



**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI  
DE PIURA  
**PROCEDIMIENTO** : DE OFICIO  
**DENUNCIADA** : CENCOSUD RETAIL PERÚ S.A. - HIPERMERCADOS  
METRO  
**MATERIA** : DISCRIMINACIÓN  
TRATO DIFERENCIADO ILÍCITO  
**ACTIVIDAD** : VENTA LA POR MENOR DE OTROS PRODUCTOS

**SUMILLA:** *Se confirma, modificando fundamentos, la resolución venida en grado que halló responsable a Cencosud Retail Perú S.A., por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse verificado que impidió de manera injustificada el acceso de 16 alumnos y sus acompañantes a su establecimiento comercial, incurriendo en un trato diferenciado ilícito.*

**SANCIÓN:** 40 UIT

Lima, 21 de mayo de 2014

#### ANTECEDENTES

1. El 10 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura (en adelante, la Secretaría Técnica) tomó conocimiento a través de una nota periodística del diario El Tiempo de que alumnos con discapacidad del Centro Educativo Básica Especial - CEBE Jesús Nazareno (en adelante, CEBE Jesús Nazareno) fueron impedidos de ingresar al establecimiento comercial de Cencosud Retail Perú S.A.<sup>1</sup> (en adelante, Hipermercados Metro) ubicado en el Centro Comercial Plaza La Luna, a pesar de que cada alumno iba acompañado por una persona encargada de su cuidado.
2. A efectos de realizar investigaciones preliminares por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor, la Secretaría Técnica: (i) el 19 de noviembre de 2012, requirió a Hipermercados Metro y a CEBE Jesús Nazareno, mediante Cartas Preventivas 224-2012/INDECOPI-PIU y 225-2012/INDECOPI-PIU, respectivamente, para que presenten información y/o documentación relacionada con los hechos ocurridos el 9 de noviembre de 2012 según el diario El Tiempo; y, (ii) el 22 de noviembre de 2012, llevó a cabo una entrevista con el personal administrativo y docente del CEBE Jesús

<sup>1</sup> Ruc 20109072177. Domicilio fiscal en Calle Augusto Angulo N° 130, Urb. San Antonio, Miraflores, Lima.



Nazareno a través de su personal designado a tal efecto, levantándose un acta donde consta la siguiente declaración:

- (i) El 9 de noviembre de 2012, acudieron a visitar el Centro Comercial Plaza La Luna un total de 33 personas (16 alumnos, 2 profesores, 2 auxiliares, 1 psicóloga, 1 secretaria, 6 padres de familia, 1 terapeuta físico, 3 voluntariados y la propia directora);
  - (ii) cuando trataron de ingresar al establecimiento de Hipermercados Metro que se encontraba dentro del Centro Comercial, fueron impedidos por su personal, indicándoles que se debió enviar un documento de manera previa para que se les asigne un guía y que ello estaba establecido en sus normas internas;
  - (iii) pese a que le manifestaron que asumirían los gastos de cualquier daño y que cada niño se encontraba acompañado que se encargaba de su cuidado, se negaron rotundamente y no los dejaron entrar; y,
  - (iv) se les acercó el administrador del Centro Comercial Plaza La Luna, quien les indicó que Hipermercados Metro era sólo un inquilino y les pidió disculpas por lo ocurrido, invitándoles a los juegos, a degustar helados y a conocer el cine, siendo que posteriormente se les acercó el personal de Hipermercados Metros que les impidió el ingreso ofreciendo disculpas personales.
3. En respuesta al requerimiento de información, mediante Oficio N° 125-2012-GOB.REG.P.DPRED.BECE "J.N"-D del 26 de noviembre de 2012, CEBE Jesús Nazareno, presentó la lista de personas que asistieron el 9 de noviembre al establecimiento de Hipermercados Metro y ratificaron lo corroborado en la entrevista del 22 de noviembre de 2013. Asimismo, el 26 de noviembre de 2012, Hipermercados Metro presentó un informe en respuesta al requerimiento de información, señalando lo siguiente:
- (i) El 9 de noviembre de 2012, ingresaron a su establecimiento comercial un aproximado de 100 personas, compuesto por niños y adultos, entre los que se encontraban alumnos, padres, docentes y personal del CEBE Jesús Nazareno para realizar una visita educativa, ante lo cual su personal le comunicó que este tipo de visitas requiere el envío previo de una carta para coordinar la fecha y hora de la visita;
  - (ii) la Directora y la Psicóloga del Colegio reconocieron que tenían que coordinar previamente la visita, pero los padres de familia señalaban que se les estaba impidiendo el ingreso por un acto de discriminación y que ello se comunicaría a la prensa local. No obstante, algunos de los padres de familia ingresaron con sus niños a la tienda de forma voluntaria y ante la incomodidad se les ofrecido efectuar la visita el mismo día, pero no accedieron; y,



