos casos, se viene dando a las parejas de homosexuales que acuden a determinados cafés, restaurantes, discotecas, etc. El tema ha sido puesto en debate dando lugar a discusiones sobre si se les debe permitir o no el libre acceso. En principio, si se les niega el acceso sólo por su condición es indudable que se trata de un acto de discriminación y, es obvio que, quizá los peruanos no estemos culturalmente preparados para aceptar una realidad que es innegable, lo cual explica el rechazo ciudadano. Sin embargo, los firmantes creemos que cuando los homosexuales acuden a un lugar público y realizan actos de exhibicionismo u otros actos reñidos contra el pudor, es comprensible que sean desalojados y no porque sean ellos, sino que, lo mismo ocurriría con cualquier persona, incluso heterosexuales, que no tengan un comportamiento socialmente alturado. Si esta fuera la situación, la conducta no configuraría discriminación, pues eso es simplemente una cuestión de orden, de seguridad e incluso cultura, en un lugar público.

Independientemente de la ley, hay de por medio un reto para los operadores comerciales del mercado que deberán manejar este tema con inteligencia, estrategia y tolerancia, porque no se puede negar el acceso a las personas, sea quien fuere, porque un consumidor es una persona humana que accede al mercado porque tiene necesidades.



De otro lado, los padres de familia deberán saber orientar a sus hijos menores de edad sobre este tema, por lo tanto discrepamos con la justificación esgrimida por la Comisión de Protección del Consumidor en su resolución apelada. En efecto, no se puede escudar el tema de la discriminación por orientación sexual con una supuesta protección del interés superior del niño, tema totalmente diferente. Además, en autos no está probada la presencia de menores a la hora que ocurrieron los hechos materia de la denuncia y, por el contrario, esta alegación no fue esgrimida inicialmente por Supermercados Peruanos, sino con mucha posterioridad a su escrito de descargos, lo que ha dado sustento a que la Comisión de Protección del Consumidor se base en este argumento para declarar infundada la denuncia.

El tema de la homosexualidad es una expresión de la libertad de la persona que abraza una opción sexual minoritaria y quienes pertenecen a estos grupos de personas son seres humanos que tienen el derecho de ser amparados por la Ley. El Derecho no puede negar ni discutir una realidad; solo tiene que regularla. En este sentido, tiene que observar los hechos y devolverle a la sociedad una norma que sea funcional y que permita a cada uno ejercer sus derechos y su libertad, sin afectar el derecho de los demás. Además, el mercado del cual tanto se habla en materia de consumo es, en esencia, el resultado de la interacción dinámica de las personas que acuden a comprar y vender, y donde la discriminación no tiene lugar bajo ningún punto de vista.

En la mayoría de legislaciones este derecho fluye de los textos constitucionales y es a partir de ahí que se sanciona los casos de violación, en concordancia con las leyes especiales de protección del consumidor, lo que es muy importante para evitar interpretaciones alambicadas y fuera de contexto en materia de protección del consumidor, que podrían dejar eventualmente en indefensión a las personas respecto de los tratos discriminatorios que suelen presentarse en mercados imperfectos, particularmente como los latinoamericanos.

Es necesario precisar que cuando en este voto se habla del Derecho a la Igualdad de Trato o a la No Discriminación, no sólo se refiere a la situación del racismo, sino también a toda circunstancia que implique discriminar por cualquier motivo a una persona en la materialización de sus actos de consumo, como el caso de la homosexualidad en debate. Lo sucedido en el caso materia de apelación es sólo anecdótico: hoy son los homosexuales, pero podría suceder lo mismo si se niega el acceso o no se les da un trato equitativo, justo y digno a los extranjeros, a los no católicos, a los comunistas, a los ateos, a los discapacitados, a los provincianos, etc, lo que resulta inadmisibles en una cultura de mercado que debe ser lo más transparente, eficiente y competitiva posible<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha sancionado con 20 UIT a la discoteca "Mama América" del Cuzco por discriminación al diferenciar el acceso entre nacionales y extranjeros, Resolución N° 221- 2004 TDC/INDECOPI.



### 3. El Principio Pro Consumidor y el Trato Digno

La tendencia mundial que ha creado el llamado Derecho del Consumidor lo estructura sobre la base de la idea directriz de la debilidad del consumidor en el mercado, buscando restablecer en lo posible el equilibrio en las relaciones de consumo entre empresario y consumidor.