- (iii) al igual que para otro tipo de visitas educativas, tales como museos, fábricas, entidades públicas, clubes de campo, etc., los centros educativos se comunican previamente con la entidad para coordinar fecha y hora de la visita con la finalidad de tomar medidas adicionales de seguridad, logística y recursos humanos, pues en este tipo de visitas sus colaboradores se organizan para designar a un guía personal de apoyo que conduzca a los visitantes a efectos de brindar una experiencia segura y agradable, es decir, responde a razones de calidad en el servicio y responsabilidad social, seguridad y orden tanto para sus clientes habituales como visitantes.
4. En virtud de la investigación preliminar, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio contra Hipermercados Metro mediante Resolución 1 del 5 de abril de 2013, por la presunta infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), imputando a título de cargo lo siguiente:
- “El hecho que Hipermercados Metro haya impedido el ingreso a los alumnos con discapacidad del Centro de Educación Básica Especial Jesús Nazareno y a sus acompañantes a su establecimiento comercial, el día 9 de noviembre del 2012; lo cual podría involucrar una afectación al derecho a no ser discriminado o a recibir un trato diferenciado sin que exista una causa objetiva y razonable”. (Subrayado agregado)*
5. En sus descargos, Hipermercados Metro sostuvo lo siguiente:
- (i) En virtud de la regla de la carga de la prueba establecido en el artículo 39° del Código que trata sobre la discriminación en el consumo, la autoridad administrativa debe verificar si al recibir la visita de grupos de menores, efectuó un trato distinto al denunciado;
  - (ii) conforme a lo indicado en el acta de entrevista del 22 de noviembre de 2012 y la respuesta a la carta Preventiva por parte del CEBE Jesús Nazareno, la Directora había programado una visita educativa en el Centro Comercial Plaza La Luna y su establecimiento comercial, siendo que en esta última su personal procedió a explicarle el procedimiento establecido internamente para este tipo de visitas;
  - (iii) ante la intención de colegios u otras instituciones de realizar visitas educativas existe una política interna que consiste en solicitar que los centros educativos se comuniquen previamente con su empresa para coordinar la fecha y hora de la visita con el único propósito de establecer mecanismos de seguridad;
  - (iv) las razones que motivan este tipo de solicitudes consiste en brindar una experiencia segura y agradable a sus clientes y visitantes, más un si implica la presencia de niños, designando un guía y personal de apoyo



- que conduzca a los visitantes por un recorrido en la tienda y, en algunos casos, una explicación sobre determinados temas educativos, tales como procedimiento de calidad, nutrición, etc.;
- (v) lo que se busca es adoptar una serie de medidas de seguridad para sus visitantes, pues en su local existen bienes peligrosos y zonas restringidas o de cuidado donde se expenden, por ejemplo, bebidas alcohólicas, utensilios de cocina o productos de limpieza, de modo que de no tomar medidas de seguridad se puede exponer a un menor al consumo de una sustancia tóxica o manipulación de objeto cortante, exponiéndolo a un daño a su salud;
  - (vi) las condiciones de seguridad dentro de un establecimiento comercial recaen en el proveedor, por lo que el requerimiento de coordinación previa para la realización de visitas educativas responde a razones de brindar un mejor servicio al cliente, responsabilidad social, seguridad, entre otros, tanto para sus clientes habituales como a los visitantes;
  - (vii) al igual que otro tipo de visitas educativas, tales como museos, fábricas, parques temáticos, entidades públicas, clubes de campo, etc., los establecimientos comerciales solicitan que las instituciones educativas se comuniquen previamente a fin de coordinar fecha, hora y vista de grupos, tal cual se hace en Sedapal, la Municipalidad de Lima e incluso el miso Indecopi;
  - (viii) la Comisión inició un procedimiento de oficio por discriminación en su contra sin tener sustento en un informe técnico, una verificación de otras situaciones similares de visita, es decir, no hay medios probatorios que demuestren un trato desigual, por lo que no había razón para iniciar este procedimiento; y,
  - (ix) su empresa rechaza todo acto de discriminación y ha demostrado las razones que sustentan la designación de guías y personal de su empresa en caso de visitas educativas o grupos grandes integrados por menores.
6. Mediante Resolución 502-2013/INDECOPI-PIU del 23 de setiembre de 2013, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura (en adelante, la Comisión) halló responsable a Hipermercados Metro por infracción del artículo 38° del Código al considerar que se había verificado que impidió el acceso de los alumnos con discapacidad del CEBE Jesús Nazareno y a sus acompañantes a su establecimiento comercial sin mediar causas objetivas y razonables, sancionándola con una multa de 150 UIT.
7. El 17 de octubre de 2013, Hipermercados Metro apeló la Resolución 502-2013/INDECOPI-PIU reiterando los argumentos de sus descargos y adicionalmente manifestó lo siguiente:



- (i) No se permitió el ingreso a su establecimiento de un contingente de 33 a 100 personas (aparentemente vinculados al CEBE Jesús Nazareno) que pretendían una visita guiada, pues por disposiciones internas las visitas de entidades públicas o privadas deben ser tramitadas con anticipación para disponer de un guía y adoptar medidas de seguridad adecuadas. Ello fue informado a la Directora del Colegio y, sin embargo, por presiones del padres, que amenazaron con llamar a la prensa, el incidente se desbordó mediáticamente;
- (ii) la Comisión presumió desde el principio sin prueba alguna que su empresa cometió un acto de discriminación, cuando en realidad se trató de un tema de seguridad de su establecimiento, pues el contingente de 33 a 100 personas querían ingresar sin autorización previa. Ello queda acreditado en el Oficio N° 125-2012-GOB.REG.P.DPRED.BECE "J.N"-D donde no se hace mención alguna a un acto de discriminación, sino simplemente a lo ocurrido, lo cual evidenciaba que se procedió con sus parámetros por un tema de seguridad interna, siendo que la palabra "discriminación" surgió de presiones mediáticas;
- (iii) la Comisión no tomó en cuenta el correo electrónico del 9 de noviembre de 2012 remitido por la Jefa del Área de Recepción de Clientes, quien señaló que las personas que querían ingresar a su establecimiento era alrededor de cien; por el contrario, la primera instancia presumió que se trataba de 33 personas, para luego decir que eran 16 niños especiales a los que no les permitió el ingreso. Ello resulta relevante dado que el número de participantes determina las razones de las medidas de seguridad que se deben adoptar;
- (iv) la condición de niños especiales no es relevante para la seguridad, pues cumplieron con su política interna al tratarse del ingreso de personas pertenecientes a una institución educativa que venía a realizar una visita guiada, en la que se debe comunicar con una anticipación para brindar el mejor servicio tanto en seguridad como en cordialidad;
- (v) la Comisión consideró como irrelevantes las múltiples cartas remitidas a su empresa por otros centros educativos con la intención de realizar visititas educativas, lo cual evidenciaría la existencia de un política interna consistente en solicitar de manera previa para coordinar fecha y hora de la visita con el propósito de adoptar medidas de seguridad;
- (vi) no existe prueba alguna que acredite un trato desigual o que se haya actuado de modo diferente en situaciones similares, por lo que la Comisión ha confundido una acusación de discriminación con uno de servicio idóneo, es decir con un descontento del consumidor sobre la calidad del servicio;
- (vii) la Comisión consideró que la asistencia de los menores a su establecimiento comercial no se trataba de una visita guiada o una visita educativa, sino que habían ingresado en calidad de consumidores, lo



- cual es un grave error, pues tanto en el acta de entrevista como en el Oficio N° 125-2012-GOB.REG.P.DPRED.BECE "J.N"-D, la Directa del Colegio señaló que se trataba de una "vista a sus instalaciones", y no con la intención de efectuar compras;
- (viii) la Comisión señaló que era su obligación brindar un servicio inclusivo y que el medio empleado no fue el más benigno al restringir el acceso de los menores, quienes estaban acompañados de personas adultas responsables de su traslado, sin considerar que se trataba del cumplimiento de sus políticas internas referidas a medidas de seguridad y que es de conocimiento público que las visitas educativas se deben realizar con peticiones escritas a la entidad, lo cual se informó a la Directora;
  - (ix) la Comisión consideró que era injustificada la negativa de acceso de los menores, al considerar que su establecimiento era de libre acceso al público, sin tener en cuenta que las medidas de seguridad se toman no sólo para las personas que realizan visitas, sino para todas aquellas que están dentro de su establecimiento comercial, por lo que deben evaluar las horas y días de la vista y que no exista un cruce con otros visitantes que puedan afectar a sus usuarios y no sobrepase al capacidad de su local;
  - (x) la Comisión descartó que desde el año 1997 Hipermercados Metro sea una de las empresas pioneras que apoya e incluye a las personas con discapacidad brindándoles empleo, razón por la cual no puede desprenderse que hayan realizado un acto de discriminación; y,
  - (xi) cuestionó la graduación de la sanción.
8. El 7 de enero de 2012, Hipermercados Metro, presentó un escrito solicitando el uso de la palabra y adicionalmente adjunto medios probatorios que demostrarían que otros centros educativos solicitaron de manera previa una vista a sus instalaciones, por lo que la negativa de ingreso no se debió a que se trataban de niños especiales, más aun por la cantidad de personas (33 a 100), se requiere disponer un guía y adoptar medidas de seguridad. Agregó que no se trataba de un grupo de niños con sus profesores que querían realizar un consumo, sino de una visita guiada, lo cual resulta razonable si, por ejemplo, a Indecopi llegasen unos niños sin haber solicitado una autorización previa, por lo que no se trató de un acto de discriminación.
9. El 21 de mayo de 2014, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la asistencia del representante de Hipermercados Metro.



## ANÁLISIS

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

10. 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<sup>2</sup>. Por su parte, el artículo 38º de dicho cuerpo legal<sup>3</sup> 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.
11. 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.
12. 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

<sup>2</sup> **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 toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(...)

<sup>3</sup> **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.



establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

13. Por su parte, el artículo 39° establece las reglas probatorias<sup>4</sup>. Así, en cualquiera de los dos supuestos infractores el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar siquiera indiciariamente la existencia de un trato desigual. Sólo superada esta valla, en un segundo momento, la Administración invertirá la carga de la prueba y exigirá al proveedor que demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual, lo cual permitirá determinar si se ha contravenido la ley mediante un trato diferenciado ilícito o, si se cuentan con mayores elementos probatorios, mediante prácticas discriminatorias.
14. En el presente caso, se inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Hipermercados Metro por haber incurrido presuntamente en un acto discriminatorio o trato diferenciado ilícito contra los alumnos con discapacidad del CEBE Jesús Nazareno y sus acompañantes, toda vez que el 9 de noviembre de 2012 les habría impedido el ingreso a su establecimiento comercial. La Comisión halló responsable a Hipermercados Metro por infracción del artículo 38° del Código al considerar que se había acreditado que impidió el ingreso a tales personas sin mediar causas objetivas y razonables, incurriendo así en un trato discriminatorio.