En esta línea de pensamiento, nuestra Carta Política ha elevado a *status* constitucional la protección de los consumidores y usuarios (Artículo 65°). Esta consagración es un hecho de primera importancia para el Derecho peruano. La supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, así como su fuerza jurígena permiten afirmar que el principio pro-consumidor es un principio general de nuestro Derecho, y que como tal debe cumplir una triple función:

- Función Creadora, es decir, toda producción legislativa, relacionada con el tema, deberá inspirarse en dicho principio;
- Función Interpretativa, dado que el Derecho para ser aplicado necesita ser interpretado, interpretación que deberá hacerse en armonía con este principio; y
- Función Integradora, esto es que en caso de vacío o deficiencia legal, se recurrirá a este principio.

Al respecto, Walter Gutiérrez Camacho<sup>17</sup> establece una precisión muy importante sobre la raigambre constitucional del principio pro consumidor en los siguientes términos: *“lo que subyace en el texto constitucional es el principio pro consumidor, es decir, que toda creación interpretación e integración legal en nuestro ordenamiento deberá hacerse en sintonía con este principio. De este modo el Derecho Peruano, particularmente el Derecho Privado, adquiere matices hasta ahora desconocidos y que conducen a que el sistema legal sea objeto de una relectura, teniendo en cuenta esta vez la protección al consumidor para cerrar la posibilidad de interpretaciones equivocadas u antojadizas y maliciosas que puedan provenir de terceros que no quieran reconocer al derecho del consumidor y el principio pro consumidor”*.

Este principio está expresamente establecido en el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor: *“La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”*, y marca la pauta a partir de la cual se va a desarrollar un sistema normativo integral que piense en el consumidor como protagonista del mercado y como destinatario final de todas las normas de competencia y mercado, tal como sucede en otras legislaciones, que sobre la base

<sup>17</sup> CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter. En la Página del Director, Revista Gaceta Jurídica, No 08, Agosto. Lima, 2000.



del mismo principio, han logrado armonizar un adecuado sistema legal y administrativo de defensa del consumo.

Los firmantes creemos que este principio, en nuestro país, impulsa la integración de la Ley de Protección al Consumidor con otras normas vigentes y con las políticas económicas, las reglas del mercado, la libre competencia y, en general, con las políticas públicas, para que puedan brindar una ayuda global y genérica, para aportar soluciones concretas y específicas, pautas complementarias, compensatorias y correctoras del mercado<sup>18</sup>.

Los firmantes consideramos que para decidir este caso, es preciso acudir al principio pro consumidor que emerge como un principio universal en casi todas las legislaciones del mundo occidental, nutriendo las leyes de protección del consumidor de una concepción solidarista, que se expresa en disposiciones de diversa índole y a través de normativas de orden público, como el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor. La ley argentina, por ejemplo, tiene un principio similar (artículo 65°) dotado de una pauta hermenéutica de máxima protección: *“En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”* (art. 3°, in fine).

La aplicación de este principio y de la leyes del consumidor es un deber expresamente impuesto a las instituciones tutelares de los derechos del consumidor, como el INDECOPI. En efecto, las directrices para la defensa del consumidor de las Naciones Unidas de 1985, imponen a los gobiernos de los Estados miembros, el desarrollo de políticas enérgicas de protección del consumidor, y la predisposición de infraestructuras adecuadas para aplicarlas (artículos 2° y 4°).

Es preciso que el principio pro consumidor no sea soslayado por la ley, y es también imperativo que su aplicación llegue en forma real y concreta a todos los sectores de la población (Directiva de las Naciones Unidas, Art. 4°); y muy particularmente a los más carentes de recursos<sup>15</sup>.

Los firmantes consideramos que el principio pro consumidor está en juego con otros principios derivados del Derecho Natural, y ante todo, el derecho mismo de acceso al consumo, que implica remover los obstáculos que impiden la obtención de los bienes y servicios indispensables para el desenvolvimiento de una vida digna. Ello presupone, también como derecho previo del consumidor, la no-discriminación en el mercado, tanto en el acceso, como en el trato en sus actos de consumo. Y el derecho a un acceso digno, es aquel que no discrimina, es decir aquel que no permite que, para la obtención de bienes y servicios indispensables, el consumidor deba sacrificar valores inherentes a la persona humana.

<sup>18</sup> REICH, Norbert. Mercado y Derecho, Barcelona, Ariel. 1985. p.176.