#### Hechos probados en el presente procedimiento

15. Antes de analizar el recurso impugnatorio interpuesto por Hipermercados Metro, este Colegiado considera pertinente establecer de manera previa y sucinta las circunstancias en que se produjeron los hechos materia del presente procedimiento mediante la reconstrucción del caso a través del material probatorio que obra en el expediente. Así, se aprecia lo siguiente:
  - (i) **Acta de entrevista del 22 de noviembre de 2012**, donde se recoge la declaración de la Directora, una profesora y la secretaria del CEBE Jesús de Nazareno, siendo que estas indicaron lo siguiente: (a) habían programado la visita de dos centros comerciales con la presencia de 16 alumnos y 17 personas adultas entre padres de familia, secretaria,

<sup>4</sup> **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.



- auxiliares, profesores, psicóloga, directora, terapeuta física y voluntarios; (b) cuando se disponían a ingresar al establecimiento comercial de Hipermercados Metro se le negó el acceso, debido a que no se había solicitado una visita de manera previa y por un tema de seguridad previstos en sus normas internas; y, (c) pese a que manifestaron que cada niño se encontraba acompañado por padres, personal del colegio y voluntarios para su cuidado, no se les permitió ingresar.
- (ii) **Oficio N° 125-2012-GOB.REG.P.DPRED.BECE “J.N”-D del 23 de noviembre de 2012**, en el que CEBE Jesús de Nazareno ratificó lo declarado en el acta de entrevista y adicionalmente presentó una lista de asistentes del día en que se les impidió el ingreso a los alumnos con discapacidad y a sus acompañantes.
- (iii) **Carta del 26 de noviembre de 2012**, donde Hipermercados Metro informó lo siguiente: (a) el 9 de noviembre de 2012, ingresaron a su establecimiento comercial un aproximado de 100 personas del CEBE Jesús Nazareno para realizar una visita educativa, siendo que su personal le comunicó que este tipo de visitas requería el envío previo de una carta para coordinar la fecha y hora de la visita; (b) la Directora y la Psicóloga del Colegio reconocieron que tenían que coordinar previamente la visita, pero los padres de familia señalaban que se les estaba impidiendo el ingreso por un acto de discriminación y que ello se comunicaría a la prensa local; y, (c) al igual que para otro tipo de visitas educativas, la finalidad de su programación era tomar medidas adicionales de seguridad, logística y recurso humanos para brindar una experiencia segura y agradable.
- (iv) **Correo electrónico del 9 de noviembre de 2012**, en el que personal de Hipermercados Metro indicó que recibieron “*la visita de niños especiales acompañados de sus padres*” y que eran alrededor de 100 personas y se les explicó que para efectuar este tipo de visitas se debe enviar una carta para coordinar y organizar su visita, lo cual fue entendido en un primer momento por la Directora y la Psicóloga y, sin embargo, después los padres manifestaron que se trataba de una discriminación.
- (v) **Correo electrónico del 10 de noviembre de 2012**, en el que personal de Hipermercados Metro señaló que había salido en la televisión los padres de los alumnos del CEBE Jesús Nazareno denunciando una discriminación, pese a que en todo momento la directora y la psicóloga comprendieron que tenían que presentar una carta de invitación y que no tenían ningún problema en visitarlos nuevamente



16. De los documentos mencionados, se desprende lo siguiente:
- a. En un primer momento, los alumnos, padres, personal del Colegio y voluntarios del CEBE Jesús Nazareno (aproximadamente entre 33 a 100 personas) acudieron al establecimiento comercial de Hipermercados Metros a efectuar una visita y se les impidió el ingreso.
  - b. La razón del impedimento opuesta por Hipermercados Metro fue la falta de presentación de manera previa de una carta comunicando la visita, con la finalidad de adoptar medidas de seguridad y disponer de una guía, siendo que la Directora inicialmente reconoció dicho protocolo.
  - c. Los alumnos del CEBE Jesús de Nazareno se encontraban acompañados cada uno con sus padres, personal del colegio y/o voluntarios que se encargaban de su traslado.
  - d. En un segundo momento, pese a que los padres de los alumnos y personal del Colegio manifestaron a personal de Hipermercados Metro de que cada niño estaba acompañado de un adulto responsable de su cuidado, se les impidió el ingreso por las mismas razones señaladas.

Sobre el trato diferenciado injustificado

17. Hipermercados Metro señaló en su apelación que no se permitió el ingreso a su establecimiento de un contingente de 33 a 100 personas (aparentemente vinculados al CEBE Jesús Nazareno) que pretendían una visita guiada, pues por disposiciones internas las visitas de entidades públicas o privadas deben ser tramitadas con anticipación para disponer de un guía y adoptar medidas de seguridad adecuadas.
18. En este punto, cabe resaltar que ha quedado acreditada la existencia de un trato desigual a los alumnos y a sus acompañantes del CEBE Jesús Nazareno al impedir el acceso a su establecimiento comercial, lo cual demostraría que fueron tratados de manera desigual respecto del resto de consumidores. Por lo tanto, corresponde analizar la justificación de tal trato diferenciado.
19. Al respecto, es preciso resaltar que hubieron dos ocasiones en los que se produjo la negativa de acceso al establecimiento comercial: (i) un primer momento, se dio cuando se pretendió ingresar en el marco de la realización de una vista a dicho establecimiento y se impidió el ingreso por no haber presentado de manera previa una carta para brindar medidas de seguridad y disponer de un guía; y, (ii) un segundo momento, se presentó cuando los



padres y personal del colegio, manifestaron que cada niño con discapacidad estaba acompañado de una persona adulta responsable de su cuidado y, sin embargo, igualmente no se les permitió el ingreso por las mismas razones.

20. Respecto del primer momento, aun cuando pudiera resultar atendible la exigencia de la presentación previa de una carta de una visita para que el establecimiento pueda organizarse y adoptar las medidas que considere necesarias y que ello era un mecanismo que ha utilizado otras instituciones educativas, lo cierto es que no se advierte de la revisión del expediente ni de la página Web de la denunciada, que esta cuente con un protocolo de visitas, tal como ocurre con otras entidades como el Servicio Nacional de Metrología, Sedapal, Municipalidad de Lima y Universidad Agraria La Molina.
21. Sin perjuicio de ello, y aunque pudiese considerarse como una causa que justifique la negativa de acceso la adopción de medidas de seguridad para los visitantes y los consumidores de su local comercial, este Colegiado considera que ello únicamente podría considerarse legítimo en la primera ocasión en que se produjo el impedimento de acceso a su establecimiento, pero no en la segunda oportunidad en que los padres insistieron ingresar con los alumnos debidamente acompañados.
22. En efecto, en un segundo momento, se advierte que pese a que los alumnos estaban acompañados cada uno con sus respectivos padres o personal del colegio y manifestaron nuevamente su intención de poder ingresar al establecimiento comercial, personal de Hipermercados Metro mantuvo la postura de negar el acceso a dicho grupo. A criterio de este Colegiado, la segunda ocasión de pretender el ingreso modifica o cambia la situación anterior, dado que dicha situación es equiparable a la que cualquier padre o familiar que desea ingresar al local comercial con un su menor hijo como consumidores, al margen del número de personas.
23. Ello resulta relevante más aún si se trata de un establecimiento comercial abierto al público como el caso de Hipermercados Metro, pues en estos casos el artículo 40° del Código establece un deber de informar a los consumidores sobre las restricciones de acceso de manera directa, clara y oportuna, en forma previa al acto de consumo mediante la ubicación de carteles o avisos, de manera visible y accesible en el exterior del establecimiento y/o a través de otros medios de información<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 40.- Obligación de informar sobre restricciones de acceso a establecimientos**

Los establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de acceso a sus instalaciones tienen la obligación de informar dichas restricciones a los consumidores, de manera directa, clara y oportuna, en forma previa al acto de consumo, mediante la ubicación de carteles o avisos, de manera visible y accesible en el exterior del establecimiento y, complementariamente, a través de otros medios de información. Las restricciones no pueden ser redactadas de manera genérica o ambigua.



24. Hipermercados Metro cuestionó también que la Comisión haya considerado que no se trataba de una visita guiada o una visita educativa, sino que habían ingresado en calidad de consumidores, pese a que personal del colegio declaró que se trataba una visita. Asimismo, la Comisión consideró irrelevantes las cartas remitidas a su empresa por otros centros educativos con la intención de realizar visitas educativas, lo cual evidenciaría la existencia de una política interna consistente en solicitar de manera previa para coordinar fecha y hora de la visita con el propósito de adoptar medidas de seguridad.
25. Contrariamente a lo señalado por Hipermercados Metro, este Colegiado es de la opinión que aun cuando la intención de los padres y personal del colegio que acompañaba a cada uno de los alumnos no era efectuar la compra de algún producto, el sólo hecho de pretender ingresar para querer conocer e informarse de la diversidad de ofertas en su establecimiento comercial abierto al público, determina la calificación de consumidores<sup>6</sup> a los alumnos del CEBE Jesús de Nazareno y a sus acompañantes<sup>7</sup>, tal como ya esta Sala ha resuelto en un anterior pronunciamiento<sup>8</sup> por la negativa de acceso a una feria internacional.
26. De otro lado, cabe precisar que no existe a nivel normativo una regulación de las “visitas guiadas” para las instituciones educativas que justifique la aplicación de medidas de seguridad especiales o excepcionales por parte del proveedor. Por ello, en la medida de que los padres y/o personal del colegio acompañaba a cada alumno para su cuidado, no resulta razonable que se oponga la adopción de medidas de seguridad adicionales, pues, conforme a lo señalado precedentemente, dicha circunstancia es equiparable a

---

<sup>6</sup> Cabe señalar que la lógica de las normas de protección al consumidor no coincide necesariamente con aquellas del derecho civil contractual (compraventa), sino que tiene una significación más extensiva de sus conceptos, como es la noción de consumidor, debido a su vocación de otorgar una “especial protección” a los consumidores. Por ello, el Código tutela tanto al consumidor directo como al consumidor expuesto en una relación de consumo o en un etapa previa:

**“Artículo III.- Ámbito de aplicación**

**1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.”**

<sup>7</sup> Es preciso señalar que la condición de consumidor no sólo puede establecerse respecto de la persona que compra o adquiere bienes, pues ello restringiría las posibilidades de actuación del consumidor en el mercado. En efecto, para que un consumidor, por ejemplo, compare precios, productos, promociones, modalidades de pago, etc., resulta evidente que es necesario que acceda a dicha información y para ello lo común es acudir al establecimiento comercial. En ese sentido, la noción de consumidor no puede restringirse al acto de compra, pues involucra también el puro acto de conocer e informarse mediante el ingreso al establecimiento comercial.