<sup>15</sup> Quienes ocupan los planos inferiores, necesitan una protección más intensa del derecho, para elevarse (MORELLO, Augusto M., El abogado, el Juez y la Reforma del Código Civil, La Plata Platense, 1969, p. 35).



### 3.1 Trato Digno

Hablar de trato digno implica una referencia al aspecto social, es decir, al honor, respeto o consideración que se debe a la persona. La dignidad humana es un principio elemental de Derecho Natural, y es de carácter supraestatal. El honor y la dignidad corresponden a toda persona, como derechos inalienables, innatos, e inseparables de ella y no se pierden ni por el pecado ni por el delito, no interesa por ello su opción sexual. Son de carácter humano indeleble, independiente de la situación concreta en que el individuo se halle. En ese sentido, Santos Britz señala: *“El derecho de contratación, como el derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales”*<sup>19</sup>.

Legislaciones de avanzada reconocen el respeto a la dignidad del consumidor como un principio de Derecho Natural que complementa el principio pro consumidor para armonizar una legislación adecuada en la protección del principal protagonista del mercado. Así, por ejemplo, la Constitución de la República Argentina, en su artículo 42° establece taxativamente que *“todo consumidor o usuario ha de ser objeto de trato equitativo y digno”*. El Código de Protección y Defensa del Consumidor de la República del Brasil<sup>20</sup> fija en su artículo 4° como primer objetivo de la política nacional, *“el respeto a la dignidad de los consumidores”*. La Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España<sup>21</sup> prevé en su artículo 23° inc. E *“la tramitación de reclamaciones o quejas por circunstancias lesivas a la dignidad del consumidor”*.

El autor Juan M. Farina<sup>22</sup> expresa al respecto que *“el honor y la dignidad corresponden a toda persona, como derechos inalienables, innatos e inseparables de ella y no se pierden ni por el pecado ni por el delito. Son de carácter humano indeleble, independientemente de la situación concreta en que el individuo se halle”*. **Esta afirmación, sin duda es de gran contenido, porque establece claramente que cuando en una relación de consumo, la dignidad de un consumidor es mellada, quien ofende y además está premunido de una condición de proveedor en el mercado, debe ser sancionado independientemente de que exista de por medio una relación contractual concreta. En el caso en debate, el solo hecho de ser amedrentado y perturbado para ser desalojado, con simulación y bajo presión, de un local comercial a vista y paciencia del público, sólo por el hecho de ser homosexual, constituye un trato indigno.**

<sup>19</sup> BRITZ, Santos. Derecho Civil, Teoría y Práctica, Madrid, Editorial Revista de derecho Privado, 1978.

<sup>20</sup> Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley 8.078 del 11 de setiembre de 1990.

<sup>21</sup> Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984 del 19 de Julio de 1984.

<sup>22</sup> FARINA M., Juan. Defensa del Consumidor y del Usuario, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.



Es evidente que la ley no incluye todas las posibilidades de protección a los consumidores, ni excluye la necesidad de promulgar otras leyes dirigidas específicamente a conseguir esa protección en cumplimiento del mandato constitucional. Por lo tanto, cualesquiera que sean las disposiciones legales que afecten a los consumidores, tendrán de ser interpretadas en la forma que más favorezca a éstos, lo cual puede implicar que en algunos casos sea necesario cambiar los criterios de aplicación que rigieron hasta ahora para normas dictadas con anterioridad a la vigencia del artículo 65° de la Constitución<sup>23</sup>.

Esto quiere decir que todo operador del Derecho, sea judicial o administrativo, ante quien se discutan cuestiones vinculadas a la violación de un derecho del consumidor deberá decidir sobre la base de este principio, en tanto sea viable su aplicación. En el presente caso, los firmantes creemos que es viable la aplicación del principio pro consumidor, sobre todo por la forma y circunstancias en que se ha debatido el tema en primera instancia y por las pruebas presentadas. Es necesario señalar que, inclusive, adicionalmente a las pruebas presentadas en este procedimiento, es factible aplicar los sucedáneos de las pruebas, es decir, los indicios y las presunciones, y el hecho de que se haya utilizado a la Policía Nacional para expresar a los denunciantes que eviten las caricias, es una circunstancia que no debe ser soslayada, sino que, por el contrario, es un indicio de la presión ejercida sobre el señor Olivera.

**Por otra parte, los documentos presentados por Supermercados Peruanos constituidos por los informes de su personal de seguridad, en nuestro concepto tienen una debilidad probatoria sobre la supuesta conducta exagerada del denunciante y su pareja, toda vez que se trata de documentos preparados por el propio personal de la tienda, que obviamente registra en el papel una situación conveniente en caso de una eventual reclamación futura, inclusive con adjetivos y calificaciones que desdican y afectan su veracidad, por ello no causan convicción al respecto.**

**En cambio sí crea convicción en los firmantes el hecho de que se haya utilizado personal policial para pedir al denunciante el cese de su conducta homosexual, lo cual es insostenible, porque tal como ha quedado demostrado en el informe oral, no es usual que la denunciada disponga la presencia de personal de la Policía Nacional cada vez que una pareja heterosexual se profesa caricias al interior de su tienda, lo que hace presumir, con validez, que la táctica utilizada por Supermercados Peruanos tenía obviamente el propósito de perturbar al denunciante para que desaloje la tienda y no permitirle su permanencia en el local en horas de la noche (entre las 9 y 10 pm) en un día particular (martes) en que la presencia de niños y la afluencia de público que eventualmente se hubiera visto incomodado, era relativa.**

<sup>23</sup> Cabe pensar incluso en la posible declaración de inconstitucionalidad de disposiciones que contravengan directamente el principio establecido en la constitución. En: Bercovitz Rodríguez-Cano y Salas Hernández. Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España. P. 21.



Los firmantes discrepamos con el voto en mayoría en el sentido que la presencia del personal policial haya sido preventiva, porque esa no es función que le compete a la Policía Nacional del Perú en esos momentos, sino que la presencia de efectivos policiales en esos instantes era para dejar constancia de un hecho que implique riesgo a la seguridad y el orden público o que afecte los derechos de las personas, tan es así, que todo policía debe dejar constancia documentada de su participación en cualquier circunstancia en que sea requerido, asentando su registro en la comisaría de su jurisdicción. Si se trataba de calmar los ánimos, el administrador de la tienda, que es una persona con experiencia en el contacto con el público y entrenada en este tipo de situaciones, hubiera sido capaz de conversar con el señor Olivera. Por tanto, parece verosímil que se optó por requerir la presencia policial para asustar y amedrentar a las personas, porque no se puede negar que la sola presencia de un efectivo policial frente a una persona, que no ha cometido una falta o un delito, tiene un efecto, una presión de carácter psicológico que termina quebrando su voluntad, con lo cual el denunciante no sólo fue tratado de forma desigual, sino también expuesto públicamente con las consecuencias que ya conocemos.

La permanencia del señor Olivera después de la presión ejercida con la policía no significa que el supuesto dialogo con él haya sido fructífero y, en este sentido, los firmantes opinamos en forma contraria la mayoría, porque el hecho de quedarse un lapso adicional era para no seguir exponiéndose, como una especie de reacción natural de quien es amedrentado, porque retirarse de inmediato hubiera sido aceptar que se estaban cometiendo actos reñidos con la moral, en cuyo caso, el policía hubiera tenido la obligación de desalojarlos, lo cual no ha ocurrido.

En este caso, donde cada una de las partes mantiene su dicho, es difícil la probanza, no obstante consideramos que es posible que la Sala razone sobre la base de los indicios y las presunciones como sucedáneos de las pruebas aceptados por la doctrina y por el Código Procesal Civil, para elaborar un razonamiento lógico y coherente que resista el análisis respecto a la forma y circunstancias en que se han presentado las cosas.

Consideramos en líneas generales que la actuación de Supermercados Peruanos no ha sido idónea dentro del marco ético con que se debe desenvolver un operador en el mercado y, por lo tanto, ha violado la Ley de Protección al Consumidor, al haber dado un trato diferenciado al Sr. Olivera durante su permanencia en la cafetería.

Este tratamiento del principio pro consumidor tiene consistencia con todo nuestro sistema jurídico. En efecto, la Constitución expresa que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona y si el consumidor es tal, en tanto es persona, es obvio que la legislación que protege su derecho le debe ser favorable en caso de duda.



#### 4. Una Nueva Dimensión del Derecho del Consumidor

El Derecho del Consumidor no debe ser únicamente la aplicación y el cumplimiento de ideas recogidas y consagradas en la ley, sino que también debe tomar conciencia de la enorme eficacia y trascendencia que tienen, para el logro del bienestar económico y social en general, la paz y el orden garantizados por la Constitución, para no quedar expuestos a la arbitrariedad, la fuerza y el azar. Muchas de las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, en este sentido, están estructuradas sobre bases fundamentales del Derecho Natural, porque están en juego prerrogativas no solamente económicas sino humanas.