<sup>8</sup> Ver: Resolución 3128-2013/SPC-INDECOPI del 19 de noviembre del 2013. Procedimiento seguido pro Juana Elena Tueros Lara contra Asociación de Manualidades y Arte Decorativo.



cualquier consumidor que pretenda ingresar con su menor hijo a un establecimiento comercial.

27. Asimismo, si bien las medidas de seguridad alegadas por Hipermercados Metro apuntaba a la prevención de daños para los propios niños para el caso de productos peligrosos (utensilios de limpieza, productos de cocina), ello quedó superado por el cuidado de los propios padres y personal del colegio, por lo que este Colegiado considera que el sustento de adopción de medidas de seguridad constituye en realidad un mecanismo justificado aparente y lo que debe prevalecer en estos casos es el verdadero propósito de la conducta subyacente<sup>9</sup>.
28. Cabe señalar que el hecho que otras instituciones educativas hayan remitido cartas para la programación de visitas -según los documentos adjuntados por la denunciada-, no puede determinar legítima y válida en otras situaciones, más aún si Hipermercados Metro no ha demostrado que dicho protocolo constituya una información disponible para los usuarios de su establecimiento comercial, lo cual demuestra que en realidad dicho protocolo interno constituye en el fondo una restricción de acceso que no ha sido informada previamente a los consumidores, conforme al artículo 40° del Código.
29. Si bien Hipermercados Metro señaló que las medidas de seguridad no sólo se tomaban para las personas que realizan visitas, sino para todas aquellas que están dentro de su establecimiento comercial, por lo que debían evaluar la hora y día de la visita y que no exista un cruce con otros visitantes que afecten a sus usuarios y no sobrepase al capacidad de su local; lo cierto es que la denunciada no ha aportado medio probatorio alguno ni tampoco ha alegado como motivo que la negativa de acceso se debió a que se haya programado una visita el mismo día para otra institución educativa o que la cantidad de personas superaba el límite de su capacidad.
30. De otro lado, Hipermercados Metro cuestionó que la Comisión haya considerado que estaba obligada a brindar un servicio inclusivo y que el medio empleado no fue el más benigno al restringir el acceso a los menores, quienes estaban acompañados de personas adultas responsables de su traslado, sin considerar que se trataba del cumplimiento de sus políticas

---

<sup>9</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. 8. Principio de Primacía de la Realidad.-** En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan. La forma de los actos jurídicos utilizados en la relación de consumo no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.



internas referidas a medias de seguridad y que es de conocimiento público que las visitas educativas debe realizar con peticiones escritas a la entidad, lo cual se le informó a la Directora.

31. Al respecto, cabe señalar que una práctica establecida por otras entidades públicas o privadas para las visitas no puede ser considerada como “conocimiento público”, dado que sólo incide en el público de dichas entidades (que, dicho sea de paso, no con locales comerciales, como en el presente caso). Asimismo, conforme a lo señalado anteriormente, las políticas internas para las visitas no puede ser oponible a las personas que pretendan ingresar a un establecimiento, si ello no fue informado de manera previa, teniendo en cuenta además que lo que se ha verificado en el presente caso es la negativa de acceso incluso en el momento en que se pretendía ingresar como consumidores.
32. En su apelación, Hipermercados Metro señaló, además, que la Comisión no consideró el correo electrónico del 9 de noviembre de 2012, donde se indicó que las personas que querían ingresar eran alrededor de 100, sino que presumió que se trataba de 33 personas, para luego decir que eran 16 niños especiales a los que no les permitió el ingreso.
33. Sobre este punto, es preciso señalar que aun cuando existe discrepancia entre el número exacto de personas que pretendieron ingresar (si eran 33 o 100), lo cierto es que Hipermercados Metro aceptó que la cantidad mínima de personas que acudieron era de 33 (de acuerdo al correo en mención<sup>10</sup>), lo cual, a criterio de este Colegiado, es suficiente para considerar que existió un grupo de personas pertenecientes al CEBE Jesús de Nazareno a las que se les impidió el ingreso<sup>11</sup>. Cabe indicar que el hecho alegado por la denunciada de que habían ingresado algunos alumnos con sus padres no ha sido acreditado<sup>12</sup>, más aun si personal del colegio manifestó la existencia de una negativa absoluta de ingreso sin excepción alguna.
34. Si bien Hipermercados Metro resaltó la relevancia de la cantidad para justificar la adopción de medidas de seguridad, lo cierto es que el límite de capacidad de personas dentro de un establecimiento comercial lo establece Defensa Civil a través de la determinación del aforo en función del espacio de cada local comercial, teniendo en cuenta además que no existe evidencia

<sup>10</sup> Ver en la foja 34 del Expediente.

<sup>11</sup> Más aún si en la audiencia de informe oral el representante de Hipermercados Metro admitió expresamente ante la pregunta del vocal Alejandro Rospigliosi Vega que en realidad eran 33 las personas que pretendían ingresar y no 100 como señaló en sus descargos.