Para Carnelutti<sup>24</sup> la *“formación de conceptos debe ajustarse a ciertas reglas, y la regla fundamental es la simetría”*. Esta propuesta llevada al campo de la Protección al Consumidor y, más específicamente a la determinación conceptual de la relación de consumo, implica que todos los conceptos jurídicos y económicos creados a partir de las resoluciones, precedentes o lineamientos del INDECOPI se ajusten o regulen con un orden lógico y que estén plenamente vinculados con lo que pasa en la sociedad, es decir, que recojan lo que sucede en la realidad actual a fin de no perder vigencia social, afectando el mercado y afectando paradójicamente al consumidor a quien se pretende proteger.

Otro postulado del Sincretismo de Carnelutti es la *“necesidad de extender las zonas de experiencia o lo que es lo mismo, la materia jurídica, más allá de la proposición jurídica, del precepto, de la regla”*. Asimismo, establece *“que no interesa tanto como se establece y formule el Derecho, sino como se realiza”*, es decir, como opera una norma en la realidad para la cual ha sido creada, eso es lo importante.

Debe tomarse en cuenta que en el Derecho existe un prisma histórico, por el que el orden jurídico se muestra en constante movimiento, en reiterada reelaboración, para acomodarse a las circunstancias de tiempo, mercado, economía, cultura, etc. lo que implica que, para interpretar adecuadamente un fenómeno social frente a la norma debemos contextualizar los conceptos a los tiempos. Por otra parte también existe un prisma filosófico por el cual el orden jurídico se presenta integrado en un orden universal superior y respondiendo a principios de validez permanente. Es, en este sentido, que debemos entender el derecho del Consumidor como una disciplina en constante renovación, como un derecho de conquista social y no de concesión.

En el presente caso es innegable que la realidad va más allá del mero precepto legal, porque debajo de las reglas están los fenómenos sociales y hasta ellos es preciso calar; por ello es importante escudriñar la realidad social y económica en materia de consumo para asumir otra actitud metodológica en la interpretación de las leyes, las cuales deben tener como componente principal la observación de la realidad.

<sup>24</sup> CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho, traducido por Osorio, México D.F UTEHA, 1950.



Carnelutti expresa que para conocer verdaderamente las normas *“hay que captarlas en su actuación en la vida, no basta conocer las fórmulas en que se encierran y su historia”*, por ello, la observación de la realidad socio-jurídica tiene gran relevancia, y en este caso la observación es muy aguda, porque el tema del Derecho del Consumidor está íntimamente relacionado con una prerrogativa propia del Derecho de las Personas, con la realidad socioeconómica del país, con las políticas públicas, con la leal y honesta competencia y con la cultura de consumo; situaciones que requieren ser analizadas con rigurosidad para verificar si las normas y las políticas de defensa del consumidor recogen aquello que sucede en el plano real de las cosas.

Los hechos que observamos en la realidad han enriquecido los planteamientos jurídicos hechos sobre el tema del consumidor, llevándonos a un conceptualismo enriquecido a partir de la incorporación de nuevas realidades jurídicas y nuevas categorías recogidas a través de la observación de los fenómenos sociales y económicos que hay en el mercado, tarea en la cual el INDECOPI y, específicamente la Sala de Defensa de la Competencia, como órgano resolutorio, ha tenido un destacado rol que se traduce en la confianza del público consumidor.

Finalmente, cabe señalar que aunque el INDECOPI siga imponiendo multas, el tema de la no discriminación seguira probablemente en debate , porque es una cuestión cultural, que pasa por modificar una serie de conductas colectivas de intolerancia, que crean cismas en una sociedad pluricultural y heterogénea como la nuestra, que no respeta la diversidad, y que es, en esencia, un atentado contra la dignidad de las personas que frente a los mismos bienes y servicios ofertados al público, cada vez que intentan hacer alguna transacción, se sienten desplazados a un segundo orden, mediatizando sus decisiones de consumo.

Por todo lo expuesto, nuestro voto es porque se revoque la resolución de primera instancia y se declare fundada la denuncia.

**JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN**

**JOSÉ ALBERTO OSCÁTEGUI ARTETA**