<sup>12</sup> Ello, por ejemplo, pudo haber sido acreditado mediante la presentación de los videos de las cámaras de seguridad del establecimiento comercial.



de que el día en que se impidió el ingreso la cantidad de personas que querían ingresar eran 100 o que superaba el límite máximo de aforo.

35. En resumen, se ha podido verificar que la negativa de acceso sustentado en la falta de presentación de una carta de manera previa para adoptar medidas de seguridad especiales o adicionales para los niños y los demás consumidores, no puede constituir una causa justificada del impedimento de acceso, en la medida de que cada alumno esta acompañado de su padre o de un personal del colegio responsable de su cuidado
36. Dicho lo anterior, corresponde determinar si el trato desigual injustificado brindado a los alumnos del CEBE Jesus Nazareno y a sus acompañantes, configuró una práctica discriminatoria.

#### Sobre la presunta discriminación

37. En este punto, se debe precisar que no se advierte de los medios probatorios analizados la existencia de elementos de juicio que permitan concluir, que el impedimento de acceso al establecimiento comercial se sustentó en la condición particular de los alumnos del CEBE Jesús de Nazareno de ser personas con discapacidad severa y multidiscapacidad (hecho no controvertido). En efecto, no hay evidencia de que las razones esgrimidas por Hipermercados Metro en su defensa para adoptar medidas de seguridad especiales o adicionales obedecían a la condición especial de los alumnos, sino más bien se trató de un diferenciación realizado por el hecho de ser alumnos menores que pretendían efectuar una visita educativa.
38. A mayor abundamiento, Hipermercados Metro ha demostrado<sup>13</sup> que tiene como política la contratación de personas con discapacidad, incluso antes de la promulgación de la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, que obliga a las empresas a contratar en una proporción no inferior al 3% de su personal, lo cual si bien no puede determinar por sí mismo que no pueda incurrir en ningún caso en un acto de discriminación, permite deducir, por lo menos, que no constituye una práctica generalizada.
39. En ese sentido, la conducta infractora encaja en el tipo infractor como trato diferenciado ilícito y no en una discriminación (tampoco constituye infracción al deber de idoneidad tal como ha alego la denunciada). Teniendo en cuenta entonces de que la imputación efectuada por la Comisión al iniciar el procedimiento de oficio comprendió tanto el tipo infractor de discriminación como el trato diferenciado ilícito, este Colegiado considera que la precisión de la tipificación del conducta infractora no afecta el derecho de defensa de

<sup>13</sup> Ver en la foja 120 del Expediente.



la denunciada, por lo que únicamente corresponde variar los fundamentos de la resolución impugnada, de acuerdo a los fundamentos expuestos precedentemente.

40. Finalmente, cabe resaltar que el hecho de que los padres hayan acudido a la prensa para dar a conocer su versión de los hechos ocurrido, no enerva la verificación de los hechos ocurridos en el presente procedimiento, pues lo que ha generado convicción en el caso no es la nota periodística, sino el material probatorio obtenido por la Comisión a través de la investigación preliminar que sustentó el presente caso.
41. Por lo expuesto, corresponde confirmar, modificando fundamentos, la resolución venida en grado que halló responsable a Hipermercados Metro por infracción del artículo 38° del Código, al haberse verificado que impidió de manera injustificada el acceso de 16 alumnos a su establecimiento comercial, incurriendo en un trato diferenciado ilícito.

#### Sobre la graduación de la sanción

42. El artículo 112° del Código establece que para determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de su detección, el daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores y otros criterios que dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión<sup>14</sup>.
43. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.

---

<sup>14</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

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



44. En el presente caso quedó acreditado que Hipermercados Metro incurrió en un trato diferenciado ilícito con relación con relación a la negativa de acceso a los alumnos con discapacidad y a sus acompañantes del CEBE Jesús Nazareno. Sin embargo, no se ha advertido que la razón del trato desigual se debió a las condiciones particulares de los alumnos en su condición de personas con discapacidad. Dicha práctica, sin embargo, no enerva la gravedad de la infracción.
45. En efecto, debe tenerse en cuenta que el presente caso no se ha acreditado una desvaloración hacía un grupo determinado de personas en virtud de sus condiciones (niños con discapacidad), sino corresponde únicamente a un trato desigual como consumidores que derivó en una negativa absoluta de acceso al establecimiento comercial, razón por la cual no existe una afectación intensa a la dignidad de la personas en su condición de consumidor por el referido trato desigual, como hubiese ocurrido si se tratase de discriminación. Ello, sin embargo, no enerva que dicha infracción pueda calificarse como grave.
46. A mayor abundamiento, cabe considerar el hecho de que Hipermercados Metro acreditó que dentro su política contribuye y ayuda a contratar a las personas con discapacidad incluso antes de la vigencia de la Ley General de las Personas con Discapacidad que obliga hoy a contratar a este sector de la población en una proporción no menor del 3° a su personal.
47. No obstante, al haberse verificado que la infracción constatada no se trata propiamente de una discriminación, pero teniendo en cuenta que eran 16 el número de alumnos y sus acompañantes afectados por el trato diferenciado injustificado, este Colegiado considera que corresponde revocar la multa impuesta de 150 UIT y, reformándola, sancionar a Hipermercados Metro con una multa de 40 UIT.

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar, modificando fundamentos, la Resolución 502-2013/INDECOPI-PIU del 23 de setiembre de 2013, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, que halló responsable a Cencosud Retail Perú S.A. por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse verificado que impidió de manera injustificada el acceso de 16 alumnos y sus acompañantes a su establecimiento comercial, incurriendo en un trato diferenciado ilícito.



**SEGUNDO:** Revocar la Resolución 502-2013/INDECOPI-PIU en el extremo que sancionó a Cencosud Retail Perú S.A. con una multa de 150 UIT y, reformándola, se le impone una multa de 40 UIT.

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

**ALEJANDRO JOSÉ ROSPIGLIOSI VEGA**  
Vicepresidente

**El voto singular del señor vocal Julio Baltazar Durand Carrión, es el siguiente:**

El vocal que suscribe el presente voto coincide con la mayoría en que se debe declarar fundada la denuncia contra el Colegio por infringir el artículo 38° del Código; no obstante, considera que dicha conducta debe ser calificada como un acto de discriminación, en atención a los siguientes fundamentos:

1. El Derecho del Consumidor no es un simple reestudio o relectura de normas pertenecientes a otra rama del Derecho y de sus respectivos instrumentos. Es si, en cambio, una relectura de los problemas de consumo, que en el mundo de hoy, se han masificado y exigen soluciones muchas veces incompatibles con el Derecho tradicional, estructurado fundamentalmente sobre normas del Derecho Civil -en particular de la contratación- cuyas disposiciones no son adecuadas para regular las relaciones derivadas del fenómeno del consumo, que presiona al mercado, como al Derecho en tanto disciplina reguladora, para hacer frente a los complicados y complejos efectos jurídicos de la realidad del consumo.
2. La realidad que en materia de consumo impone el mercado actual, desborda la dimensión jurídica sobre la cual se han elaborado ciertas normas y, en ese sentido, el firmante considera que el razonamiento de un órgano resolutorio como la Sala Especializada en Protección al Consumidor no puede ser reducido sólo a ideales jurídicos, sino que deben encontrarse respuestas válidas a nuevos fenómenos de mercado, lo que implica calificar una serie de conductas que se presentan a diario en las transacciones comerciales en un mundo globalizado como el de hoy.



3. En este punto, el vocal que suscribe el presente voto considera pertinente traer a colación el concepto de igualdad sustancial y eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Al respecto, el artículo 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<sup>15</sup> 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”<sup>16</sup>.*
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”<sup>17</sup>.*

<sup>15</sup> El artículo 1º 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 (...).”*

<sup>16</sup> 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>

<sup>17</sup> 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](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf)



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”<sup>18</sup>.*

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<sup>19</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.
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.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1848-2004-AA/TC publicada el 15/03/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

<sup>19</sup> **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. (...)



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<sup>20</sup>.

11. La restricción establecida por la Constitución y el Código no contraviene el derecho a la libertad de contratación también consagrado en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.
12. Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado lo siguiente:

*“(...) 9. Que al respecto cabe precisar que el artículo 2º, numeral 2), de la Constitución establece que el derecho –principio de igualdad- será vulnerado cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable, configurándose así un acto de discriminación. (...)”<sup>21</sup>.*
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

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Ver Sentencia recaída en el Expedientes 4029-2011-PA/TC.



de característica racial distinta. En estos casos, tanto la Comisión como el Tribunal del Indecopi, han declarado que esas conductas constituyen comportamientos discriminatorios inaceptables para el sistema jurídico y, consiguientemente, infracciones a las normas de protección al consumidor.

16. El impedimento de ingreso o la negativa de venta no es la única forma en la que se puede producir un trato discriminatorio hacia los consumidores. El trato diferenciado también puede verificarse durante la prestación de servicios vinculados a la venta de productos en establecimientos abiertos al público, en cuyo caso, para los efectos del análisis de la justificación de la conducta diferenciada tendrá que tenerse en consideración la seguridad y tranquilidad de los demás consumidores.
17. Definido el marco conceptual, queda claro también que el tema clave en esta materia estará dado por la posibilidad de acreditar los hechos materia de la denuncia. Esta situación es otra condición que deriva de la misma naturaleza de los hechos denunciados y que, ciertamente puede dificultar la actuación probatoria de los consumidores afectados. Precisamente, para superar estas dificultades la Sala ha ordenado a la primera instancia el desarrollo permanente de acciones de oficio, como operativos previamente diseñados que permitan obtener válidamente pruebas respecto de actos de discriminación.
18. En el presente caso, si bien comparto el voto en mayoría en el sentido de que en el presente caso se ha verificado que el trato diferenciado no tenía como sustento un motivo objetivo y justificado; considero que, conforme al marco teórico desarrollado en este voto, dicha arbitrariedad constituye una “discriminación” y merece ser tipificado y sancionado como tal.
19. Sin embargo, considero que, conforme a los fundamentos expuestos en los puntos 45 y 46 del voto en mayoría, en el presente caso no se evidencia una afectación o una desvaloración intensa en la dignidad de los consumidores afectados por la condición de ser personas con discapacidad, sin que ello implique que la infracción constatada no sea calificada como grave, por lo que, a mi juicio, debe revocarse la sanción impuesta de 150 UIT y, reformándola, sancionar a Hipermercados Metro con una multa de 40 UIT.

**JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN**