

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**“EVALUACIÓN DE LA FUNCIONALIDAD Y EFECTIVIDAD DE LOS
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CONDUCTOS POR EL
INDECOPI PARA SANCIONAR CONDUCTAS DE TRATO
DISCRIMINATORIO DE ÍNDOLE RACIAL EN ESTABLECIMIENTOS
ABIERTOS AL PÚBLICO DEDICADOS A ACTIVIDADES DE
ESPARCIMIENTO”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad
Intelectual y de la Competencia**

AUTOR

AMAYA AYALA, Leoni Raúl

ASESOR

ESPINOZA ESPINOZA, Juan Alejandro

JURADO

SOLÓRZANO SOLÓRZANO, Raúl Roy

REJANOVINSCHI TALLEDO, Moisés Arturo

LIMA – PERÚ

2016

INDICE

	Página
Resumen	6
Presentación	7
Introducción	10
Capítulo I: El consumo como acto humano y social	17
1. Elementos iniciales en el comportamiento del consumidor	17
2. Temáticas teóricas y praxis de las ciencias en el estudio del consumo	25
2.1 Deslindes disciplinarios y breve marco epistemológico	25
2.2 Visión del hecho social en las Ciencias Sociales	28
- El hecho social y sus categorías	28
- Tipificaciones del comportamiento del consumo y sus vinculaciones en el contexto de la jurisprudencia	31
3. Los factores psicológicos en el consumo	35
3.1 La Psicología estudiando las interacciones y transacciones	35
- Significancia de los Prejuicios en el acto del consumo	35
- El Aprendizaje y la Motivación para el acto del consumo	36
a) El concepto de Aprendizaje	37
b) Ubicación de las motivaciones en el consumo	37
3.2 Concreciones del consumo con sus implicancias psicológicas	38
4. La influencia de la publicidad	41
5. El elemento económico como parte del acto de consumo	46
6. El nuevo criterio del INDECOPI	52

Capítulo II:	La Discriminación	55
1.	El derecho a la igualdad	55
1.1	Igualdad como principio y como derecho	56
1.2	Igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado	57
1.3	Igualdad sustancial y formal	58
1.4	Igualdad de oportunidad y de resultados	58
1.5	La esencia de la desigualdad	59
2.	La diferenciación	60
3.	La discriminación y sus formas	63
4.	El trato diferenciado ilícito	67
5.	Negativa injustificada a contratar y oferta al público	75
Capítulo III:	La labor del INDECOPI en casos de discriminación	84
1.	Facultades del INDECOPI en la materia	84
2.	Casos investigados antes de la Ley N° 27049	92
2.1	Denuncias contra Bauhaus, Sol y Luna y Delirium Café & Bar	93
2.2	Denuncias contra The Edge y The Piano	95
3.	Casuística posterior a la Ley N° 27049	99
3.1	Casos de discriminación por nacionalidad	100
3.2	Nuevas denuncias contra discotecas limeñas	102
	- Discoteca Aura	102
	- Café del Mar	103
	- Las Huaringas Bar	104
	- Asia Rock	106
3.3	Denuncias contra casinos	108
3.4	Denuncias contra restaurantes	112
3.5	Casos de trato diferenciado (y no discriminación) en discotecas	114
4.	La protección prevista en el Código de Protección y Defensa del Consumidor	117

5.	Trámite del Procedimiento Administrativo	121
5.1	Plazo para interponer la denuncia	122
5.2	Inicio del procedimiento	122
5.3	Audiencia de Conciliación	128
5.4	Medidas cautelares	129
5.5	Actuación de medios probatorios	130
5.6	Fin de la primera instancia	132
5.7	Trámite de la apelación	133
5.8	Trámite en segunda instancia	134
5.9	Denuncia maliciosa	137
5.10	Medidas correctivas, sanciones, costas y costos	137
6.	Relevancia actual de la problemática de los casos de discriminación racial en el consumo	139
Capítulo IV: Elementos esenciales para eliminar prácticas discriminatorias		148
1.	El deber de información	148
2.	Las acciones afirmativas	151
3.	Acciones colectivas y de oficio	154
4.	Cargas Probatorias	159
5.	Medidas Correctivas	164
6.	Sanciones administrativas	167
7.	Tramitación mediante el procedimiento sumarísimo	169
8.	Responsabilidad civil y penal	175
9.	Modelos a nivel comparado	177
9.1	México	177
9.2	Chile	180
9.3	Argentina	184
9.4	Colombia	189
9.5	España	194
10.	Contribuciones de otras instituciones peruanas	197
10.1	La Defensoría del Pueblo	197
10.2	El Tribunal Constitucional	200

10.3	Gobiernos Locales y Regionales	208
11.	Necesidad de modificación legislativa	212
	Conclusiones y Propuestas	219
	Bibliografía	230
	Anexo	241



RESUMEN

El presente trabajo constituye una contribución al análisis del fenómeno de la discriminación en nuestra sociedad, pero manifestado a través de la negativa al acceso de bienes y servicios a los consumidores que cuenten con ciertas características físicas vinculadas a sus rasgos raciales.

En particular nos hemos centrado en el análisis de la discriminación racial en establecimientos de esparcimiento abiertos al público al ser éstos específicos lugares (como las discotecas) en los que se ha manifestado, y aún se manifiesta, el rechazo a ciertos grupos de personas debido a sus rasgos físicos, impidiéndose con ello su ingreso en base a falsas justificaciones (realización de fiestas privadas o exclusivas para socios, la limitada capacidad del local o la reserva del derecho de admisión, entre otros).

Ante ello, con el presente trabajo se busca evaluar la funcionalidad y efectividad de los procedimientos administrativos instaurados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de oficio o a pedido de parte, como medio para solucionar este tipo de prácticas. Para tales fines, se ha evaluado la jurisprudencia de dicho órgano administrativo, comparándola con los conceptos desarrollados por el legislador y por la doctrina, sin dejar de repasar otros modelos o sistemas normativos.

En base a lo anterior, se entrega una propuesta o avance con el objetivo final mejorar las relaciones entre las personas, en particular entre consumidores y proveedores, a fin que sea utilizado como elemento de estudio para el perfeccionamiento de las vigentes soluciones legislativas a nivel procedimental y, sobre todo, como medio para reprimir conductas reprochables por el ordenamiento jurídico.

PRESENTACIÓN

Se podrá cuestionar que el presente trabajo parte de un sesgo, esto es el reconocimiento de la existencia de distintas razas entre los seres humanos (blanca, negra, andina, oriental, árabe, etc.), cuando más bien es única la raza o especie humana.

A nuestro parecer es cierto que no debería hablarse de razas o rasgos raciales entre los seres humanos, pues ello importa establecer diferencias físicas y biológicas entre las personas, lo que conlleva a que también se acepten diferencias en el intelecto, capacidades o habilidades entre ellas.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer (y cuestionar) la existencia de personas o grupos de personas que realizan prácticas discriminatorias de índole racial (racismo) contra otras y que, en base a ello, niegan el acceso igualitario a los productos o servicios que son adquiridos o utilizados por ellos mismos.

Por esta evidencia consideramos importante que se asuma la existencia del racismo o la discriminación racial, no pudiendo así pasar desapercibida su ejecución en distintos actos de nuestra cotidianeidad. En efecto, puesto que el ser humano vive y subsiste consumiendo productos y servicios, es fácil percibir que este tipo de acto prohibido por el ordenamiento jurídico se refleja en los intercambios económicos y relaciones comerciales que se instauran en el mercado, que es un elemento primordial de la cadena productiva. Así, los sujetos que practican o consienten actos discriminatorios (otros consumidores o proveedores) aceptan que las personas desvaloradas por sus rasgos físicos se mantengan relegadas o bien no accedan a los mismos productos y servicios que ellos usan y adquieren pues dicha situación implicaría que los sujetos discriminados sean considerados iguales a sí mismos a pesar que, a su juicio, no merecen tener dichos beneficios.

Lo anterior evidencia una afectación clara a distintos derechos y bienes jurídicos de diversa naturaleza (constitucional, penal, civil, administrativa, etc.). En particular, cuando se aborda este problema desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, los derechos afectados son los de igualdad, libre elección y, cuando es más grave, a la dignidad.

Sobre esto último se precisa que en el mercado pueden existir conductas que afectan el derecho a la igualdad de distintas maneras. Así pues, un proveedor o empresario puede actuar de manera arbitraria o tener una simple enemistad con el cliente y por ello rechace vender el producto o prestar el servicio a dicha persona debido, precisamente, a dicha conflictiva relación. En este caso, y si es que el consumidor se encuentra en las mismas condiciones que otras personas para acceder al producto o servicio, entonces el trato desigual constituye un simple trato diferenciado ilícito. Aquí pues se observa la trasgresión al derecho al trato justo y equitativo, a la igualdad entre consumidores y a la libre elección que tienen los consumidores para escoger la oferta de bienes en el mercado.

Sin embargo pueden existir conductas más graves, y ello se da en la discriminación en el consumo propiamente dicha que se manifiesta cuando el rechazo se sustenta en motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico (como es la raza, el sexo, la condición económica, origen, religión, orientación sexual, discapacidad, etc.) que la sociedad reconoce como cultural o históricamente reprochables por importar un prejujuamiento o asunción de características inferiores a ciertos grupos humanos.

En este último escenario, junto a la afectación de los derechos del consumidor al trato equitativo y justo, así como la libre elección se agrega la afectación a su dignidad como personas, la cual exige un mínimo de respeto por su condición humana individualizada y social, esto es como integrante de la sociedad en la que se inserta.

Por ello, las conductas de trato diferenciado ilícito y discriminación deben ser debidamente sancionadas, y con ello generar incentivos idóneos (bajo un sistema de estímulos/refuerzos en sus dimensiones de recompensas y castigos) para que dichas prácticas no se vuelvan a repetir en el futuro, tomando en cuenta además el interés que tienen los consumidores de poder acceder a los símbolos que marcan su integración en sus grupos de referencia o pertenencia.

En este punto, no se debe subestimar la necesidad de los consumidores a ostentar los referidos símbolos que los posicionan frente a los demás. Así pues, para una persona es muy importante usar una marca determinada y no otra, como asistir a un establecimiento de esparcimiento en vez de otro. Portar determinada marca (de ropa, de carro, de tecnología, etc.) es igual de relevante para el consumidor como ser reconocido como asiduo asistente a determinado restaurante, discoteca, bar, casino, etc., todo lo cual redundaría en sus aspiraciones presentes y futuras como ser humano que se desenvuelve en la sociedad para forjar su desarrollo y proyecto de vida.

Esperamos que el presente trabajo sea lo suficientemente completo para comprender los intereses y expectativas del consumidor en contraposición a conductas prohibidas de ciertos proveedores que limitan arbitrariamente la adquisición o uso de productos y servicios a pesar de que, en un contexto de competencia imperfecta, deberían ser libremente accesibles.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de consumidores en el Perú entendemos, en principio, a las personas naturales y jurídicas que, para un fin personal, familiar o social, llevan a cabo una relación de consumo con un proveedor sobre un producto o servicio bajo una transacción económica. Nuestra legislación y los pronunciamientos jurisprudenciales administrativos por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) han modificado o ampliado este esquema, reconociéndose además que la protección alcanza –algunas veces– a los microempresarios.

Por otro lado, el marco de protección no sólo se da cuando hablamos de relaciones de consumo como la reseñada anteriormente, sino también cuando no existe relación jurídica patrimonial entre consumidor y proveedor derivada del ejercicio de la autonomía privada. Así pues, cuando un consumidor se pasea dentro de un centro comercial y se accidenta, ello genera responsabilidad administrativa sobre el titular del centro comercial, aún cuando aquella persona no haya adquirido ningún producto de algún stand. También se protege al consumidor cuando es reportado indebidamente ante las centrales de riesgo a pesar que no tiene ningún crédito contratado con la empresa que ha emitido el reporte. Asimismo, se sanciona a los proveedores que utilizan métodos comerciales engañosos para obtener el consentimiento del consumidor.

Una figura especial en la que no se llega a configurar la relación de consumo pero se afectan los derechos o intereses de los consumidores es la práctica de la discriminación cuando se impide el acceso a un establecimiento abierto al público; es decir, cuando un proveedor -directamente o a través de sus dependientes- no permite el ingreso de un potencial cliente a las instalaciones de un restaurante, discoteca, centro de esparcimiento o recreación, tienda de ropa, etc., en base a motivos reprochables por el

ordenamiento jurídico, esto es por motivos como raza, sexo, color de piel, nivel socioeconómico, religión, orientación sexual, entre otros.

Es por ello que con la presente Tesis se tiene como objetivo general establecer lineamientos para que la intervención del INDECOPI en materia de proscripción de prácticas discriminatorias en el consumo, en particular el impedimento de acceso a establecimientos por motivos raciales, sea más efectiva.

Los objetivos específicos consistirán en: a) constatar prácticas discriminatorias de índole racial practicadas por proveedores titulares de establecimientos abiertos al público; b) evaluar si la prohibición de discriminar debe estar incluida en las normas de protección al consumidor; c) evaluar si sería más útil y eficaz sancionar a los proveedores por ejecutar trato diferenciado ilícito sin necesidad de evaluar la existencia de discriminación; d) precisar cómo las instancias resolutorias administrativas deben tramitar y resolver los procedimientos iniciados de oficio o de parte referidos a prácticas discriminatorias o de trato diferenciado ilícito; y, e) analizar cuáles son las sanciones y medidas correctivas más adecuadas ante prácticas discriminatorias o de trato diferenciado ilícito.

Así, en este trabajo se analizará, de una manera pormenorizada, los aspectos más relevantes de la discriminación en el consumo y la forma como ha tenido un desarrollo legislativo y jurisprudencial en el ámbito nacional y comparado. También se analizará los fundamentos de la proscripción legal de esta figura y se evaluará si conviene mantenerla dentro de la normativa del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor o bien reformular su alcance.

El análisis nos parece necesario pues hemos advertido que la figura de la discriminación en el consumo ha tenido muchas variantes al momento de ser aplicada. Es decir, han habido diversos criterios para considerar o no un acto como discriminatorio. Si bien nos oponemos a toda conducta que implique

establecer una diferenciación por aspectos subjetivos, advertimos que la figura de la discriminación propiamente dicha deba ser evaluada y sancionada más allá de los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor.¹

Como es bien sabido, a raíz que se constató en diversas discotecas limeñas la realización de prácticas discriminatorias mediante la negativa al acceso de personas que tenían rasgos físicos de origen andino, mestizo o, en todo caso, que no eran de tez blanca, surgió la necesidad de tipificar una específica infracción en las normas de protección al consumidor. Fue así como en la hoy derogada Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) se incorporó el conocido artículo 7^o-B, precisándose además los alcances del artículo 5^o literal d). Desde entonces ya no se investigaba y sancionaba a los proveedores de establecimientos abiertos al público por infracción al deber de idoneidad sino por un nuevo tipo infractor: la discriminación en el consumo. Esta norma, cabe señalarlo, ha sido replicada en el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor según la regulación contenida en los artículos 1.1^o literal d) y 38^o.

Desde la aparición del referido artículo 7^o-B, el INDECOPI, a través de su instancias resolutorias, ha analizado diversas denuncias de discriminación, esto es, más casos de impedimento en la entrada a establecimientos de diversión nocturnos o restaurantes; el rechazo al otorgamiento de una línea de crédito por domiciliar en un determinado distrito; la expulsión de una pareja de homosexuales de un supermercado por realizar efusivas muestras de afecto; el impedimento en el embarque a un avión o el desembarque de un pasajero prefiriendo a personas de nacionalidad extranjera; la negativa a brindar servicio

¹ Así, la Defensoría del Pueblo ha señalado que: “Las prácticas discriminatorias en la vida cotidiana perjudican sustancialmente la conformación de una sociedad democrática e inclusiva en nuestro país. La discriminación sitúa a las personas en categorías de valoración distinta, generando exclusión, inequidad y la negación de diversos derechos fundamentales”. Véase DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe de Adjuntía N° 005-2009-DP/ADHPD. Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo”, Lima, abril 2009, pág. 7. Disponible en internet en la página web: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/Informe-005-2009-DP-ADHPD-vf.pdf>

de sastrería a un cliente que habría maltratado a los empleados del local; la preferencia en la atención a determinados clientes en las ventanillas de los bancos; la revisión arbitraria de pertenencias en tiendas por departamentos por considerar que se habría efectuado un acto delictuoso; la negativa a entregar complementos adicionales en los restaurantes por el hecho de consumir menús y no platos a la carta; no brindar servicios complementarios o comidas y bebidas de cortesía en las salas de juego (máquinas tragamonedas) por no comprar más fichas; la asignación de mesas especiales y alejadas para niñeras y personal de seguridad en restaurantes de ciertos clubes; la negativa a entregar una tarjeta de crédito a personas discapacitadas que no puedan consignar su firma de la misma manera que la contenida en su DNI; la negativa al acceso a establecimientos bancarios a personas que purgan pena privativa de libertad a pesar de contar con permiso de salida; el cierre o la negativa a abrir cuentas de ahorros sin justificación alguna, entre otros muchos casos.

Como se aprecia, la jurisprudencia administrativa es profusa en la materia y poco a poco se ha ido consolidando al reconocer que la discriminación constituye un acto de segregación por motivos injustificados (de índole racial, socioeconómica, religiosa, por género, etc.) y que afecta la dignidad de las personas. Esto es, la discriminación implica una situación más grave que el trato diferenciado ilícito, el cual constituye la simple negativa a otorgar un producto o brindar un servicio sin razones objetivas y justificadas, pero sin afectar la dignidad y el libre desarrollo de las personas. Ambos supuestos están prohibidos conforme a nuestra normativa, pero sobre todo es reconocido que se torna muy difícil acreditar que un acto constituya propiamente discriminación. Por ello, el consumidor afectado deberá acreditar la diferencia en el trato o en todo caso aportar indicios de dicha conducta. Como correlato, la carga probatoria se invierte en contra del proveedor quien deberá acreditar que no discrimina y, sobre todo, que existió un motivo objetivo y justificado para haber ejecutado, si es el caso, un trato desigual, como por ejemplo salvaguardar la seguridad del establecimiento o de los demás clientes.

Sin embargo, en nuestra opinión existen algunos aspectos que podrían ser revisados –incluso a nivel de técnica legislativa– a fin de hacer más efectiva la investigación y sanción de actos de trato diferente e injustificado en las relaciones de consumo. Así, en primer lugar, cabe volver a preguntarse si las investigaciones de oficio deberían partir de la presuposición que ciertos proveedores practican actos de discriminación por una cualidad específica de las personas. En segundo lugar, cuando se establece que un proveedor es responsable por infringir la normativa, surge el problema de determinar la sanción a imponerse. Así pues, ¿cómo cuantificar la multa en base a los criterios de beneficio ilícito, daño resultante y naturaleza del perjuicio? o ¿se debería tener en cuenta la expectativa del proveedor a no perder clientes que comulguen con sus prácticas discriminatorias?

Por otro lado, como se ha visto en párrafos anteriores, la discriminación no solamente se manifiesta en impedir el ingreso a un establecimiento, sino también de diversas formas, con lo cual estas prácticas prohibidas pueden camuflarse en distintos medios para frustrar o lesionar las expectativas de los consumidores. Por todo ello, ¿no sería mejor simplificar los procedimientos para los tipos infractores referidas al trato desigual? A nuestro criterio, esto permitiría sancionar de manera más acertada este tipo de conductas, pudiéndose entrar a analizar si con el trato desigual se afecta la dignidad de las personas solamente en aquellos casos graves y que revistan la forma de discriminación pura, lo cual servirá para que en los fueros de la jurisdicción ordinaria se impongan otro tipo de sanciones al proveedor infractor (penas privativas de libertad o indemnizaciones a favor de los afectados para resarcir eventuales daños morales).

Nuestra Tesis parte de la hipótesis por la que, según nuestro criterio, la discriminación en el consumo (ya sea por razones de raza, condición socio-económica, etc.) no se orienta por un problema de asimetría informativa, pues ello nos llevaría a concluir que aquellos consumidores que usualmente sufren actos discriminatorios podrían evitar dicha distorsión informándose

adecuadamente sobre aquellos proveedores o establecimientos en los que se realizan dichas prácticas.

Si bien la corrección de la asimetría informativa se manifiesta en la protección de la eficiencia en las transacciones en el mercado permitiendo el libre acceso a los productos y servicios ofertados, el problema de la discriminación en el consumo debe ser combatido a través de acciones afirmativas basadas en el establecimiento de reglas claras que permitan al órgano resolutorio investigar y, eventualmente, sancionar este tipo de prácticas cuando se constate el trato diferenciado sin ningún respaldo objetivo.

De esta manera, el órgano administrativo resolverá las controversias sin asumir indebidos prejuicios subjetivos que no se hallan necesariamente en el actuar de todas las personas que desarrollan actividades empresariales. Si bien los actos de discriminación son de muy difícil comprobación, en especial cuando dichas prácticas se dan en un contexto verbal y discreto pero con igual carácter hiriente para las personas que lo sufren, sólo bastaría sancionar con firmeza a los proveedores cuando se constate el simple trato diferenciado o la negativa a contratar, sin un respaldo objetivo razonable.

Para resolver esta hipótesis hemos planteado la presente Tesis con Cuatro Capítulos. En el Primero se analizan los aspectos psicológicos, sociales y económicos del acto de consumo, concluyéndose que todo acto de consumo es un acto humano y social. En el Segundo Capítulo se desarrollan los conceptos ligados al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, distinguiendo esta última del trato diferenciado ilícito, observando así que la discriminación constituye un hecho grave que afecta la dignidad humana. En el Tercer Capítulo se detalla la labor jurisprudencial realizada por el INDECOPI sobre casos de discriminación de carácter racial (y otros motivos similares o vinculados) no sólo en discotecas sino en establecimientos abiertos al público, tanto con la normativa anterior como en aplicación del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor. En el Cuarto Capítulo se desarrollan los elementos que se vienen utilizando y deben seguir utilizándose para atacar las

prácticas discriminatorias de índole racial, pudiéndose así observar la actuación de otras instituciones nacionales y foráneas. Finalmente, presentamos nuestras conclusiones y propuestas, incluyendo además un proyecto de modificación de normas del Código a fin de hacer más efectiva y célere la actuación del INDECOPI en los casos de discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito.



CAPÍTULO I

EL CONSUMO COMO ACTO HUMANO Y SOCIAL

1. Elementos iniciales en el comportamiento del consumidor

Pretendemos hacer un enfoque de la Discriminación en el Consumo a partir del reconocimiento del consumidor como un sujeto vulnerable, un sujeto que es sometido a diversas influencias, un sujeto que compra y adquiere productos o servicios sin hacer un análisis pormenorizado de sus consecuencias positivas o negativas en un futuro mediato. No se trata de un consumidor negligente, sino más bien de un consumidor común y corriente, que en algunos casos va a estar prevenido o ser especializado en los campos donde tiene más experiencia o estudios, pero que, normalmente, en la mayoría de casos se ve afectado y defraudado por eventos que van contra sus expectativas legítimas.

Este enfoque se aparta de aquellos que propugnan que el derecho a la información resuelve todos los problemas del consumidor; es decir, de aquellos enfoques que promueven solamente la protección de los consumidores razonables es decir de las personas que maximizan beneficios y minimizan costos con la adopción de decisiones debidamente informadas y, por ende, responsables.

Nuestro legislador ha dado una gran importancia al Derecho a la Información, y ello se puede constatar del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC o el Código), sus normas conexas e incluso que antes estuvieron vigentes, lo cual evidencia su acercamiento a criterios económicos.

Como se sabe, hay quienes –sin ser esta nuestra posición- insisten en que la libre competencia, la transparencia en la información, la eliminación de la posición dominante, y la eliminación de la publicidad engañosa, son los

principios básicos para un buen funcionamiento del mercado. Su existencia y efectividad, además, refuerzan el mercado mismo y aumenta la confianza del consumidor.²

La importancia de garantizar el derecho de información es constante en diversas legislaciones y no deja de ser reconocida por la normativa comparada. Así por ejemplo, en la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo N° 1926/2006/CE, donde se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores para el período 2007 a 2013, destaca la necesidad que los Estados miembros de la Unión Europea informen a los consumidores sus derechos y vías de recurso, requiriéndose esfuerzos continuos.

Así, como Thomas Wilhelmsson ha señalado “la información (transparencia) es un mecanismo central de esta política. Muestra de esto es que la figura de consumidor predominante para la Unión Europea es la de un *well informed and well to be informed consumer*, quien puede y debe decidir sobre sus propios actos bajo su propio riesgo. Este énfasis en la actividad del consumidor y la crítica aproximación a él es evidente en varias decisiones de la Corte Europea de Justicia que hace referencia a requisitos de información en diversos contextos. La figura del consumidor de la Corte no parece ser el consumidor apresurado y relativamente acrítico que sólo da una ojeada a los avisos y otros documentos escritos, sino más bien un consumidor crítico y atento que hace uso de toda la información que se le ofrece. En particular, el énfasis sobre el etiquetado y la información en muchos de los casos, dictando

² Natalino Irti incide en el estribillo de los partidarios de la soberanía de la libertad: “La comparación, frecuentemente repetitiva y fastidiosa, entre democracia económica y democracia política encuentra aquí justa colocación. En ambos casos se trata de proteger el principio de libertad (libertad de los hombres como miembros de la civitas o como miembros del mercado), y de hacer crítica y consciente la decisión de la elección. La adquisición de una mercadería y el voto político expresan una preferencia; y el uno y el otro exigen pluralidad de ofertas y lealtad de información. Hablamos de dos formas o especie de democracia, que, bien visto, confluyen en una sustancial unidad, ya que el individuo no se divide en citoyen y bourgeois, en hombre de la política y hombre de los negocios, sino que sabe, por innumerables lecciones de la historia, que las libertades se tienen cercanas, y juntas triunfan o juntas declinan”. Natalino IRTI, *Persona e mercato*, en Rivista di diritto civile, Padova, CEDAM, Anno XLI, N° 03, maggio-giugno, 1995, parte prima, pág. 294 y 295.

regulaciones sustantivas, presupone un consumidor que realmente hace un esfuerzo en leer la información en las etiquetas y hace uso de la información ofrecida en otros medios. El énfasis en la transparencia en la directiva sobre las cláusulas abusivas (93/13/CEE) –“los términos contractuales deben ser escritos en un claro, inteligible lenguaje”- muestra también una preferencia por el *information-seeking consumer*. El requisito que concierne al lenguaje claro puede ser relevante sólo para consumidores que realmente hacen un esfuerzo para leer sus condiciones standard. La decisión del Tribunal en el caso *Nissan* donde un aviso podía ser considerado engañoso sólo si se demostraba que un significativo número de consumidores a los cuales el aviso estaba dirigido fueron engañados por éste, también muestra que la protección al consumidor en la Unión Europea no está necesariamente entendida para cubrir los más vulnerables grupos de consumidores.”³

Si bien en los actuales tiempos ya se han superado las tesis individualistas que valoran la supremacía o poder absoluto de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones de los sujetos particulares, acentuándose más bien la vigencia de un Estado social (no intervencionista) que regula y fija los límites de los poderes de los particulares, existen aún enfoques con los cuales se busca adecuar los medios para lograr una perfección en el comportamiento del individuo a fin que realice una adecuada elección de los productos y servicios que necesita poner a su disposición. Así, para lograr estos fines *proliberistas*, sus promotores relevan que a través de una adecuada distribución de la información en el mercado se pueden formar eficientes elecciones: un sujeto informado puede hacer una libre elección, y esta elección informada merece ser respetada y protegida.

Por ello se puede entender cómo nuestro CPDC, vigente desde el año 2010, exige a los proveedores de bienes y servicios el cumplimiento del deber

³ Thomas WILHELMSSON, *Is There a European Consumer Law - and Should There Be One?*, en *Saggi, Conferenze e Seminari*, diretto da M.J. Bonell, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2000, pág. 17. Publicado en el siguiente enlace web: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/41wilhelmsson.pdf>.

de informar. Para estos fines, el legislador ha expresado de muchas maneras su preocupación de que los consumidores accedan a la información necesaria para elegir y usar los productos y servicios.

Así pues, en primer lugar, en el Título Preliminar del Código se explica que éste tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa (artículos II y IV.7). El CPDC va más allá y establece también, entre otros, los principios de soberanía del consumidor⁴, de transparencia⁵, de corrección de la asimetría⁶, y de buena fe⁷ (artículo V, numerales 1, 3, 4 y 5), todos éstos estrechamente vinculados con el derecho a la información.

Asimismo, de conformidad con el Código, como política pública, el Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público y privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela por que la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus expectativas (artículo VI.6). Por ello, el INDECOPI, como Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

⁴ Definido por el Código del siguiente modo: “Principio de Soberanía del Consumidor.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos”.

⁵ Según el Código: “En la actuación en el mercado, los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente Código”.

⁶ Principio por el cual “las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado”.

⁷ Definido por el Código así: “En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

tiene la función de implementar el sistema de información y orientación a los consumidores con alcance nacional (artículos 136º literal e y 142º).

El derecho de la información, para el nuevo cuerpo normativo, no sólo es principio y política pública, sino como lo vemos en el artículo 1º literal b⁸ uno de los principales derechos de los consumidores, o quizás el más importante, dedicándose un capítulo completo a su tratamiento y un articulado disperso por todo el Código donde se aclara la necesidad que el consumidor adquiera información mínima y relevante.

La información, a criterio de la normativa peruana en materia de protección a los consumidores, en general permite que éstos adopten decisiones de consumo de manera informada y que realmente satisfagan sus intereses, esto es, que los productos o servicios representen efectivamente las expectativas que tenían al momento de su contratación.⁹

Siguiendo este criterio, el INDECOPI ha precisado en diversos pronunciamientos que la legislación garantiza que los consumidores accedan a

⁸ **Artículo 1º.- Derechos de los consumidores.-**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

(...)

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 informado por el proveedor sobre los que cuenta.

(...)

⁹ En este sentido, el deber de idoneidad previsto en los artículos 18º y 19º del Código resulta ser la “contracara” del deber de información. La idoneidad se define como la adecuación entre lo que un consumidor esperaría recibir y lo que recibe en realidad en una transacción de consumo. Así, un “defecto” (que puede ser, una falla material o una condición irrazonable no advertida) en la contratación de un producto o en la prestación de un servicio puede ser abordado como un problema de falta de información, o como un problema de idoneidad. (Véase Alfredo BULLARD, *Derecho y Economía*. Lima, Palestra Editores, 2006, págs. 603 y 604). De este modo, en los supuestos donde un producto o servicio presente condiciones o características no advertidas al consumidor, se enjuiciará si dichos elementos se encuentran dentro de lo que un consumidor razonable espera al momento de su contratación (garantía explícita o implícita). Este ejercicio es común en aquellos casos donde existen condiciones no previstas en un contrato de consumo.

la información necesaria para decidir correctamente respecto de la adquisición o contratación de productos o servicios. En ello consiste el contenido esencial del derecho de información de los consumidores reconocido por el artículo 65° de la Constitución¹⁰ y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹¹

En efecto, la relevancia dada al Derecho a la Información no ha surgido hace poco con el Código, sino proviene desde la Ley de Protección al Consumidor (en adelante, LPC) y sobre todo desde el mencionado reconocimiento constitucional.

Sin embargo, consideramos que el consumidor está muy lejos de lograr a plenitud el ideal de ser un sujeto diligente e informado, y no nos referimos a los consumidores peruanos o a los consumidores pobres. Nos referimos al hecho que todos los seres humanos adoptan, en mayor o menor medida –es decir pocas o muchas veces-, decisiones que pueden ser consideradas como irrazonables, negligentes y hasta autodestructivas, para un simple análisis económico.

En efecto, todas las personas nos enamoramos, sentimos necesidades de pertenecer a un grupo de referencia, queremos hacer felices a nuestras familias, estrechar los lazos de amistad con otras personas, darnos un gusto de vez en cuando, comprar cada vez más cosas nuevas, modernas y a la moda, utilizar servicios de establecimientos que son valorados por ciertos grupos

¹⁰ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de febrero de 2006 recaída en el Exp. N° 7320-2005-PA/TC: “De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas, a saber:

- Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias”.

sociales, etc. Todas estas conductas, que no son pocas ni temporales o esporádicas en nuestras vidas, nos conducen a llevar a cabo actos de despilfarro o sin utilidad económica alguna.

El regalo que compramos para un ser amado, amiga/o o hija/o, etc. (a pesar que ellos ya tienen lo suficiente o bien se puede decir que la relación no se alteraría mucho si no le damos ese regalo); el restaurant con buffet de comida internacional al cual acudimos y pagamos un precio superior a pesar que sabemos que no comeremos todo o mucho; las películas que vemos en el cine a pesar que muchas veces ya sabemos que se tratan de “blockbusters”, pudiendo utilizar más bien esas horas en otras formas de entretenimiento, etc. Todos estos ejemplos, y muchos más, nos demuestran que los consumidores no sopesan en absoluto -o bien no lo hacen adecuadamente- los costos de transacción y la eficiencia en sus decisiones.

No queremos ser mezquinos y afirmar que los consumidores nunca adoptan o nunca podrán adoptar decisiones racionales¹² y razonables¹³. Esta afirmación no puede hacerse pues es fácil darse cuenta que ya sea que se trate de un consumidor con educación o sin ella, toda persona tiene una especialización o experiencia en algún sector económico. Es decir cada quien sabe un poco más de algo y ese algo puede ser lo que aprendió en la vida o lo que aprendió a través de la institucionalidad educativa (escolar, técnica o universitaria). De esta manera, un consumidor puede saber un poco más de formas de preparación de comidas, otro consumidor sobre programas de computación, otro usuario sobre lugares de esparcimiento con determinadas condiciones y precios, otro usuario sobre medios de transporte terrestre, etc. En base a lo anterior se puede afirmar que los consumidores -y los seres humanos en general- pueden actuar en algunos casos de manera más racional y/o más razonable. En el primero de los casos, cuando no se deja llevar por

¹² En el entendido que se trate de decisiones no apresuradas y más bien debidamente concienzudas.

¹³ Esto es decisiones informadas o basadas en el previo análisis de información oportuna y relevante.

sus impulsos y, en el segundo, cuando tiene un mayor nivel de información que otros consumidores, aunque no siempre equiparable al de los proveedores.

Así pues, muy pocos consumidores podrán tener el mismo nivel de conocimientos e información que los proveedores de productos o servicios. Sólo estos proveedores o empresarios serán los conocedores absolutos sobre todas las características, cualidades, condiciones, limitaciones, restricciones, operatividad, funcionalidad, etc. de sus propios productos y servicios, lo cual no es otra cosa que la normal asimetría informativa existente entre consumidores y proveedores, reconocida en el actual Código¹⁴ y en la constante jurisprudencia del INDECOPI.

En definitiva, un consumidor se comporta en el mercado como cualquier persona natural que reacciona ante los distintos estímulos sociales, psicológicos, económicos, morales, naturales, etc. que recibe a cada momento. No necesaria y únicamente el consumidor responde o debe responder de manera eficiente ante una necesidad y ello porque es normal que este sujeto: compre periódicos que a veces no lee; coma productos que lo hacen engordar y no lo alimentan; acuda a establecimientos que brindan diversión a su compañero/a, hijo/a, amigo/a, pero no a él mismo; use vestimentas que antes no le parecían adecuadas y que hoy, al estar de moda, compra en distintos modelos. Son pues los tiempos actuales del denominado *presentismo*, es decir de estar a la moda. Nuestra cultura está acostumbrada a vivir el instante, es decir, en palabras de Javier Garcés, donde “el tiempo de la moda (se renueva y muere continuamente) instala ideológicamente a la ciudad del consumo en un presentismo, en la consagración del instante”.¹⁵

¹⁴ **TÍTULO PRELIMINAR. Artículo IV.- Definiciones.** Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

7. Asimetría informativa.- Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores.

(...)

¹⁵ Javier GARCÉS PRIETO, *Sociología del Consumo*, del Módulo 1 del Máster de Economía y Consumo organizado por el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2010, pág. 90. Bajo el mismo análisis, Martin Lindstrom ha relevado cómo las distintas

Apreciar integralmente esta realidad, hasta este momento descrita desde la perspectiva de la jurisprudencia, demanda la concurrencia de una serie de elementos que van a moldear las conductas en el consumo, por lo que es menester ampliar los conceptos desarrollados por las disciplinas humanas y sociales. Por tanto, las ideas vertidas a continuación pretenden ubicarnos en el esfuerzo del conocimiento especializado, con lo cual estaremos mejor orientados en la comprensión del fenómeno de la discriminación en el consumo.

2. Temáticas teóricas y praxis de las ciencias en el estudio del consumo

2.1 Deslindes disciplinarios y breve marco epistemológico

El conocimiento, como aventura metodológica humana, tiene como condición esencial su criticidad. Esto lo desvincula del dogmatismo a la vez que le permite una constante revisión de sus paradigmas porque en esencia existe la insatisfacción de lo logrado.

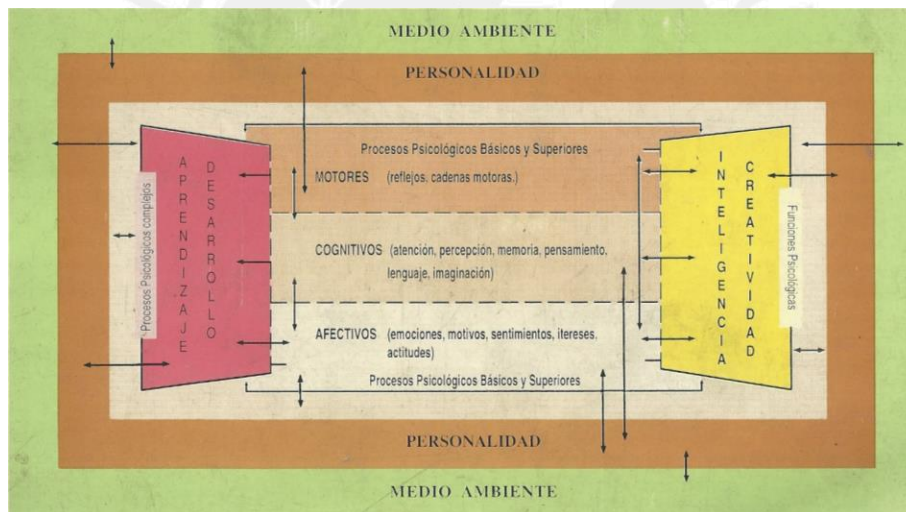
Apartándonos de la reflexión y análisis filosófico, que sumariamente se le entiende como condición vital del conocimiento, la ciencia contemporánea tiene claro que acercarnos a la realidad del hombre implica aceptar su dimensión biológica, psicológica y social. En tal sentido, los pasos efectuados dan referencia, por un lado, a la constitución firme de disciplinas con objetos de estudio bien definidos, con explicitación de sus metodologías y con la constante evaluación de sus potencialidades y limitaciones; más, por otro lado, aun cuando existe esta autonomía disciplinaria no es posible una desconexión entre las ciencias porque las dimensiones señaladas interactúan y se condicionan las

técnicas de marketing utilizadas por las empresas buscan generar estímulos para propiciar los actos de compra de los productos. Al respecto véase Martin LINDSTROM, *Así se manipula al consumidor*, Grupo Planeta, Barcelona, 2011, 343 págs.

unas con las otras. Por ello, finalmente la Psicología -particularmente la Social-, la Antropología y la Sociología -por sólo señalar las emblemáticas formas del conocimiento contemporáneo- confluyen en su Modelo Interpretativo del Comportamiento del hombre.

Anibal Meza¹⁶ según el gráfico N° 1 nos describe este modelo donde corresponde un primer nivel al contexto o a la situación del medio ambiente estimulante. Este nivel incluye sus rasgos, categorías y conceptos específicos, pero es menester señalar desde ahora qué implica la sociabilidad la cual no es más que la expresión radical de la insostenibilidad del hombre.¹⁷

Gráfico N° 1



¹⁶ Anibal MEZA, *Introducción a la Psicología*, Editorial Universitaria URP, Lima, 2003, pág. 12.

¹⁷ Zenón Depaz agrega que “el hombre ha podido no sólo sobrevivir sino transformar su entorno, adaptándolo a sus necesidades, porque ha creado una realidad suya, ‘artificial’, producto de sus artes (...) Esta realidad es la que se denomina ‘cultura’ (los antropólogos distinguen cultura “material” –los objetos físicos creados o criados por el hombre- de una cultura ‘espiritual’: ideas y valores)”. Véase Zenón DEPAZ TOLEDO, *Filosofía, Ética y Axiología*, 2da reimpresión de CEPREDIM, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005, págs. 108 y 109.

El referido Modelo permite entender la confluencia de lo social con lo individual y es que, a la vez que señala las categorías esenciales del psiquismo humano (desde las expresiones motoras más simples hasta las más elaboradas funciones), distingue procesos como el aprendizaje y la creatividad, los cuales sólo tienen sentido si se les conecta con un medio externo a él.

Este ser humano inscrito en su realidad social, sin embargo tiene sus peculiaridades. Posee una dote genética, lo que le diferencia de las demás especies vivas, y efectúa un maravilloso desarrollo ontogenético. Hoy gracias al avance de las biotecnologías conocemos que a pocas horas o días de ser concebido, su incipiente masa cerebral y lo que serán los principales sistemas del organismo se disponen a reaccionar diferenciadamente a los estímulos propios y extraños¹⁸. El mundo social impactado en los progenitores –y en especial en la madre- pueden ir moldeando esos elementos sensomotores que muestra el Modelo de Aníbal Meza y junto con las expresiones volitivas emocionales serán los cimientos de un corpus cognitivo, de las llamadas funciones superiores (desde la atención y la memoria hasta la cognición –el aprehender de los estímulos y su adaptación- incluyendo la percepción, entre otros). Observemos, siempre en el Modelo Interpretativo, la especial ubicación del Aprendizaje y la Inteligencia y Creatividad, como entes dinámicos que dan especial conexión del Hombre Individuo al Hombre Mundo Social; estos últimos entes además del mundo social han sido profusamente estudiados en la Ciencias emblemáticas mencionadas líneas antes.

¹⁸ Martin Lindstrom refiere ello cuando señala que “hace años los científicos saben que las palabras de la madre pueden oírse en el útero; es decir el feto puede oír la voz de la madre desde el útero. Pero investigaciones más recientes han descubierto que un feto en desarrollo oye también una gama de sonidos mucho más amplia procedente del *exterior* del cuerpo materno. (...) los futuros bebés no sólo pueden escuchar música desde el interior del útero, sino que la música que oyen les deja una potente y duradera impresión que puede determinar sus gustos de adultos. (...) El catedrático Peter Hepper, de la Queen’s University de Belfast, descubrió en un estudio que los recién nacidos mostraban una preferencia por un tema musical televisivo (cuanto más básico y repetitivo mejor) que durante el embarazo sus madres escuchaban con frecuencia”. Martin LINDSTROM, *Así se manipula al consumidor*, op. cit., págs. 27 y 28.

2.2 Visión del hecho social en las Ciencias Sociales

- El hecho social y sus categorías

Salvando las discusiones internas de los académicos, hay un significativo constructo que revela la relación social o, dicho de otro modo, la dinámica surgida en el encuentro de dos o más personas. Esta dinámica enfatiza la sociabilidad, fenómeno o condición tangible que, a nuestro entender, hace ver la imposibilidad de un ser humano aislado. Con razón Ísmodes Cairo enfatiza que esta sociabilidad inobjetable en el hombre es “el modo de estar ligado a un todo y por un todo”.¹⁹

Las categorías específicas resaltan a la cultura en su maravillosa expresión: del lenguaje que se utiliza, de las costumbres que se siguen, del compromiso de nuestras creencias, etc.; conductas que conforman propiamente el proceso de socialización. Adscrito a esta cultura cada persona ocupa un status que le va especificando, cada vez más, su forma de cultura y que no es otra cosa que la fijación de roles concretos. La determinación inequívoca afianzará la pertenencia a los grupos con los que se comparte esta cultura, fijando sus miembros las cuotas de poder y prestigio.

El fuerte impacto cultural demanda un acatamiento e incluye hasta nuestras conductas corporales dirigiéndolas por rasgos culturales básicos o acaso por actividades donde se puede elegir. Piénsese en los patrones de alimentación (desde la hora en que se consume, el lugar de uso frecuente, las

¹⁹ Anibal ISMODES CAIRO, *Sumario de Sociología*, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología - CONCYTEC, Lima, s.f., págs. 12 y ss. El autor hace una didáctica exposición de las confrontaciones de la sociología a la vez que presenta las categorías conceptuales que permiten entender la sociabilidad. Clásicamente Ísmodes Cairo distingue en la sociología, como fuerte segmento disciplinario en el conocimiento social, los aportes de las escuelas occidentales contemporáneas enfrentadas a las visiones del materialismo histórico. Estas no desdican esa sociabilidad, por ello que al mencionar la relación de oposición en hombre-naturaleza según Marx “el hambre es una necesidad natural, por consiguiente necesita una naturaleza exterior a ella, un objeto exterior a ella para satisfacer y encontrar el descanso” y a decir de Ísmodes Cairo se reconoce una relación objeto-hombre donde el hombre es objeto para el otro hombre con lo que pasa a ser objeto social y el trabajo es la mediación del hombre con la naturaleza.

normas específicas –usar los dedos directamente, proscribir el uso de la mano izquierda como lo exigen ciertas confesiones islámicas, etc.) o en los patrones de descanso donde, por ejemplificar, algunos comportamientos exigen respetar un consenso u orden socialmente establecido (¿alguien coloca sus almohadas en los pies?, ¿en volumen, se ingieren las comidas mayores antes que las menores?). Los rasgos culturales básicos y las posibilidades de elegir fueron designados por Ralph Linton como universales y alternativas, respectivamente.²⁰

Asimismo, hay que tener en cuenta la existencia de dimensiones, planos y niveles de los patrones culturales, interactuando para sostener particulares efectos en nuestro comportamiento social. Pero esa fuerza interactiva no es determinante porque la cultura carece de influencia masiva; es decir, a todos los miembros de un grupo que comparten cultura, ésta no los corta exactamente por el mismo patrón. Apreciemos enseguida sus elementos facilitadores o de obstáculos.

Para no desvincularnos del comportamiento del consumo, hay que tener presente que el proceso de socialización utiliza agencias para asegurar el acatamiento de la cultura que el grupo pretende sostener. Estas agencias facilitadoras son muy identificables: la familia o grupo básico de pertenencia nos da las primeras pautas que se acatarán (nos disponen a preferir colores, juegos, movimientos y expresiones, entre otras tantas: por ejemplo si particularizamos el género nos colocarán prendas celestes o rosadas, nos dejarán manipular muñecas, nos exigirán saltar cercas o trepar, nos prohibirán llorar); los amigos nos incitarán a repetir o, según el caso, a reprimir conductas; en la escuela –como fuerte agente- habrá mayor coerción o mayor estimulación gratificante (allí el/la docente junto con los/las compañeros/as son modelos de fuerte valor); los medios de comunicación y las tecnologías mediáticas van imponiendo patrones culturales vía la simbolización y signos ligados a

²⁰ Ralph LINTON, *El estudio del hombre*, México, 1967, pág. 268 y ss. Citado por Carlos BARRIGA HERNÁNDEZ, *Introducción a las Ciencias Sociales*, Lima, Reimpresión de 1999, pág. 95.

necesidades que aseguran la pertenencia del grupo al que nos adscribimos; los centros de trabajo, las organizaciones de confesión religiosa o de filiación política, etc.; todos son facilitadores de este proceso.

Y así como el proceso de socialización tiene agentes facilitadores existen obstáculos que comienzan con los mismos individuos. Son los contestatarios o “rebeldes sin causa” quienes añaden sus caracteres de personalidad. David Riesmann²¹ menciona a los tradicionalistas, los autónomos y los heterónomos. También la estructura social –concepto muy analizado en las ciencias sociales- impone trabas bajo un acaparamiento de poder y prestigio asequible a los que lo detentan. Finalmente la misma cultura con sus insolencias no siempre facilitan el proceso (los cánones o tabús impiden conductas que sosegarían o darían mayor estabilidad al grupo porque se han afianzado actitudes y valores difíciles de relevar); a este propósito téngase en cuenta cómo la violencia, en general o la de género en particular, se ve reforzada por la convicción de existir un “sexo fuerte” y “un sexo débil” aunque está definitivamente demostrada la igualdad de varones y mujeres.

Lo planteado en este componente social, antes de presentarlo en sus manifestaciones directas de aplicación al comportamiento del consumo, no debemos abstraerlo de su caracterización valorativa. El Valor es más que un constructo de índole moral. En efecto, pertenecer a un estrato social, cumplir roles eficazmente y ser reconocido sin discusión connota una carga vivencial muy personal. Como lo explican los psicólogos en el estudio de las motivaciones y las actitudes, si bien la cultura en sus típicas manifestaciones afianza al grupo que la practica, es finalmente la satisfacción personal la que hace sintonizar a cada individuo miembro. Esto significa una toma de conciencia de la utilidad de lo que conlleva actuar conforme al rol y status establecidos.

²¹ David RIESMAN, *La muchedumbre solitaria*, Paidós, Buenos Aires, 1971. Citado por Aníbal ISMODES CAIRO, *Sumario de Sociología*, op. cit., pág. 53.

Un elemento no eximido en este análisis de componentes sociales lo constituye el factor económico. El hecho social incluye el rol productivo o toda transformación de la naturaleza real que el hombre efectúa mediante el trabajo para lograr una utilidad que le permita la satisfacción de las necesidades. Desde esta concepción se requiere identificar los medios de producción y las relaciones que se entablan para dar paso a los llamados Modos de Producción.

Más que discutir la posesión de los medios, interesa visualizar la ubicación del consumo como proceso destinado a satisfacer las necesidades en contextos de dinamismo productivo regidos por normativas acordes a las políticas que los grupos sociales han determinado en sus mecanismos participativos. Esas políticas buscarán e incentivarán las conductas que aseguren ese *statu quo* donde la productividad deviene asentada en un componente valorativo de distribución de riqueza entre los agentes de producción.

- Tipificaciones del comportamiento del consumo y sus vinculaciones en el contexto de la jurisprudencia

Cuando hablamos de consumo, no sólo debemos referirnos al acto de comprar o adquirir bienes o servicios, esto es llevar a cabo relaciones de consumo como relaciones jurídicas patrimoniales entre un consumidor y un proveedor habiendo de por medio un producto o servicio materia de una transacción económica. Si esto fuera así, muchos sucesos no entrarían en el análisis de los órganos competentes administrativos y de este modo escaparía a la competencia del INDECOPI los casos en que se niega a un potencial cliente el acceso a un establecimiento, la prestación de un servicio o simplemente la venta de un producto.

De hecho, la jurisprudencia del INDECOPI ya ha reconocido ello²² y el propio Código²³ establece que podrá investigar y eventualmente sancionar a

²² Como en el caso seguido contra Inversiones San Borja S.A. (Centro Comercial Molina Plaza) y resuelto en última instancia mediante Resolución N° 0675-2008/TDC-INDECOPI del 3 de abril

proveedores incluso cuando no hay relaciones de consumo. Así pues, ello se da en casos de discriminación en el consumo, reporte indebido ante central de riesgos, ventas agresivas, etc.

Al referirnos al consumo, como acto básico realizado por los consumidores, nos referimos a todo tipo de conductas por las que las personas adquieren o pretenden disfrutar de bienes y servicios no sólo para satisfacer necesidades sino también –y muchas veces- para activar mecanismos relacionales con otras personas o por el simple deseo de mantener un grado de ostentación del producto o servicio.

En efecto, no sólo se adquieren servicios financieros para ahorrar, sino también para, a su vez, adquirir otros productos (por ejemplo, el uso de tarjetas de crédito), con el correlativo endeudamiento. De esta manera, la optimización o la eficiencia en el gasto de las personas no es lo primordial al adoptar decisiones de consumo.

Como ha sido señalado por Javier Garcés, “el consumo no sólo se rige por la estricta aplicación del cálculo de costes-beneficios y ello particularmente en dos casos muy relevantes y que todos y todas tenemos experiencia de ellos. El primero es la expresión de nuestro estatus, de nuestro poder, de nuestra influencia social. El segundo es la expresión de nuestra pertenencia o afinidad

de 2008. En dicho caso una señora denunció a la mencionada empresa por infracción al deber de idoneidad por haber sufrido lesiones al caer en un buzón mal tapado (y sin los avisos de seguridad correspondientes) en el momento que paseaba por los pasadizos del centro comercial, sin haber realizado ningún acto de compra.

²³ **TÍTULO PRELIMINAR. 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.
(...)

Artículo IV.- Definiciones. Para los efectos del presente Código, se entiende por:

- (...)
5. Relación de consumo.- Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III.
(...)

con una comunidad o grupo en el que nos sentimos pertenecientes y esa pertenencia nos llena de sentido y de satisfacción”.²⁴

Esto nos conduce a advertir que los productos que compramos o los servicios que contratamos, o bien todo lo que pretendemos acceder, no tienen solamente un valor económico (es decir el precio respectivo o incluso los costos de transacción en que incurrimos) sino básicamente un valor social. Este valor social guarda relación con el valor que la sociedad asigna a los productos y servicios y cómo ello, al mismo tiempo, eleva o reduce la calificación de una persona en un grupo social determinado. Así pues, si una persona quiere posicionar su imagen entre sus amigos y aquellas personas a cuyo grupo quiere pertenecer, tendrá que adquirir y consumir productos que tengan un valor suficiente para que con su ostentación sea reconocido tanto como quiere que así sea por los demás.

Ello explica por qué los consumidores –permítanme generalizar- buscan adquirir y vestir una camisa de la marca *Christian Dior* en vez de conformarse con una camisa de la marca *Baronet*. Ello también explica por qué los consumidores, que cuentan con movilidad propia o no, prefieren ir a las discotecas de Asia (a muchos kilómetros de Lima) en verano en vez de divertirse en un establecimiento nocturno en Miraflores o Barranco, en la misma época del año. Es cierto que siempre existen consumidores permanentes o cautivos a una marca, sin embargo, todos los consumidores –sigo generalizando- tienden a *mejorar* sus elecciones. Y cuando digo “mejorar” me refiero a que los consumidores buscan tener mayores signos de ostentación, esto es productos o servicios impregnados a su cuerpo y estilo de vida, es decir todo lo que quieren ser y cómo quieren ser identificados por sus grupos de pertenencia y referencia.

De esta manera también se explica cómo entre los consumidores –*rectius* personas o seres humanos- se establecen jerarquías y rangos. En

²⁴ Javier GARCÉS PRIETO, *Sociología del Consumo*, op. cit., pág. 7.

efecto, unos consumidores entienden que tienen más poder que otros al conducir una camioneta Honda CVR frente a otra que conduce un automóvil Honda Civic, aun cuando este último sea “del año”. Así pues, una persona siente que tiene más jerarquía o nivel frente a otros consumidores cuando disfruta (y luego cuenta o transmite) su experiencia de diversión nocturna en la discoteca “Aura” de Larcomar frente a la posibilidad de asistir a la discoteca “Mama Batata” del mismo Centro Comercial y ubicada a unos metros de distancia²⁵.

A quienes tengan este tipo de preferencias y establezcan sus gustos de esta manera no se les puede reprochar. Y ello porque los individuos son seres sociales y con dicha característica quieren que los demás –su entorno- aprecie y valore su estilo.

De todo lo anterior se deduce que los seres humanos son consumidores porque consumen productos o servicios que les pueden ser útiles o no, pero motivados consciente o inconscientemente a pertenecer a un grupo de referencia que les brinde reconocimiento y aceptación. El grupo debe reconocer y valorar al individuo porque su estilo es el del mismo grupo, así como llevar a cabo un proceso de aceptación e integración a la persona porque cumple ese mismo compromiso de adquirir marcas y estilos del grupo.

Con ello además el individuo se puede distinguir de otros y busca de esa manera que sea tratado diferente, pero mejor que los demás. Obtener mejores beneficios en el acceso al crédito, recibir el mejor trato al ingresar a un restaurante o café bar, ser atendido inmediatamente cuando quiere llevar a cabo una transacción en un banco o en cualquier centro comercial, etc.

Si todos los consumidores fuesen considerados iguales y de características homogéneas por las demás personas con las cuales entablan relaciones, no existirían incentivos para obtener nuevos símbolos –productos y

²⁵ Por poner un ejemplo de lugares de esparcimiento nocturno. Aunque en la actualidad, esta última ya no desarrolla sus actividades en dicho centro comercial.

servicios de determinadas marcas- para diferenciarse de los demás y ser tratados de una forma especial según el grupo de referencia al cual quieran integrarse, con lo cual las ganancias de las empresas decrecerían al no tener sus clientes estímulos para seguir consumiendo.

3. Los factores psicológicos en el consumo

3.1 La Psicología estudiando las interacciones y transacciones

Entre los procesos mediadores de la conducta (llamadas también variables) los pensamientos, los sentimientos, las percepciones, los motivos y las actitudes se afectan por estas interacciones y transacciones entre las personas: ese es el campo de trabajo de los psicólogos sociales. Sherif amplía el ámbito llamándolo contexto social²⁶. Para entender cabalmente el comportamiento del consumidor son útiles las variables mencionadas, las mismas que nos conducen a releer la información social destacando los aspectos del prejuicio y de las motivaciones: aquél distorsiona las cogniciones sociales con lo que no aprehendemos con objetividad y éstas impulsan dando mayor dinamismo a nuestros procesos e interacciones sociales.

- Significancia de los Prejuicios en el acto del consumo

La literatura e investigación sobre el prejuicio es muy prolija porque se acepta que es la más encarnecida actitud humana donde se constituye como ejemplo principal de desviación de la realidad social. Así, en su expresión social, puede incluir sentimientos y creencias negativas, justificando la actitud y la intención conductual de rechazar –e incluso eliminar- a individuos del grupo

²⁶ Según el autor: “(Este) contexto incluye la presencia real, imaginaria o simbólica de otras personas; las actividades e interacciones que tiene lugar entre las personas; las características de los escenarios en los que ocurre la conducta; y las expectativas y normas que gobiernan la conducta en un escenario dado.” C. W. SHERIF, *Social and psychological bases of social psychology*, The G. Stanley Hall Lecture on socialpsychology, 1981, s. Ed. Citado por Richard J. GERRIG y Philip G. ZIMBARDO, *Psicología y Vida*, Pearson Educación, Madrid, 2006, pág. 544.

prejuiciado. Estudios clásicos han probado en diversos grupos antiseministas los sentimientos de temor y bajas defensas de autoestima. En nuestro medio el psicoanalista Jorge Bruce también, a propósito de la racialización descrita en un conocido ensayo, afirma que la noción de raza al configurarse en la dimensión intersubjetiva “afecta a las personas en las dimensiones más diversas de su ser”.²⁷

Las implicancias del prejuicio afectan el proceso del consumo. Los que ofrecerán el producto se preparan y conocen los recovecos –los más precisos detalles- de la psique humana interactuando con su medio social; el producto a ofrecer debe cubrir una necesidad “real o artificial”; entonces los prejuicios detectados en el consumidor son explotados para lograr una aceptación de lo que se le ofertará. Esto quiere decir que la accesibilidad, con su consiguiente aceptabilidad, en el consumo parte del bien o servicio a consumir como de las propias características del consumidor.²⁸

- El Aprendizaje y la Motivación para el acto del consumo

Uno de los procesos más maravillosos en el hombre lo constituye el aprendizaje. Sus más diversas formas y tipos han sido estudiados precisando las condiciones que lo facilitan y sus elementos intervinientes en cada acción. Para fines de comprensión hemos tomado las sistematizaciones de Guillermina Pizano.²⁹

²⁷ Jorge BRUCE, *Nos habíamos coleado tanto*, Fondo de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2013, pág. 109.

²⁸ Paul Watzlawick, connotado psicólogo y experto de la comunicación, advierte cómo el alma humana va al despeñadero; dice que buscamos nuestra desdicha porque consumimos “infelicidad”. Los caminos para el proveedor, quien ofrece sus bienes o servicios, son de lo más alentadores. Véase Paul WATZLAWICK, *El arte de amargarse la vida*, Ed. Herder, Barcelona, 2003, pág. 144.

²⁹ Véase Guillermina PIZANO, *Psicología del Aprendizaje*, CEPREDIN, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2012, págs. 22 y ss.

a) El concepto de Aprendizaje

Es un proceso de construcción de representaciones personales significativas y con sentido de un objeto o situación de la realidad. Por tanto, implica una construcción personal de: saber propiamente, saber estar y saber ser, saberes todos que conducen a un *querer hacer* así como se aproxima al contenido por aprender, desde sus conocimientos previos, sus experiencias y sus intereses y necesidades. Esta visión conceptual del aprendizaje también se le demanda al consumidor, de allí que al aproximarse al bien o servicio: debe tenerlo conceptualizado y no sólo como objeto mental sino con sus instrumentos con que se comprende y se observa el mundo; es decir debe potenciar habilidades y destrezas psicomotoras con procedimientos y estrategias que le permitan conseguir la meta; y debe proveerse de valores, normas y actitudes.

En la perspectiva contemporánea hay que agregar que el aprendizaje, siendo social, ocurre en el individuo como una forma de integrarse a su medio y su historia. Esta afirmación es decisiva en las proyecciones humanas de convivencia; allí en el proceso productivo confluyen mercado, procesos y consumidores, siendo vital que el proveedor abandone toda práctica discriminatoria, porque hoy en día los mercados tienden a ser masivos y, sobretodo, porque reconocen que su esencia es ser un medio de bienestar para las personas y que, por definición, tiene que ser inclusivo.³⁰

b) Ubicación de las motivaciones en el consumo

Retomando el aprendizaje en el proceso y el acto del consumo, este aprendizaje será inacabado si se carece de motivación. Éste es un término

³⁰ Esta idea hoy en día ha calado en los estudios de mercado. Categóricamente, en lo que es la Discriminación, se afirma que ella “es una estrategia empresarial que conduce al fracaso”. Marienella ORTIZ, *Los prejuicios del empresario ¿Tiene sentido económico para un negocio ser discriminador?*, Informe Central, Sección Portafolio, Diario El Comercio, 18.03.2012, Lima, pág. 6.

general que designa todos los procesos implicados para que cualquier actividad humana –física o psicológica- se inicie, se dirija y se mantenga.

Temática aparte es distinguir las fuentes de esta motivación. Los impulsos internos ligados a necesidades fisiológicas (hambre y sexualidad) se entienden claramente, más la sofisticación o creación de necesidades (sean para el logro personal o para la sociabilidad) nos hacen ver la participación compleja de la dinámica cultural y los procesos de aprendizaje. Éstos despiertan expectativas a través de las recompensas, estímulos y refuerzos; todos estos elementos van diferenciados según las categorías sociales y los procesos psicológicos examinados sumariamente hasta acá.

En el acto del consumo también es vital la presencia de las motivaciones. Los actores (proveedores y consumidores) asumen la existencia de ellas para brindar bienestar a quienes consumen; los consumidores no sólo aprenden qué y cómo consumen, sino que mantienen sus expectativas antes y después del acto de consumo.

3.2 Concreciones del consumo con sus implicancias psicológicas

A nuestro criterio, la cultura de consumo en nuestro país se empezó a dar en las primeras décadas del siglo XX, en específico con el segundo gobierno de Augusto B. Leguía³¹. En dicha época, se dio un notable crecimiento económico de nuestro país que, aunque no fue suficiente para

³¹ Hace un tiempo tuve una experiencia particular al acudir al Museo del Automóvil de Nicolini. Entre los distintos modelos de vehículos se destacaban los automóviles de las marcas Buick (1930), Chevrolet con sus modelos Capitol (1926), International (1929), Superior (1925), Clement-Bayard (1913), Dodge (1926), Fiat (1925), etc. Todos estos y otros más modelos, en su mayoría corresponden a la época en que Leguía fue presidente del Perú. Con este ejemplo quiero permitirme señalar que el consumo opulento en nuestro país se dio en diversas épocas, pero fue en el referido período de 1919 a 1930 –aunque caracterizado claramente como una dictadura- en que los peruanos empezaron a utilizar los bienes de consumo como símbolos de estatus y de poder, así como a darle un valor superior a bienes que no siempre son más útiles que otros. En el Perú, la discusión académica y política de este período es intensa justamente a partir del reconocimiento de los cambios sociales así como de los mercados nacionales y foráneos.

colmar las expectativas y necesidades de todos los peruanos, incentivó el desarrollo de conductas de consumo, en primer lugar, de las clases socioeconómicas más acomodadas.

Esta atingencia es relevante pues marca el inicio de una época en la que el consumidor (en el caso particular, el consumidor peruano) empieza a contar con distintas alternativas entre los productos y servicios colocados en el mercado, para su libre elección, y con ello se ve expuesto a los estímulos que las empresas utilizan para lograr captar la preferencia de dichos clientes potenciales o efectivos.

Sin embargo, los consumidores no son iguales, tal como lo afirma Ildelfonso Grande. Para dicho autor, sus necesidades, deseos y demandas son el resultado de diversas características que poseen y situaciones que viven; su renta, género, edad, personalidad o sus actitudes, donde están o cómo es su familia son los factores que condicionan sus actos de consumo.³²

Todo esto lo saben muy bien las empresas y por ello en la actualidad invierten grandes cantidades de dinero para conocer y saber cuáles son nuestras preferencias, gustos, tendencias, etc. Ya no sólo son suficientes los *focus group* y los análisis cuantitativos y cualitativos. En estos días, además se utilizan tecnología de *eye tracking*, así como técnicas de neuromarketing y de etnografía, mediante las cuales analizan lo que nuestros ojos miran, exploran nuestros propios cerebros e invaden (o ingresan si es que es un acto permitido) la intimidad de nuestras familias y así conocen nuestras necesidades, lo que buscamos día a día, a cada momento.

El objetivo de las empresas es descubrir aquellos factores que activan la necesidad de adquirir un producto o servicio. Así, mientras mejor se sepa por qué compramos, las empresas generarán y desarrollarán estímulos

³² Ildelfonso GRANDE, *Conducta real del consumidor y Marketing efectivo*, ESIC Editorial, Madrid, 2006, pág. 19.

(descubiertos por los *insights* de los consumidores) dirigidos a que compremos sus productos.

Los seres humanos nos volvemos consumidores, o mejor dicho actuamos como tales, al momento que consumimos, lo cual se resume, en la mayoría de los casos, en el acto de compra de un producto o servicio. Aquí, evidentemente no me olvido de los actos de consumo a título gratuito (por recibir un regalo o una invitación de un familiar o amigo, o bien aquellas ofertas utilizadas por las empresas).

En general, para activar esta necesidad de compra, el consumidor debe reconocer el problema en que se encuentra. En efecto, a decir de Wayne D. Hoyer y Deborah MacInnis³³, cuanto mayor sea la discrepancia entre el estado real (la situación actual y real del consumidor) y el ideal (la forma cómo a los consumidores les gustaría que fuera una situación), y mayor sea el nivel de motivación, habilidad y oportunidad, es más probable que los consumidores actúen (es decir compren). Si éstos no perciben un problema, su motivación para actuar será baja. Y para que la brecha entre el estado real e ideal se vuelva grande, las empresas son muy hábiles y utilizan todas sus estrategias para hacernos sentir la necesidad de acercarnos a aquella situación ideal (la casa propia, el auto del año, el regalo perfecto para Navidad, etc.).

Entonces, el acto de consumo se basa en el acto de compra y el consumidor compra para cubrir necesidades humanas -que pueden ser funcionales (utilidad del producto) o simbólicas (relacionadas al significado de los productos)-, por diversión (en solitario o en grupo), por autosatisfacción (para combatir situaciones desagradables), por aprendizaje (mediante el consumo se conocen otros productos), debido a estimulación sensorial (cuando las empresas hacen que los consumidores prueben sus productos) y para

³³ Wayne D. HOYER y Deborah MACINNIS, *Comportamiento del consumidor*, Cengage Learning, 5ta. Edición, México D.F., 2010, pág. 195.

establecer contactos sociales (el consumidor puede acudir al establecimiento y conocer personas con gustos afines).³⁴

Para Roger Blackwell *et al.*, las personas compran por motivos personales y sociales. Entre los primeros están aquellos de representar un papel, por diversión, autogratificación, como aprendizaje de nuevas tendencias, como actividad física o por estimulación sensorial. Entre los segundos, por buscar experiencias sociales fuera del hogar, para comunicación con terceros con intereses similares, por atracción del grupo de iguales, para obtener u ostentar estatus y/o autoridad, o simplemente por placer en negociar o regatear.³⁵

4. La influencia de la publicidad

Como sabemos, la publicidad no tiene como objetivo específico vender. Existen diversas variables del marketing que deben funcionar correcta y coordinadamente para que el consumidor compre o adquiera un producto o servicio específico, siendo así la publicidad una de las herramientas de comercialización. En efecto, como lo señala Óscar Billorou, “la publicidad, como medio de comunicación que es, tiene como objetivo modificar actitudes. A través de ello, aporta a la concreción de ventas de la empresa: la acción de compra, actitud lograda en los individuos expuestos a la acción de la publicidad que motiva la preferencia de un determinado producto frente a otros de la competencia”.³⁶

³⁴ Cfr. Ildelfonso GRANDE, *Conducta real del consumidor y Marketing efectivo*, op. cit., pág. 20.

³⁵ Cfr. Roger BLACKWELL, Paul MINIARD y James ENGEL, *Comportamiento del Consumidor*, Edit. Thomson, México D.F., 2002, pág. 129.

³⁶ Óscar Pedro BILLOROU, *Introducción a la publicidad*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2002, pág. 236. El mismo autor reconoce que la publicidad, se ubica entre otras técnicas de comunicación, pero fundamentalmente que el cambio de actitud que genera no necesariamente implica que los consumidores adquieran un producto: “(los individuos) pueden ir hasta el local en donde vende el producto, dispuestos a comprar y no concretar su compra. ¿Por qué? Por ejemplo, porque en ese negocio el producto no estaba distribuido, porque se había acabado el stock, o porque era caro, o porque los planes de financiación no eran los que le convenían, o porque cuando vio el producto “se le vino abajo” o porque un cartelito en el punto de venta le recordó una marca que él consideraba mejor y a la cual no recordaba o ... hay muchos

Por su parte, Manuel Santaella agrega que “toda comunicación es, en sentido lato, información, pero mientras que aquélla puede tener un contenido de puro entretenimiento, de pura recreación artística -se han distinguido mensajes puramente informativos y estéticos-, la comunicación publicitaria es una comunicación esencialmente informativa, pero en la cual los aspectos de carácter artístico y recreativo cobran una gran importancia. De este modo la actividad publicitaria, al ser información comercial, es una información de tipo o naturaleza persuasiva”.³⁷

El INDECOPI ha mantenido un criterio parecido. Así, en sus Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial³⁸ como en sus distintas resoluciones, reconoce que la publicidad comercial es una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores.

En este punto cabe traer a colación las teorías y modelos que, según Óscar Billorou, se han desarrollado en relación a cómo actúa la publicidad en el receptor de los mensajes³⁹:

- Según la Teoría estándar (en un momento que se hacían ventas por correo en los Estados Unidos gracias a cupones que podían ser completados y devueltos con el pago en efectivo por el producto), considera que cada aviso hace sufrir una transformación al receptor de

porqués más, que se pueden resumir diciendo que no compró porque alguna de las restantes variables de marketing no actuó correctamente”. *Ibidem*, págs. 236 y 237.

³⁷ Manuel SANTAELLA, *Introducción al Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 52 y 53.

³⁸ Aprobados por Resolución N° 0001-2001-LIN-CCD/INDECOPI del 05 de julio del 2001 y basados en las normas que estaban vigentes entonces.

³⁹ Cfr. Óscar Pedro BILLOROU, *Introducción a la publicidad*, op. cit., págs. 237 a 250.

- la comunicación y convierte, por una vez, a un no comprador en un comprador.
- Según la Teoría de la asociación, el propósito de la publicidad es asociar una marca con una necesidad. Así el efecto esperado se configura en que si se presenta la necesidad, el individuo acudirá a la marca para satisfacerla.
 - Para la Teoría de la penetración (U.S.P. o *Unique Selling Proposition* - Proposición Única de Ventas), cada aviso debe formular una propuesta al consumidor (“compre este producto y obtendrá este beneficio específico”), propuesta que el competidor no ofrece o no puede ofrecer (es decir única). Además esa propuesta debe ser tan fuerte que conmueva masivamente y lleve a nuevos consumidores a probar el producto.
 - Para la Teoría de los estados mentales, los avisos deben ser vistos (o escuchados); es decir deben despertar la atención de quien los recibe. Además el aviso debe ser leído (o mirado y oído); es decir el receptor debe enterarse del contenido del mensaje, comprender su significado, saber qué se le quiso comunicar. El aviso debe ser también creíble; es decir no debe despertar contradicciones que invaliden su recepción. Además el aviso debe ser recordado para que siempre esté presente en la mente del individuo y pueda actuar en el momento oportuno. Finalmente el aviso debe ser actuado, es decir producir la acción de compra.
 - El modelo AIDA, indica que el receptor del mensaje presta Atención al aviso, asimilando el mensaje; luego siente Interés por el aviso e inmediatamente por el producto; posteriormente siente Deseo por el producto y finalmente se ponen en Acción, es decir se genera en él la acción de compra.

- El modelo DAGMAR, transita por una etapa de desconocimiento del producto por inexistencia de comunicación. Luego de la comunicación sigue el conocimiento del producto y en un nivel más alto la comprensión del mismo, su marca, envase y ventajas. Luego de superadas estas etapas el individuo logra suficiente compenetración con el producto, esto es la convicción o disposición positiva que establece la intención de comprar. La última etapa es la acción de compra.
- Para la teoría de los estados mentales respecto a marcas, también se produce una sucesión de etapas pero relacionadas a la marca. Se pasa primero del desconocimiento, al reconocimiento y su asociación al producto. Luego se logra el conocimiento espontáneo, es decir libre de estímulo, para su ubicación. A continuación se da la formación de la imagen de la marca con los atributos del producto. Finalmente se halla la etapa de intención de compra o acción de compra.

Óscar Billorou concluye que la acción de publicidad se desarrollaría de acuerdo a un modelo de conocimiento, diferenciación, imagen y mantenimiento de imagen. Así las comunicaciones comerciales logran en el receptor un conocimiento del producto, para luego obtener su diferenciación, es decir que el producto destaque o se distinga y ello a través del posicionamiento del producto y su diferenciación racional y emotiva. Todo ello articula la imagen de la marca evitando que se articule en forma independiente de las necesidades del producto. Finalmente se debe mantener la imagen de la marca de manera viva y activa siempre que sea estimulada, recordada y comunicada, con el objeto que actúe como factor de decisión de preferencia en forma permanente.

Siguiendo estas posiciones, no podemos negar que la publicidad comercial, tiene como objetivo persuadir al consumidor o destinatario a adoptar una acción: la compra de un determinado producto o la adquisición de un servicio, estrictamente vinculados al anunciante. En esta situación se dan diversas etapas que transitan, algunas veces de modo instantáneo (cuando se

está al alcance del producto o del proveedor anunciante) o de forma secuencial y diferida.

No es exagerado, por ende, que el Tribunal del INDECOPI ha citado la calificación de José Acosta relativa a que la publicidad es, en general, una actividad manipuladora dedicada a alimentar el estímulo consumista y que llega incluso a dictarnos "los alimentos que comemos, los refrescos que bebemos, los cigarrillos que fumamos, los coches que conducimos e, incluso, el presidente que elegimos".⁴⁰

Los mercadólogos saben que existen factores ligados al aprendizaje, emociones, inteligencia, capacidades, de tipo socio-cultural, así como experiencias inesperadas que pueden alterar la conducta de los consumidores, y allí es donde la publicidad ejerce, a través de sus mensajes y comunicaciones, los estímulos necesarios para propiciar actos futuros (mediatos o inmediatos) de consumo.

Por ello, Manuel Santaella ha explicado que "el receptor de los mensajes publicitarios se halla sometido a una especie de acoso, que exige una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Y es que los derechos de la persona, en cuanto se es sujeto titular de derechos subjetivos, se proyectan en un doble ámbito: la esfera personal y la esfera patrimonial, que son afectadas por la publicidad con alcance y significado diferente".⁴¹

Carlos Lema Devesa atenúa esta perspectiva al precisar que "en el "mercado global", característico del siglo XXI, la publicidad no sólo constituye - en la aguda lucha competitiva- un arma necesaria para los empresarios, sino también un instrumento imprescindible para los consumidores". En efecto, según dicho jurista español, "el derecho a la libertad de elegir el producto o

⁴⁰ José ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela Procesal de los Consumidores*, Editorial Bosch. España, 1995. p. 42. Citado en la Resolución N° 1566-2006/TDC-INDECOPI de 11 de octubre de 2006.

⁴¹ Manuel SANTAELLA, *Introducción al Derecho de la Publicidad*, op. cit., pág. 290.

servicio que mejor satisfaga nuestras necesidades, se vería muy limitado si el consumidor no dispusiese de la publicidad”.⁴²

No obstante ello, se debe advertir que no todos los receptores de los mensajes publicitarios son influenciados de la misma manera y ello sucede en particular cuando los destinatarios de las campañas publicitarias son personas que desarrollan actividades productivas incluso a pequeña o mediana escala. Así pues existe la publicidad dirigida a detallistas, doctores, constructores de casas, mayoristas y otros que operan en varias etapas del canal de marketing. Como enseñan Thomas Russell *et al.* “el marketing B2B (*Business to Business* o Negocio a Negocio) requiere una estrategia muy diferente que la publicidad del consumidor, donde se orienta a hechos con pocos de los atractivos emocionales encontrados en la referida publicidad. Así pues también este tipo de publicidad B2B advierte las diferencias en los procesos de compra comparados con las conductas de compra de los consumidores, las cuales suelen ser bastante francas. En efecto pueden existir influencias externas en la decisión de compra tales como niños que determinan las preferencias de comida rápida o cereales de una familia, pero estas relaciones causales tienen poca similitud con los modelos formales utilizados en muchas compras B2B. Así pues este tipo de decisiones de compra, importantes a menudo, se toman por un comité o un grupo de tomadores de decisiones, gente que tiene perspectivas y antecedentes diferentes. En el proceso de compra existen procedimientos formales y por ende la compra de impulso no es usual”.⁴³

5. El elemento económico como parte del acto de consumo

Siguiendo nuevamente a Javier Garcés, “cuando hablamos de consumo, no sólo debemos entenderlo como acto de compra. En efecto, igualmente se

⁴² Carlos LEMA DEVESA, *De nuevo sobre la publicidad comparativa*, en Actas de Derecho Industrial, Tomo XXVI, 2005-2006, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. / Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago, Madrid, pág. 231.

⁴³ Cfr. J. Thomas RUSSELL, W. Ronald LANE, Karen WHITEHILL KING, *Kleppner: Publicidad*, 16ava. edición, Pearson Educación, México, 2005, págs. 61-62.

deben analizar los rituales en los que los sujetos, las comunidades, las sociedades se relacionan entre sí mediante el gasto, el regalo o incluso el despilfarro. Las funciones económicas y, sobre todo, sociales de estas prácticas aparentemente “menos razonables” se aclaran cuando las vemos como procesos que incrementan la vinculación social y la formación de las identidades”.⁴⁴

Es difícil pensar que todos los consumidores actuamos en función a conductas racionales o marcadas por la apreciación del costo-beneficio de nuestros gastos. Hay dos elementos que pasan desapercibidos para los propulsores del análisis económico: el deseo y la identificación.

El primero promueve que las personas tengan la necesidad de satisfacer necesidades irrazonables y muchas veces incontables (tener los mejores perfumes, la ropa de determinada marca, el auto del año de un cierto modelo, acudir a ciertos -y no otros- restaurantes y centros de esparcimiento, etc.).

El segundo propicia que las personas se afirmen más en un determinado grupo de referencia. Es decir, si queremos ser reconocidos como miembros de un grupo que ostenta los mismos símbolos, entonces debemos tener los medios para adquirir o aprovecharnos de dichos símbolos. Así pues, si una persona quiere ser valorada como asiduo concurrente de lugares de diversión como discotecas “exclusivas”, no sólo deberá acudir a dichos establecimientos, sino también utilizar símbolos propios del grupo de personas que disfrutan de este tipo de actos de entretenimiento (agregar fotos de sus experiencias en las redes sociales, juntarse con personas que frecuentan tales locales, vestir prendas de ciertas marcas, etc.). Con todo ello, lo que queremos lograr es el reconocimiento por parte de los demás miembros del grupo de referencia, así como también la valoración por parte del grupo de pertenencia. No se busca la rentabilidad en las cosas, sino más bien, y muchas veces, el consumo se rige por el gasto no medido o despilfarro.

⁴⁴ Javier GARCÉS PRIETO, *Sociología del Consumo*, op. cit., pág. 15.

Lo que nosotros consideramos es que más allá de ser un acto económico, la compra o el acto de consumo es un hecho social y ello porque no sólo cumple la función de cubrir una necesidad humana, sino de permitir al hombre autorealizarse y continuar siendo un ser social. Por sobre todo, el acto de consumo de productos o servicios (pero además de las marcas) hace que el hombre mantenga su esencia de mantenerse ligado a sus grupos de pertenencia (familia, amigos, etc.) y acercarse a los grupos de referencia (aquellos a los que uno aspira o idealiza).

Por ello, el acto de compra o consumo es un hecho muy importante para el hombre –ya no sólo *homo oeconomicus*, sino más bien *homo sociologicus*- y el resultado del mismo determinará que se cubran sus expectativas en relación al mismo producto y de lo que quiere lograr utilizando, sirviéndose u ostentándolo. No es por nada que preferimos una marca y no otra, o vamos a un restaurante en vez de otro que tiene una carta similar y más barata, y aquí los ejemplos son innumerables.

Al ser muy importante el acto de consumo, y ello lo saben muy bien las empresas (los proveedores), el producto o servicio sobre el que se basa debe responder a las expectativas más elementales del consumidor. Así pues la empresa es consciente que un consumidor estará satisfecho si el producto es bien valorado por él, cubre sus necesidades y, de ser el caso es aceptado por sus grupos de pertenencia y referencia. De este modo, el consumidor compartirá su experiencia con otros potenciales clientes y, en la actualidad, hay muchos medios (en primer lugar, las redes sociales) para que el consumidor haga conocida su satisfacción, como también, de lo contrario, el mismo consumidor podría destruir las marcas que no lo han complacido.

Muchas veces el Derecho (influenciado por otras ciencias) aprecia o valora las situaciones jurídicas desde una sola perspectiva y no en cambio desde distintos enfoques (siendo para ello útil no sólo el análisis económico, sino el social y el psicológico). A nuestro modo de ver las cosas, es muy

importante considerar que el consumidor no sólo busca productos o servicios idóneos, sino también productos de calidad y con ello, bienes o servicios que no generen insatisfacción, disonancia o arrepentimiento, pues estos aspectos negativos hacen que los consumidores desconfíen de los proveedores, alterando sus decisiones presentes y futuras, distorsionando el mercado en general.

Por ello, el acto de consumo es propio de un ser social, es decir del ser humano, quien no puede vivir fuera de una sociedad ni dejar de interrelacionarse con los demás.

Por ello, el consumidor no debe ser visto únicamente como *homo oeconomicus* (el ser razonable y diligente que se nutre de información para adoptar decisiones eficientes) sino como *homo sociologicus*. Como lo enseña Guido Alpa, “debido a su origen en las ciencias económicas, se ha identificado al consumidor como al primer sujeto; y en el segundo campo es entendido como contraparte débil de la empresa, como un sujeto que por lo común no está informado sobre las operaciones que realiza, ni sobre las características de los productos y servicios, y que no está provisto de poder “negocial”, sino únicamente de la facultad de decisión entre productos, entre servicios, entre ofertas contractuales que a menudo son idénticas entre sí”.⁴⁵

El *homo sociologicus* es un modelo humano que proviene de la sociología, la cual además ha recurrido a otro instrumento: el rol social. Así pues, como lo enseña Alessandro Somma “con el *homo sociologicus* se estudia el comportamiento humano como fruto de condicionamientos externos, presididos por un sistema de sanciones e incentivos. Se obtiene de ello que el consumo reviste significados socioculturales ligados a dinámicas cuyo control huye a valoraciones de orden racional. En efecto, dichos condicionamientos consisten en un sistema de sanciones e incentivos (legales, pero también

⁴⁵ Guido ALPA, *El Contrato en el Derecho Privado Italiano actual*, en Estudios sobre el contrato en general por los 60 años del Código Civil Italiano, traducción de Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2003, pág. 142.

morales o sociales) que sufrimos o disfrutamos día a día, a cada momento, al momento de desempeñar nuestro rol en la sociedad (como estudiantes, profesionales, padres de familia, personas solteras, casadas, etc., es decir como somos y como nos desempeñamos)".⁴⁶

¿Qué pasaría si analizáramos el acto de consumo como una operación económica y no como un hecho social? Pues tendríamos resultados muy distintos al momento de definir si un consumidor queda satisfecho con el producto luego de surgir un desperfecto o deficiencia.

Así pues, y por poner un ejemplo, luego de la compra de un televisor de una marca reconocida (LG, Samsung, etc.) con ciertas características (smart Tv, 3D, 4K, etc.), para una visión económica, el consumidor ha efectuado una evaluación de costo y beneficio (el bien corresponde al valor que cada uno le ha dado) y la decisión se ha basado en la información proporcionada. Si surge un desperfecto, el proveedor debe cumplir con lo ofrecido y reparar el producto o bien cambiarlo o hasta devolver el dinero. Así, el consumidor estará satisfecho si es que el proveedor proporciona las soluciones ofrecidas expresamente o amparadas en la ley, todo ello conforme a la información trasladada.

Este ideal no se cumple en la realidad pues, siguiendo con el ejemplo del televisor, uno compra dicho producto por diversas motivaciones, incluso muy particulares e íntimas (desde reemplazar uno "antiguo" de más de un año hasta obtener el reconocimiento de los miembros de los grupos con los cuales interactúa por contar con un símbolo que le da cierta importancia frente a ellos).

⁴⁶ Alessandro SOMMA, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, en Política del Diritto. Año XXIX, nº 4, Boloña, diciembre 1998, pág. 681. El mismo autor ha explicado en otra sede: "Sabemos muy bien que la sociología fundamentalmente se diferencia de la psicología, en cuanto considera al individuo como miembro de un grupo, o más bien no como individuo. A su vez se distingue de la economía desde el momento que rechaza ver al hombre como aquel que analiza racionalmente los costos y los beneficios de sus acciones. Lo que resulta de la contraposición entre el modelo humano utilizado por la sociología y aquel propuesto por las ciencias económicas se debe al estar condicionado por roles, entendidos como el punto de contacto entre el individuo y la sociedad". Alessandro SOMMA, *Temî e problema di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2003, pág. 47.

Si este televisor-símbolo se malogra al primer uso o al poco tiempo, el consumidor sufrirá una mella a su autovaloración o la que los demás tenían de él: aquellas personas que lo apreciaron, ahora en cambio lo desvalorarán, y ello no podrá ser solucionado por el proveedor. Este último recibirá el producto para su evaluación y eventual reparación, pero en el ínterin, el consumidor estará desprovisto del producto y de todo aquello que le reportaba como beneficio (y no sólo nos referimos a los programas de cable o de señal abierta que vería), con lo cual se sentirá disminuido e infravalorado. A ello se sumará el desgaste y el malestar que provoca plantear un reclamo, lo cual desincentiva al consumidor a seguir enfrentándose al proveedor.⁴⁷

Esta misma situación se aplica para el auto nuevo que uno compra (recordemos cuando hace muchos años el carro de la familia era pintado íntegramente cada cierto tiempo, ahora más bien los vehículos se renuevan

⁴⁷ Rubén y Gabriel Stiglitz han explicado que los consumidores asediados por las prácticas mercantiles ilegales o irregulares, no concretan sus reclamos individuales contra la empresa, esto es no acuden a los tribunales. Así pues ellos mismos recogen los factores que contribuyen a este comportamiento, según la doctrina:

a) *La soledad del consumidor.* El consumidor es un ser desarmado. Todo concurre para quitarle coraje a fin de ingresar en los tribunales para enfrentarse al responsable del acto lesivo.

b) *Los obstáculos de naturaleza psicológica.* El consumidor está golpeado por una suerte de inhibición, ligada a la falta de conciencia sobre cuáles son sus derechos, cuándo son vulnerados y sobre la posibilidad de accionar mecanismos judiciales de defensa; a una ausencia de conocimientos técnicos y jurídicos que contrasta con la complejidad de las cuestiones; a la reticencia en la consulta al abogado y, en fin, a invertir en el conflicto su tiempo y su energía. Viene conformado, en definitiva, un verdadero sentimiento de inferioridad que conduce al consumidor a abstenerse de accionar, incluso por temor a salir perdiendo, frente a un adversario dotado de una considerable fuerza política, técnica, jurídica y económica.

c) *La exigüidad de la lesión.* La debilidad se acentúa cuando el asunto, por su escasa importancia económica, no justifica la superación de aquel costo psicológico que implica la decisión de demandar. Ésta parece como una reacción excesiva con relación a la disminución patrimonial sufrida.

d) *El carácter misterioso de la justicia.* También las formalidades y el vocabulario misterioso del proceso corren el riesgo de desalentar y desconcertar a los justiciables.

e) *La lentitud de la justicia.* El derecho de acceso a la justicia resulta asimismo desconocido cuando la maquinaria judicial actúa marcada por la lentitud. El factor tiempo constituye en la actualidad uno de los problemas que más gravemente afectan la eficacia del proceso. En la mayor parte de los casos, una justicia lenta, aunque esté bien administrada, es una justicia ineficaz.

f) *Los gastos de la justicia.* Finalmente, los obstáculos de orden económico dominan a todos los otros. Frente a la magnitud de los gastos de la justicia, la imposibilidad de acudir a los tribunales por escasez de recursos económicos constituye la peor de las injusticias: lleva al consumidor a resignar la idea de hacer reconocer sus derechos por las vías legales. Cfr. Rubén STIGLITZ y Gabriel STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1985, págs. 251-252.

rápidamente y cambian los modelos cada año), el regalo perfecto para el día de la madre o para Navidad, la cartera o los zapatos de cierta marca que una mujer adquiere para sí misma, el viaje (o paquete turístico) al extranjero, etc. y así los ejemplos son innumerables.

6. El nuevo criterio del INDECOPI

El INDECOPI mantiene una posición acorde a la nuestra y ello se ha evidenciado en la Resolución N° 1008-2013/SPC-INDECOPI del 25 de abril de 2013⁴⁸:

“48. Esta Sala considera que uno de los fundamentos que sustenta la especial protección que merecen los consumidores frente a la puesta en circulación de productos que presentan defectos de funcionamiento es precisamente su posición de vulnerabilidad frente al proveedor, por la asimetría en la información existente al momento

⁴⁸ El conocido caso “América Móvil”, en el cual se cambió el criterio establecido en la Resolución N° 2221-2012/SC2-INDECOPI del 19 de julio de 2012 (caso “Hiraoka”). Este último se dio como consecuencia de una denuncia interpuesta por una consumidora que había adquirido en el local comercial de Hiraoka una refrigeradora de marca General Electric la cual presentó defectos a los dos días de entregada, ante lo cual la denunciada hizo el cambio por otra del mismo modelo, sin embargo, al poco tiempo dicho producto presentó nuevas fallas que, si bien fueron reparadas, se presentaron desperfectos nuevamente un mes después. Para la denunciada, el cambio del producto y las posteriores reparaciones fueron medios suficientes para cumplir con las expectativas de la denunciante.

En dicho caso, la Sala decidió entre determinar si un proveedor incumple el deber de idoneidad en la venta de bienes de consumo cuando el producto vendido presenta defectos en su funcionamiento, al margen de las soluciones legales o las ofrecidas por el proveedor para superar tal eventualidad; o, si por el contrario, la idoneidad de un producto no se restringe a evaluar dichos desperfectos, sino que incluye la aplicación de los mecanismos de solución o remedios previstos por el Código u ofrecidos por los propios proveedores. La Sala optó por esta última alternativa, esto es que el proveedor podía exonerarse de responsabilidad si había agotado los mecanismos ofrecidos o previstos en la norma para subsanar la deficiencia advertida por el consumidor.

La posición asumida por la Sala, en ese entonces, evidenciaba una comprensión de las legítimas expectativas del consumidor limitada al carácter económico de la transacción, es decir de la relación de consumo. En efecto, se evaluó cómo los defectos que afectan las legítimas expectativas de los consumidores de destinar el bien adquirido para los usos y fines previsibles, dependían de la información recibida o de la aptitud propia del producto, siendo que esto último no era otra cosa que el equivalente al fin económico que se busca en la generalidad de los casos.

Con dicho pronunciamiento, la Sala, a nuestro criterio, no tomaba en cuenta que los productos o servicios adquiridos por el consumidor no sólo responden a la satisfacción de una necesidad común a todos (los alimentos sirven para subsistir, la vestimenta para protegerse de la intemperie, etc.) sino el carácter simbólico contenido en cada uno de ellos.

de negociar los términos de las transacciones que realizan en el mercado; por la necesidad vital de adquirir determinados productos referidos a la alimentación, vivienda, salud, etc.; así como por el hecho que los consumidores son instigados permanentemente a consumir, a través del marketing.

(...)

53. Ante tal escenario, la preocupación por el consumidor surge en la búsqueda de lograr un equilibrio entre la atención a los intereses económicos y sociales, que garanticen que este tenga la oportunidad de contratar en igualdad de condiciones. Cabe precisar que tal razonamiento resulta acorde a la labor que el Estado debe cumplir, consistente en procurar y promover una cultura de protección al consumidor y comportamiento conforme con la buena fe de los proveedores y consumidores.
54. Aunado a ello, se deberá tener en consideración que un consumidor adquiere productos para cubrir necesidades humanas, -las mismas que pueden ser funcionales (utilidad del producto) o simbólicas (relacionadas al significado de los productos)- por diversión, por autosatisfacción, por aprendizaje y para establecer contactos sociales; siendo que el acto de consumo más allá de constituir un acto económico, es un hecho social que permite al hombre auto realizarse; siendo que ello coadyuva a que resulte de vital importancia que se cubran sus expectativas en relación con los productos adquiridos.”

Este criterio ha sido establecido en un caso por el que se denunció a una empresa de telecomunicaciones (América Móvil) por la venta de un producto defectuoso y posteriores intervenciones que no permitieron superar el problema.⁴⁹

⁴⁹ Sucedió que el equipo móvil presentó defectos de funcionamiento a los pocos meses de su adquisición, mientras que la proveedora de telecomunicaciones se negó a hacer efectiva la garantía ofrecida, alegando que el defecto presentado fue causado por un golpe, procediendo únicamente a actualizar el software del equipo. El consumidor solicitó infructuosamente a la denunciada que efectúe el cambio del equipo por otro nuevo de similares características o, en su defecto, se proceda a la devolución de su dinero.

Con este nuevo criterio, a nuestro parecer aceptable, la actual Sala ha considerado que son dignas de protección las legítimas expectativas del consumidor, atendiendo a las distintas necesidades (no sólo económicas) que suplen los productos o servicios. Para ello, nuevamente analizó dos alternativas -como en el caso “Hiraoka”- pero planteadas de esta manera: si el deber de idoneidad radica en un deber jurídico que hace responsable a los proveedores por los productos que colocan en el mercado o si está limitado a la conducta del proveedor frente a un reclamo por una disconformidad del consumidor respecto del producto. En esta oportunidad optó por la primera alternativa, tomando en cuenta que la especial protección a los consumidores se debe a distintas razones, entre las cuales se encuentran su posición de vulnerabilidad frente al proveedor, por la asimetría en la información existente al momento de negociar los términos de las transacciones que realizan en el mercado; por la necesidad vital de adquirir determinados productos referidos a la alimentación, vivienda, salud, etc.; así como por el hecho que los consumidores son instigados permanentemente a consumir, a través del marketing.

Es obvio que aquellos que propugnan un enfoque puramente económico de las instituciones legales defienden el anterior criterio y desmenuzan lo resuelto en este último caso. Sin embargo, ellos pasan por alto la necesidad de proteger a los consumidores, esto es de defender las particulares necesidades que nos surgen a todos nosotros cada vez que adquirimos un producto, necesidades e intereses que no se ven colmados o satisfechos con la obligatoria reparación o cambio de los productos o la nueva prestación del servicio por parte de los proveedores, y mucho menos con el (casi inimaginable) camino de obtener una reparación civil ante los órganos jurisdiccionales.

CAPÍTULO II

LA DISCRIMINACIÓN

1. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es un derecho fundamental y principio reconocido como tales en nuestra Constitución así como en otras normas supranacionales. Sin embargo, a pesar de parecer sencillos su definición y alcances, nos enfrentamos a un concepto complejo.

En efecto, según Norberto Bobbio, “decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (...) si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosas son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quiénes?, y b) ¿igualdad en qué?”.⁵⁰

Por ello la expresión de igualdad, por si sola, resulta vacía, de allí que Joaquín García expresa que es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho.⁵¹

Observado desde una perspectiva constitucional, por ser un derecho relacional, la igualdad se conecta con los derechos y la personalidad de cada

⁵⁰ Norberto BOBBIO, *Igualdad y libertad*, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, págs. 53 y 54. Citado por Walter GUTIERREZ CAMACHO y Juan Manuel SOSA SACIO, *Artículo 2, inciso 2: Igualdad ante la ley*, en *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pág. 98.

⁵¹ Cfr. Joaquín GARCÍA MORILLO, *La cláusula general de igualdad*, en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Valencia, 2000, pág. 174. Citado por Walter GUTIERREZ y Juan Manuel SOSA, op. cit., pág. 100.

persona, protegiéndola de cualquier arbitrariedad legal y promoviendo una sociedad tolerante.

1.1 Igualdad como principio y como derecho

Específicamente la igualdad es consagrada desde dos aspectos: primero, como principio rector del ordenamiento jurídico, dentro de una realidad democrática, con un Estado que garantice las reglas básicas de protección; y, por otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, del cual se desprende ser considerado igual ante la ley y a no ser tratado de manera discriminada.

Así, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

“3.1 (...) En puridad, el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres”.⁵²

En base a lo anterior, la igualdad sirve para poder suplir todo tipo de lagunas en nuestro ordenamiento, así como para interpretar de manera sistemática las normas. Pero también implica un derecho subjetivo de titularidad de cada persona y por ende pasible de ser defendido ante los órganos jurisdiccionales y administrativos.

⁵² STC N.º 0261-2003-AA/TC emitida el 26 de marzo de 2003 por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en el proceso seguido por la Cámara Peruana de la Construcción - CAPECO contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

1.2 Igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado

Del derecho a la igualdad surgen entonces dos aspectos importantes y bien definidos:

- a. Igualdad ante la Ley: Esta noción como lo define Francisco Eguiguren⁵³, tiene dos alcances, igualdad de la ley (contenido) que es el límite constitucional a la actuación del legislador, pues este no podrá aprobar leyes que contravengan este principio -en otras palabras que al momento de crear una nueva ley, no se desfavorezca excluya, cree privilegios y cometa arbitrariedad entre la ciudadanía-. Y además igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Particularmente ambos son un reto para todo Estado, pero este último en particular supedita un mayor esfuerzo pues pone a todo el sector público ante una visión de trato igualitario.

Así pues lo que se busca es acercar el Derecho a todos en conjunto sin distinción, y que ante determinadas circunstancias cada órgano aplique de igual manera las normas sin basarse en alguna subjetividad (discriminación), siendo que, en caso suceda un hecho similar, el órgano estatal deberá otorgar una nueva respuesta, esta vez sustentada objetivamente y de manera razonable.

- b. Derecho a la No Discriminación: Una cosa es diferenciación y otra cosa es discriminación. Si bien somos considerados iguales (dada nuestra naturaleza humana fundada bajo la dignidad que todos poseemos y que nos hace iguales a todos), siempre seremos diferentes unos de otros,

⁵³ Cfr. Francisco J. EGUIGUREN PRAELI, *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*, en *Ius et Veritas*, Año VIII, N° 15, PUCP, Lima, págs. 63-64.

claro está bajo circunstancias y condiciones razonables. Por ello nuestra Constitución deja además un enunciado abierto para combatir todas las formas de discriminación al establecer en su artículo 2, inciso 2, que nadie será discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.⁵⁴

1.3 Igualdad sustancial y formal

Asimismo, se puede hablar de igualdad sustancial e igualdad formal. La primera, a decir de Nuria GONZÁLEZ, “como principio, afecta a la distribución de bienes, servicios, cargas y poder en la sociedad y exige la transformación de la estructura productiva, económica y social de un Estado para hacer frente, de esta forma, a todas las situaciones de desigualdad y a las causas que la provocan. Es el compromiso de los poderes públicos de construir, aunque sea de una forma gradual, una sociedad diversa de la actual. Por otro lado, la igualdad formal implica un derecho fundamental que tiene todo ciudadano a obtener un trato igual y que vincula directamente a los poderes públicos sin que sea necesario que exista desarrollo legislativo para solicitar su plena aplicación. Son derechos a la diferencia”.⁵⁵

1.4 Igualdad de oportunidad y de resultados

Por otro lado, la igualdad puede analizarse desde otros dos ámbitos, como lo comenta Leopoldo PORFIRIO: “desde la perspectiva de la igualdad como punto de partida, como *igualdad de oportunidades*, y desde el punto de vista de la igualdad como punto de llegada, esto es, como *igualdad de resultados*. Concretamente, como punto de partida, la igualdad de

⁵⁴ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Documento N° 2, La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes*, Lima, Perú, septiembre del 2007, págs. 32 y 33. Disponible en la página web: <http://www.defensoria.gob.pe/accesibilidad/biblio.php> y en <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/02/La-discriminaci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-problem%C3%A1tica-normatividad-y-tareas-pendientes.pdf>.

⁵⁵ Nuria GONZÁLEZ MARTIN, *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*, en *Derecho & Sociedad*, Año 13, N° 18, Lima, 2002, págs. 73-74.

oportunidades puede ser interpretada como la no discriminación de ninguna persona en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes con miras a su participación en el proceso productivo, legislativo, cultural y, en general, en cualquier faceta de la organización social”.⁵⁶

1.5 La esencia de la desigualdad

Bajo este marco del derecho a la igualdad, podemos darnos cuenta que la discriminación nos aleja de este principio para involucrarnos en una noción que está respaldada por un subjetivismo que ofende la dignidad de las personas, pues niega su condición humana, bajo reprochables prejuicios que, en pleno siglo XXI, aún existen y generan daño así como humillación, pero que gracias al avance de la justicia están siendo combatidos.

La esencia de la discriminación se da bajo elementos que siempre concurren y que son desplegados por la persona que discrimina. De esta forma Marcial Rubio reconoce que la discriminación se inicia mediante un acto que implica tratar a alguien de manera distinta sin una causa debida, lo cual no se ve fundado en una razón aceptable, y que a toda luz es prohibido. Finalmente el resultado, es desconocer toda igualdad mediante actos prohibidos y motivados por ideas incalificables.⁵⁷

Todos estos elementos se han desplegado en cualquier época y lugar, contra personas o grupos de personas en base a atributos de su personalidad y condición humana (sexo, color de piel, raza, origen, credo, etc.), lo cual muchas veces evidencia un Estado poco eficiente en la promoción de directrices y políticas gubernamentales.

⁵⁶ Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002, Madrid, pág. 80.

⁵⁷ Cfr. Marcial RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, 1999, Lima, pág. 140 y ss.

No obstante lo anterior, no se debe llegar a extremos en que el Estado, aplicando el principio del orden público dinámico afecte las actividades económicas de las personas castigando casos de desigualdad justificada como si fueren casos de discriminación. En efecto, como lo señala Juan Espinoza, siguiendo a Loris Lorando, “el orden público dinámico ‘se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos, para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico’ y ‘admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas en supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación”.⁵⁸

2. La diferenciación

Para continuar con el presente trabajo es crucial hablar de dos supuestos distintos: discriminación y diferenciación. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define al término discriminar, como el trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etc. En cambio “diferenciar” es hacer una distinción y conocer la diversidad de las cosas.⁵⁹

Los conceptos son disímiles, ya que con la diferenciación se puede lograr un mejor trato a las personas que sufren desventajas (físicas, vulnerabilidad, edad, etc.), pero reconociendo las mismas posibilidades acordes con la dignidad humana. Por el contrario, con la discriminación se busca herir, minimizar al más débil, al diferente, al que en suma no encaja en los lineamientos subjetivos (prejuicios) del sujeto que realiza este tipo de conducta. En este escenario, se trata al ser humano discriminado como si fuese inferior a otros seres humanos, algo que claramente es reprochable.

⁵⁸ Loris LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, ESI, Napoli, 1993, 346. Citado por Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rodhas, 2da edición, Lima, 2012, pág. 246.

⁵⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (www.rae.es).

Cuando la supuesta discriminación se justifica en bases objetivas y razonables deja de ser tal y pasa a calificarse como diferenciación. Con ello, a juicio de Leopoldo Porfirio “y desde otra perspectiva, se soluciona un problema lingüístico (...), ya que el vocablo discriminación presenta ciertos ribetes peyorativos –y negativos-: no es lo mismo discriminar a alguien que diferenciarlo”.⁶⁰

Por citar un ejemplo de diferenciación, podemos revisar el artículo 4° de la Constitución del Perú, que trata de una manera especial al niño, al adolescente, a la madre y al anciano⁶¹. Así pues, si bien estos sujetos, como señala Alex Plácido, poseen los derechos correspondientes a todos los seres humanos; en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica, objetiva y razonablemente, el otorgarles un trato diferente que no es *per se* discriminatorio, sino por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de sus condiciones.⁶²

Conforme a lo anterior, al hablar de discriminación, para distinguirlo de la diferenciación, se debe reconocer que con aquella infracción se afecta la dignidad de las personas, mientras que en la diferenciación sólo se trata de un acto arbitrario, sin llegar a basar dicho acto selectivo en causas repudiadas por el ordenamiento y la sociedad.

Así, como lo enseñan Walter Gutierrez y Juan Manuel Sosa, el derecho a la no discriminación “proscribe establecer, de manera especial, distinciones

⁶⁰ Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, op. cit., pág. 96.

⁶¹ **Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio.-** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)

⁶² Alex F. PLACIDO V., *Artículo 4: Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio*, en *La Constitución Comentada - Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2005, pág. 371.

contrarias a la dignidad de las personas, que implica inclusive la negación de su condición humana. En efecto, la discriminación se funda en un prejuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo no como seres diferentes, sino inferiores, siendo el motivo de distinción ‘más que irrazonable, odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esta marginación’”.⁶³

En la misma línea se encuentra Víctor García Toma, para quien “la dignidad como expresión de valores radica en el fundamento antropocentrista del Estado y la sociedad dado que estos tienen como fundamento de su organización y funcionamiento, a los hombres en las relaciones de convivencia. De allí que Gonzalo Figueroa Yañez [“La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”. En: *Sobre la dignidad y los principios*. Barcelona: Thomson Reuter, 2009] señala que la ‘dignidad lleva envuelta la tolerancia, el respeto y aprecio por el otro’. Ello implica que éste no sea objeto de desestimación de su ‘valía’ a través de forma alguna de humillación”.⁶⁴

Para ratificar lo recién expuesto, y como lo señala Iván Maurial, “la discriminación a un ser humano surge de una motivación subhumana, de una tendencia del organismo psicofísico que se niega a ser libre y responsable en el diálogo con lo que no es él mismo”.⁶⁵

Por su parte la Defensoría del Pueblo ha precisado que “la discriminación es el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la

⁶³ Juan BILBAO UBILLOS y Fernando REY MARTÍNEZ, *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española*, en Miguel CARBONELL (compilador), *El principio de igualdad constitucional*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, págs. 114-120. Citado por Walter GUTIERREZ y Juan Manuel SOSA, *Artículo 2, inciso 2: Igualdad ante la ley*, op. cit., pág. 109.

⁶⁴ Víctor GARCÍA TOMA, *Los Derechos Fundamentales*, Editorial ADRUS. 2da edición. Arequipa, 2013, pág. 115.

⁶⁵ Iván MAURIAL, *La inversión de los valores: relativismo axiológico del significado de la mujer en publicidad a través del tiempo*, Universidad de San Martín de Porres. Escuela Profesional de Psicología, Lima, 2001, pág. 90.

anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo de personas. Los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso. En tal sentido, tales actos vulneran la esencia misma del ser humano –su dignidad– hasta el punto de negar a ciertos individuos o colectivos su condición misma de personas, limitando el ejercicio de sus derechos. Mediante los actos de discriminación se descalifica a una persona o grupo de personas por sus características innatas o por la posición asumida voluntariamente en la sociedad como manifestación de su derecho al libre desarrollo de su personalidad”.⁶⁶

3. La discriminación y sus formas

En nuestra sociedad peruana ha habido y hay muchos casos de discriminación, tal vez unos más conocidos que otros pues, en ocasiones, ciertos actos discriminatorios suelen pasar desapercibidos. Lo particular es que estos actos no afectan necesariamente a un sector o minoría, sino más bien a grandes grupos humanos, teniendo en cuenta que nuestro país se caracteriza por contar con una mayoría poblacional que no posee rasgos caucásicos, o por contar con amplios sectores deprimidos económicamente, etc.

Así pues, una de las prácticas más repudiables de discriminación, es la que concierne a la raza, el origen de las personas, o el color de su piel. Estas prácticas se dan a través de burlas, prejuicios u otras formas más graves manifestadas en las injustificadas segregaciones promovidas por algunos empleadores (quienes buscan “personas de tez clara” o “de buena presencia”) y establecimientos abiertos al público como restaurantes o discotecas (bajo la excusa de “reserva del derecho de admisión”), cometen actos de rechazo contra las personas que no pertenecen a un determinado estereotipo, no

⁶⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Documento N° 2, La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes*, op. cit., pág. 29.

permitiéndoles su contratación o el ingreso a sus locales (claro está luego de la pública humillación cometida por el personal de seguridad).

Otro caso de discriminación es el impedimento a las personas del género femenino a afiliarse como socias a determinados clubes. Así pues, pese a que la mujer está alcanzando posiciones que hace décadas hubieran sido inimaginables, aún en la actualidad existen ideas machistas (y por ende discriminatorias) que promocionan políticas de reserva a todas luces irrazonables y anticuadas.⁶⁷

Con el fin de combatir estas y otras formas de discriminación, en nuestro país se han ido desarrollando soluciones legislativas cada vez más específicas como las Leyes N° 26772 y N° 27049 así como la tipificación como delito en el Código Penal (modificado por la Ley N° 28867). La primera dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidad o de trato; la segunda precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en las relaciones de consumo, y la última contra actos de discriminación de manera general.

En el caso de la discriminación regulada en el Código, se trata de una figura particular en la que no se llega a configurar la relación de consumo pero se afectan los derechos o intereses de los consumidores, en particular, cuando

⁶⁷ En este punto incluso se debe mencionar los casos de discriminación por orientación sexual. Si bien por muchos años hemos convivido con actos contra estas personas (burlas, lenguaje coloquial, maltrato, etc.), ha sido reciente la toma de conciencia de que estas prácticas son segregacionistas y por ende reprochables. Se ha revalorado así al ser humano que opta por ser homosexual, lesbiana, bisexual o transexual. Como sabemos, las personas que poseen alguna de estas características, conforman una minoría que, al convivir en una sociedad conservadora como la nuestra, ha recibido y aún recibe los mas inimaginables tratos y rechazos, pese a su condición humana, pese a que como todo heterosexual debe contar con las mismas libertades y derechos, esto es una misma protección libre de todo prejuicio. La misma protección se ha dado en relación a las personas con discapacidad. Antes eran sometidas “normalmente” a vejámenes, restricciones y rechazo, lo cual ha cambiado, al menos un poco, en la actualidad. Así, si bien la discriminación por orientación sexual, como por discapacidad no se encuentran en el elenco de prohibiciones previstas en la Constitución y demás normas, nadie puede negar que hoy en día también son causales prohibidas por dichos dispositivos, cuando refieren a “raza, sexo, religión (...) o cualquier otra índole”.

se dirige a impedirles el acceso a un establecimiento abierto al público. Es decir, dicha infracción se materializa cuando un proveedor -directamente o a través de sus dependientes- no permite el ingreso de un potencial cliente a las instalaciones de un restaurante, una discoteca, un centro de esparcimiento o recreación, una tienda de ropa, etc., por motivos reprochables por el ordenamiento jurídico: raza, sexo, color de piel, condición socioeconómica, religión, orientación sexual y un largo etcétera.

La discriminación en el consumo, a decir de Carlos Noda, “se basa en el prejuicio; pero más importante aún, se basa en un defecto de información sobre los integrantes del grupo discriminado. Es decir, el defecto de información provoca una disminución de las transacciones que, en términos netos, maximizarían el bienestar. Ello nos muestra que no existe nada más democrático y descentralizado que un mercado libre y competitivo, donde el sistema de protección a consumidor sea un instrumento del poder del estado al servicio de una mayor transparencia del mercado y a la reducción de los problemas de información asimétrica, incluyendo a la discriminación en el consumo”.⁶⁸

A nuestro parecer la discriminación en el consumo (ya sea por razones de raza, condición socio-económica, por orientación sexual, etc.) no se orienta por una cuestión de asimetría informativa, pues ello nos llevaría a concluir que consumidores que usualmente sufren actos discriminatorios podrían evitar dicha distorsión informándose adecuadamente sobre qué proveedores practican dichas diferenciaciones ilícitas. Obviamente la idea del autor citado no va esencialmente por dicho sendero, pero se puede conducir a ideas extremas utilizando un criterio propio del análisis económico del derecho (herramienta útil, pero no elemental).

⁶⁸ Carlos Ramón NODA YAMADA, *La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. A propósito del caso “Café del Mar”*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 107, Año N° 12, Gaceta Jurídica Editores, Lima, agosto 2007, pág. 40.

Queremos más bien asentar nuestra idea basada en que la asimetría informativa no es la (al menos única) vía adecuada para resolver los problemas de discriminación en el consumo, como tampoco lo es un criterio, que se trasluce en algunas resoluciones emitidas por los órganos resolutivos del INDECOPI, y, que se manifiesta en la protección de la eficiencia en las transacciones en el mercado permitiendo el libre acceso a los productos y servicios ofertados en el mercado.

Así pues, el tema de la discriminación en el consumo es un aspecto de la discriminación en general (que se manifiesta también en la discriminación laboral, en el acceso a la educación, en el acceso a las mismas oportunidades de desarrollo, etc.) que debe ser combatido a través de acciones afirmativas del Estado e incluso a través de sanciones administrativas o penales.

En efecto, como lo señala Nuria González, no se necesitan ni buenas palabras, ni buenas intenciones, sino, citando a María Vittoria Ballestero (*Acciones Positivas. Punto y Aparte*, Doxa, España, 1996), instar “a la autoridades competentes que determinen una buena y efectiva legislación para promocionar verdaderas medidas de protección, medidas positivas, acciones positivas”, que tengan una aptitud activa, no meramente enunciativa ni de observación, que no se incurra en lo que Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón*, Madrid, Edit. Trotta, 1997) denomina falacia garantista, que consistiría en creer que bastan las buenas razones del derecho y las buenas técnicas jurídicas de protección para poner los derechos a salvo.⁶⁹

⁶⁹ Nuria GONZÁLEZ MARTIN, *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*, op. cit., pág. 75. Luis Huerta comenta que “algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para alcanzarla, es la llamada discriminación “inversa”. En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento”. Luis Alberto HUERTA GUERRERO, *El derecho a la igualdad*, en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, N° 11, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, págs. 326-327.

Como es obvio, la discriminación en el consumo no se puede tolerar y en ese sentido no se debe negar o restringir el acceso de un consumidor a un determinado producto o servicio. Además este acceso debe darse en términos normales, esto es el producto o servicio adquirido deberá ser idóneo, es decir deberá reunir las condiciones necesarias y mínimas para satisfacer las expectativas de dicho sujeto.

4. El trato diferenciado ilícito

Ha sido el INDECOPI, en la Resolución N° 0277–2007/TDC-INDECOPI (Expediente N° 203-2006/CPC) emitida el 1 de marzo de 2007, en que se ha definido los requisitos para que un trato diferenciado pueda ser considerado como objetivo y razonable.

Así pues, en dicho caso, la Asociación Nacional de Consumidores del Perú denunció al Banco Continental debido a que había implementado un mecanismo de atención al público que consistía otorgar prioridad en la atención a los usuarios según su capacidad económica. De acuerdo con este sistema el Banco entregaba a los usuarios boletos con un número en función del cual iban a ser atendidos en ventanilla. Sin embargo, los números no seguían una secuencia acorde con el orden de llegada de los clientes, sino que se distribuían en distintas series según el tipo de usuario que solicitaba la atención: la serie A para “Clientes VIP”; la serie B para “Clientes con tarjeta de crédito VISA”; la serie C para “Clientes con tarjeta de débito”; y, la serie D para “No clientes”. De acuerdo con lo manifestado por la asociación denunciante, los clientes de la serie A eran atendidos de manera preferente respecto de los otros usuarios, luego los clientes de la serie B, seguidos de los clientes de la serie C, y finalmente se atendía a los usuarios de la serie D, quienes siempre quedaban postergados en la atención aunque hubieran ingresado antes a la agencia bancaria.

Mediante Resolución N° 993-2006/CPC del 6 de junio de 2006, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, CPC o la Comisión)

declaró infundada la denuncia contra el Banco por considerar que había quedado acreditado que el trato diferenciado que éste brinda a los usuarios de sus servicios no constituía un acto discriminatorio sino que respondía a un factor objetivo como es la condición que tiene una persona de ser o no cliente de dicha institución.

En la resolución emitida por la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC o la Sala), en segunda y última instancia administrativa, se precisó que a diferencia de la discriminación, el trato diferenciado o la segmentación de mercado era una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que lo justifique. Así pues, la SDC estableció que para determinar si la distinción realizada por un proveedor configuraba un supuesto de trato diferenciado de los consumidores será necesario en primer término, que éstos se encuentren en distintas situaciones de hecho, en la medida que éstas admiten o pueden requerir un trato diferente. En segundo lugar, el trato desigual que se otorgaba debía responder a una finalidad, pues no se puede otorgar a los consumidores un trato diferente en forma gratuita. En tercer lugar, dicha finalidad debía ser razonable. En cuarto lugar, debía existir congruencia – una relación lógica, coherente- entre el trato desigual brindado y la finalidad perseguida. Finalmente, debía existir proporción entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida.

En atención a lo anterior, la Sala evaluó cada uno de los requisitos en función a la conducta del Banco. Así pues en cuanto al primer requisito, para la SDC el sistema de orden de atención en ventanilla implementado por el Banco distinguía entre usuarios que ostentan la condición de “clientes” y “no clientes” de esa entidad, es decir, que se trataba de personas que se encontraban en distintas situaciones de hecho en función a un criterio objetivo. Adicionalmente, en el primer grupo, el Banco establecía un orden de prelación entre “clientes VIP”, “clientes titulares de tarjeta de crédito” y “clientes titulares de tarjeta de débito”, esto es situaciones de hecho diferentes que justificaban un trato diferenciado.

El trato diferenciado brindado por el Banco a sus usuarios respondía al hecho que éste deseaba brindar un beneficio a aquellas personas que habían elegido contratar con dicha empresa -ya sea como ahorristas o como deudores de la entidad- lo cual se traducía en una atención más rápida.

Para la SDC la finalidad del trato diferenciado era razonable pues formaba parte de la estrategia del Banco⁷⁰ para mantener la preferencia de aquellas personas con las que mantenían una relación precedente y duradera en el tiempo. No se puede prohibir a un proveedor que adopte políticas destinadas a fidelizar a sus clientes, pues de lo contrario se estaría limitando injustificadamente su política comercial. Exigir al Banco o a cualquier otro proveedor que establezca las mismas condiciones de prestación de servicios para todos sus clientes podría suponer una limitación a su libertad para diseñar el modelo de su actividad empresarial o de establecer políticas comerciales que le permitan atraer más clientes y mantener la preferencia de quienes optaron por contratar con él.

En relación con la congruencia que debe existir entre el trato desigual que se realiza y la finalidad perseguida, la SDC consideró que sí existía una conexión entre ambos elementos pues una atención más rápida es una forma de retribuir la preferencia de los clientes por los servicios del Banco. Fidelizar a los consumidores constituye uno de los más adecuados medios a disposición de las empresas para ganar competitividad y aumentar el número de consumidores que adquieren sus productos y servicios. La cualidad de habitual de un cliente puede justificar que su proveedor le ofrezca o reserve mejores condiciones de venta o de prestación de servicios, que se suele manifestar en un trato preferente en el tiempo o en el espacio, como ha sucedido en el presente caso.

⁷⁰ Estrategia que mantienen casi todos los Bancos en la actualidad. En algunos casos, las entidades bancarias han creado divisiones y agencias especiales para atender a sus mejores clientes y no por ello se podrá considerar esta práctica como discriminatoria (por razones económicas). Este es el caso del Banco de Crédito con su División BCP Enalta. Véase www.bcpenalta.com.

Por último, la medida adoptada era proporcional a la finalidad perseguida, pues no se demostró que el Banco hubiere postergado en forma absoluta a los usuarios de sus servicios que no ostentan la condición de clientes frente a quienes sí lo son, sino que atiende a 4 grupos en forma paralela, otorgando mayor fluidez en la atención a los usuarios de la serie A, luego a los de la serie B, C y finalmente a los de la serie D.

En consecuencia, la práctica ejecutada por el Banco denunciado no configuraba un acto de discriminación sino un acto de diferenciación entre los usuarios de sus servicios, basado en un criterio objetivo y, por lo tanto, resultaba lícito. Por ello, mediante Resolución N° 0277-2007/TDC-INDECOPI del 1 de marzo de 2007, la SDC confirmó la decisión de primera instancia.

En el año 2008 se creó una nueva Sala de Defensa de la Competencia conocería en segunda y última instancia administrativa los casos tramitados en INDECOPI en materia concursal y de protección al consumidor. Posteriormente, el ente administrativo advirtió que dada la gran cantidad de casuística en ambas ramas, se debía restringir de manera exclusiva el conocimiento de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 (SDC 2) a casos en materia de protección al consumidor, es decir expedientes que se habían originado en primera instancia ante la CPC o ante las distintas Comisiones del INDECOPI en otras provincias del Perú.

La posición de la SDC 2 en materia de discriminación no se hizo esperar mucho. Así pues, se presentó una denuncia del señor Julio Enrique Velásquez Giacarini (conocido ex dirigente futbolístico) contra la Sastrería Arbildo E.I.R.L. El primero refirió que por más de 10 años fue cliente de la denunciada, siendo que en agosto de 2007 visitó la sastrería a fin de recoger dos sacos (chaquetas) pendientes de entrega por arreglos a la confección inicial, recibiendo un trato descortés por parte del personal de la denunciada, motivo por el cual reclamó telefónicamente lo sucedido. Posteriormente, envió cortes de tela para un trabajo de confección; sin embargo, la administradora de la denunciada se negó a recibirlas y a prestar el servicio de confección,

manifestando que ello se debía al descontento del denunciante respecto de las últimas confecciones efectuadas, hecho que el señor Velásquez consideró discriminatorio.

La proveedora indicó que el denunciante, a pesar de ser un cliente frecuente siempre se quejó por el servicio brindado, señalando injustificadamente que la confección era mala o de mala calidad, que había mucha demora en la entrega de las prendas, que el servicio era muy caro y que, en general, la atención era deficiente. Asimismo, manifestó que el denunciante se había comportado en forma inapropiada muchas veces y se había dirigido a los vendedores, sastres y dependientes en forma inadecuada, hiriendo susceptibilidades y a la vista de otros clientes, mellando de esa manera la imagen comercial de la empresa, lo cual se encontraba acreditado con las declaraciones juradas de sus trabajadores. Fue en mérito a dichos documentos que la CPC concluyó que la denunciada negó el servicio de confección al señor Velásquez por una causa justificada, esto es, la tranquilidad y comodidad del resto de los consumidores que asistían a su local comercial, así como la de su personal, por lo que declaró infundada la denuncia por Resolución N° 588-2008/CPC del 2 de abril de 2008 (Expediente N° 2011 - 2007/CPC).

La referida decisión fue apelada por el señor Velásquez y así, la SDC 2, en la Resolución 0421-2008/SC2-INDECOPI, consideró que en los actos de discriminación, la pertenencia a un grupo determinado hace que los individuos que lo integran no sean juzgados por sus méritos y acciones sino por los prejuicios de cierto segmento de la sociedad que los generaliza de manera injustificada y les aplica un tratamiento distinto al aplicado a los demás. Atendiendo a lo expuesto, se configurará un acto de discriminación en consumo cuando se advierta que el consumidor pertenece a un grupo determinado, caracterizado por un preferencia sexual, raza, sexo, idioma específico –entre otros– en los términos señalados en el numeral 2 del artículo

2° de la Constitución⁷¹ y que, en mérito a dicha condición es que se le ha negado la prestación de un servicio o la adquisición de un producto.

De este modo, según el criterio de la SDC 2, la autoridad administrativa debía verificar, en primer lugar, la pertenencia del consumidor a un grupo en particular cuyas características o condiciones, pese a ser reconocidas constitucionalmente, son observadas por el prestador del producto o servicio, generando que reciba un tratamiento distinto por poseer dichas características o condiciones, y una vez advertida tal situación, se deberá determinar la existencia de una exclusión, una selección u otra práctica similar que impida que el consumidor contrate con el proveedor. Como consecuencia de ello, la Sala consideró que no se había negado los servicios al denunciante por tener determinadas condiciones “no deseables” en comparación con otros consumidores, más allá de la animadversión manifiesta existente entre ambas partes. Por el contrario, como el propio denunciante lo había manifestado en su denuncia, fue cliente de la sastrería por más de 10 años sin haber tenido previamente problema alguno. La atención del señor Velásquez como cliente del denunciado en todo este tiempo descarta que los hechos denunciados configuren un supuesto de discriminación, pues la negativa en estos casos suele presentarse, a criterio de la Sala, desde el primer contacto entre el consumidor y el proveedor.

Este criterio de la SDC 2 fue muy cuestionado, pues se consideró, con justa razón, que las personas que sufrían discriminación tenían que darse cuenta que eran tratados de manera diferente por un factor o característica particular. Se entendía que los actos de discriminación en la generalidad de los casos se realizan de manera disimulada, por lo que con el nuevo criterio jurisprudencial se limitaba la posibilidad de que los consumidores puedan

⁷¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:
(...)

2. 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.

advertir las verdaderas (e ilícitas) razones por las cuales era tratado de manera diferente.

Sin embargo, este mismo criterio, fue aplicado por la SDC 2 para desestimar otra denuncia, la del señor Luis Flavio Luna Cuenca contra Autoservicio Circolo E.I.R.L. (tramitada bajo el Expediente N° 241-2008/CPC). El denunciante manifestó que el 22 de enero de 2008, mientras se encontraba en el establecimiento del denunciado, personal de la tienda le impidió que se desplazara y lo revisaron avergonzándolo delante de los demás empleados y clientes⁷², aduciendo que se habría apropiado de un molde de queso.

Así pues, la referida Sala mediante Resolución N° 0541-2008/SC2-INDECOPI del 17 de diciembre de 2008 confirmó la decisión de la CPC que había declarado infundada la denuncia –por falta de pruebas- pero señalando que no se había identificado al señor Luna como parte de un grupo al que se le vinculan ciertas características y condiciones reconocidas constitucionalmente y que, por dicha pertenencia, haya recibido un trato distinto a los demás por parte del proveedor, condición necesaria para que se configure el primer supuesto para analizar las denuncias por actos de discriminación.

Más allá de estos criterios cuestionables, lo que en realidad había surgido en estos casos era la necesidad de distinguir los casos de discriminación y los casos de trato diferenciado ilícito. En efecto, las denuncias anteriormente mencionadas no resistían la imputación de un supuesto de discriminación por casuales que afectaban la dignidad de las personas (motivos de raza, sexo, nivel socioeconómico, etc.), sino más bien como comportamientos arbitrarios de parte de los proveedores que se negaban a contratar con los consumidores afectados sin tener en cuenta cuestiones de raza, sexo, religión, origen, etc.

⁷² El denunciante señaló lo siguiente: “(el personal) impidió que me desplazara y acto seguido me levantó el polo para luego revisarme con sus manos la parte abdominal de mi cuerpo, como también mi espalda, además de revisarme el canguro, el mismo que lo levantó para ver la zona de los genitales (...)”.

La figura del trato diferenciado ilícito ha sido cuestionada como tipo infractor distinto a la discriminación. Así para Victor Baca “cabría afirmar que el CPDC no distingue expresamente entre una categoría genérica de selección injustificada de clientela y otra agravada de discriminación; sino que por un lado, prohíben la discriminación mientras que, por otro, establecen que el trato diferenciado puede justificarse en razones objetivas y razonables, entre las cuales se incluyen las medidas de seguridad del establecimiento o la tranquilidad de los clientes. Es decir, si el trato diferenciado se justifica, no es infracción, pero si no lo hace, será discriminación. Es evidente que unos casos de trato diferenciado ilícito serán más graves que otros, pero esto no justificaría crear dos tipos infractores diferentes sino graduar la sanción, tomando en cuenta la afectación que se hubiera producido a la dignidad de las personas”.⁷³

El mismo autor agrega: “no obstante, es preciso reconocer que aquí la redacción del CPDC es poco afortunada al ser poco clara, ya que al regular en dos incisos diferentes la prohibición de discriminación y la prohibición de exclusión, puede dar pie a entender que se trata de dos infracciones diferentes, con importantes consecuencias de cara a la constatación de la primera. Así, en segundo lugar, es discutible también la interpretación que, como consecuencia de la diferencia entre los dos tipos infractores, se ha hecho de las normas que regulan la carga de la prueba. Según el ordenamiento positivo, le corresponde probar al consumidor que la conducta es discriminatoria cuando el proveedor ha logrado acreditar la existencia de una causa objetiva y razonable. Sin embargo, de acuerdo a la interpretación del Tribunal, basta que el proveedor alegue una causa –ya sea que efectivamente se verifique en el caso concreto o no- para que el consumidor tenga que probar que se trata de una conducta discriminatoria, en tanto lo afecta como parte de un grupo cuyas características son valoradas negativamente. La prueba de la discriminación, por tanto, se hace muy difícil. Sin embargo, lo que establece el CPDC, y antes lo hacía el

⁷³ Víctor BACA ONETO, en *Protección al consumidor. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*, Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPI, INDECOPI, Lima, 2013, pág. 41.

TUO-CONSUMIDOR, es que el consumidor debe probar que el trato es diferenciado y sólo si el proveedor demuestra que la diferencia es objetiva y razonable, debe probar además que ésta oculta una discriminación. Pero si la diferenciación no es razonable ni objetiva, ¿tiene que probar igualmente el (consumidor) haber sufrido una discriminación? Evidentemente, se trata de una tarea realmente ardua que ha llevado a que en los últimos años escaseen las resoluciones sobre discriminación”.⁷⁴

A nuestro criterio se debe mantener la distinción la cual es muy útil para poder así desarrollar procedimientos más céleres y establecer sanciones más eficaces. En efecto, dada la gravedad de la infracción consistente en la discriminación propiamente dicha, se tendrán que actuar medios probatorios más exhaustivos para así poder declarar fundada la denuncia de parte o de oficio. Sobre todo, es mucho mejor trasladar un mensaje claro a los agentes del mercado (consumidores o proveedores) de que existen dos tipos infractores distintos a fin que no se planteen casos como discriminación cuando más bien se trata de una actuación arbitraria del proveedor, sin la aplicación de prejuicios por raza, condición socioeconómica, orientación sexual, discapacidad, etc.

5. Negativa injustificada a contratar y oferta al público

Como lo afirma Luis Castillo, “al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio, con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”.⁷⁵

⁷⁴ Víctor BACA ONETO, *Protección al consumidor*, op. cit. págs. 41-42.

⁷⁵ Luis Fernando CASTILLO CÓRDOVA, *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 12, enero-junio 2005, págs. 102-103. Véase también Jaime ARAUJO RENTERÍA, *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales*, en *Jurisprudencia Constitucional*, Año 1, N° 3, junio 2005, pág. 59 y ss.

Contra esta y otras posiciones conflictivistas, Luis Castillo ha afirmado que “ningún derecho fundamental puede exigir que se legitimen intromisiones o sacrificios del contenido de otro derecho fundamental. De esta manera y por principio, ningún derecho fundamental (mejor todavía, su contenido jurídico) se sobrepone para desplazar el contenido de otro derecho humano en un litigio concreto, sino que por el contrario, en cada caso, cada derecho y todo derecho tiene un contenido que se ajusta y es compatible con el contenido de los demás derechos, de modo que en la práctica también resultan realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica”.⁷⁶

En el caso de la discriminación en el consumo, como veremos más adelante, esta práctica prohibida no puede ser justificada por el ejercicio de la libertad de contratar, la autonomía privada o el derecho a la libertad de asociación. Vamos a advertir claramente, cómo las normas en materia de protección al consumidor son de carácter imperativo y, por ende, no se pueden llevar a cabo conductas en contra de dichas disposiciones.

Un tema muy importante es diferenciar la oferta al público prevista en la legislación civil y la oferta a los consumidores en la legislación especial. Esto es importante pues se podría decir que aquellas personas que llevan a cabo negocios en establecimientos abiertos al público pueden escoger o no a los clientes con los cuales quieren contratar.

⁷⁶ Luis Fernando CASTILLO CÓRDOVA, op. cit., pág. 111. A ello agrega el autor: “el proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o por su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho. Los conflictos de los derechos se resuelven, por tanto, desde la determinación del contenido y ámbito de los derechos supuestamente colisionados”. *Ibidem*, pág. 118.

El artículo 1388 del Código Civil⁷⁷, regula la denominada oferta al público, por lo que resulta conveniente la aplicación de la normativa pro consumidor a las relaciones jurídicas donde la vinculación de la oferta se hace necesaria en un contexto actual donde las expectativas de los consumidores merecen tutela.

En efecto, reconocemos que el consumidor y en general cualquier sujeto sometido al hostigamiento de la publicidad comercial, se encuentra en una especial situación donde la saturación de la información no le permite tomar decisiones óptimas, no al menos desde el punto de vista de la ciencia económica.

De la Puente y Lavalle nos muestra que en la Ponencia original del artículo 1388 se había previsto un dispositivo (artículo 65) que establecía que la oferta al público valía como propuesta si contuviera los extremos esenciales del contrato, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos o costumbres. La revocación de la oferta -agregaba la misma norma en formación- si fuere hecha en la misma forma de la propuesta o en una forma equivalente, es eficaz aún respecto de quien no haya tenido noticias de ella. Dicho autor subraya que este criterio se varió –y producto de ello se varió la redacción de la norma- en cuanto, por un lado, este régimen de obligatoriedad de la oferta al público, hubiese obligado al oferente frente a todos los que aceptaran esta oferta, lo cual en muchos casos no sería posible y, por otro lado, tomando en cuenta la carencia de una declaración recepticia propia de la oferta común.⁷⁸

⁷⁷ **Artículo 1388.-** La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

⁷⁸ Cfr. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en general*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 623 y 624.

Hugo Forno⁷⁹ lanzó los primeros cuestionamientos al tratamiento legislativo de la denominada oferta al público. Así pues refirió que tradicionalmente se ha brindado preocupación no por el destinatario de la declaración, o sea el público, la masa de consumidores; dándose interés por proteger al declarante, aun frente al consumidor, porque parecería que podría quedar vinculado por más contratos de los que podría cumplir. Entonces, para tutelar a quien ofrece al público se sacrifica el interés del consumidor, pretendiendo que lo que aquél ha hecho es más bien una invitación a ofrecer. Así tal solución permite a quien ha hecho una “invitación a ofrecer” rechazar no sólo las “ofertas” de los consumidores que exceden las posibilidades de aquél, sino que incluso puede rechazar las “ofertas” que se hagan dentro del límite de la capacidad del que invita.

Para el referido jurista es claro que la oferta al público encuentra su límite cuantitativo en atención al volumen o cantidad de mercadería disponible por parte del oferente, o a la potencialidad de su organización, si se trata de oferta de servicios, salvo que en la declaración se fije el límite de la oferta, en cuyo caso debe atenderse a este límite, porque lo contrario no responde a los dictados de la razón; sería absurdo suponer que un empresario, cuando ofrece al público sin indicar el límite lo hace por encima de sus posibilidades.

Así pues, el citado autor advirtió que en una realidad como la nuestra en donde campea la informalidad, en donde el consumidor no es por lo general de un nivel cultural promedio, se hacía imprescindible algún mecanismo de tutela del destinatario de la oferta al público que se concilie, no obstante, con el interés del oferente. En tal sentido, debe partirse de la regla general de considerar que toda oferta al público, en la medida en que reúna todos los requisitos necesarios, es una auténtica oferta de contratar dirigida al público. En segundo término, si la oferta al público indica su propio límite, entonces debe estarse a dicho límite. En tercer lugar, si la oferta no indica ningún límite debe entenderse que el límite está determinado por la capacidad del oferente

⁷⁹ Cfr. Hugo FORNO FLOREZ, *La Oferta al Público: razones para una discrepancia*, en Derecho, N° 45 diciembre, 1991, págs.215-263.

pero, para proteger al destinatario, debe establecerse que el oferente debe probar que la aceptación se produjo por encima de su límite. O sea, como el oferente tiene la posibilidad de indicar explícitamente el límite de su oferta y no lo hace, pesa sobre él la carga de probar cuál era su límite y, por tanto, que esa aceptación rebasó dicho límite y, por ello, no hay contrato. De esta manera, el aceptante no tiene que probar cuál es el límite del oferente y que su aceptación está dentro de ese límite, ya que producida la aceptación se presume (*luris Tantum*) que está dentro del límite, salvo que el oferente demuestre lo contrario.

No podemos dejar de relevar la actualidad y vigencia de dichas reflexiones, especialmente en torno a la idiosincrasia del consumidor peruano. Es cierto que el Código Civil no cumplió con regular una situación que a todas luces se evidenciaba como perjudicial para los intereses de los consumidores, aquella masa de personas que se encontraba a merced de ver limitadas y frustradas sus intenciones de adquisición de bienes o servicios puestos en su conocimiento vía la publicidad comercial. A nuestro criterio, el consumidor no es una persona que maximiza sus beneficios e intereses económicos en base a un análisis profundo de los datos ofrecidos por los agentes proveedores, siendo mas bien claro que si desea satisfacer algún tipo de necesidad (primaria, secundaria, superficial, etc.) se encuentra ante las propuestas de diferenciación de calidad y precio, pero jamás de mejora o competencia empresarial en relación a las condiciones contractuales predispuestas por el proveedor a través de los contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales de contratación, donde incluso se suelen incluir cláusulas de limitación de responsabilidad o de “voluntaria” satisfacción del estado de los bienes o servicios ofrecidos.

Felizmente apareció la legislación pro consumidor (en el año 1991 con la LPC) y con ella el reconocimiento del carácter vinculante de la oferta hecha por el proveedor al público (grupo indeterminado o no de personas). Fue a partir de entonces como confluyeron dos regulaciones para el caso de aquellas propuestas hechas por agentes del mercado deseosos de encontrar una

variedad de destinatarios de las ofertas con quienes se puede celebrar un contrato en relación a bienes o servicios. Así, Yuri Vega⁸⁰ identifica dos tipos de ofertas masivas: la oferta a los consumidores y la oferta al público. La primera requiere lo siguiente:

- a) En primer término, la oferta debe ser hecha por un proveedor.
- b) Complementariamente, ella debe estar dirigida a los consumidores o destinatarios finales de un bien o servicio. Lo que quiere decir que, si la propuesta, a pesar de ser efectuada por un proveedor, recae sobre productos que serán involucrados en un nuevo proceso productivo, no podrá ser considerada como una oferta dirigida a "consumidores", dada la calidad de los adquirentes.
- c) Las condiciones dentro de las cuales se formula la oferta y el objetivo que se persigue también deben gravitar en este panorama. Si el mecanismo al cual se recurre (la publicidad o, más ampliamente, el marketing) tiene como propósito incrementar el objetivo de ventas, siempre y cuando se cumplan los dos anteriores requisitos, no cabrá duda que la propuesta debe ser entendida como una oferta a los consumidores. Una de esas condiciones es que la oferta sea lanzada al mercado, o sea, que ingrese al canal de intercambio de bienes y servicios, en el cual se desenvuelve habitualmente el proveedor y al cual concurren los consumidores.

Contrariamente, para el mismo autor, en opinión que compartimos, la oferta al público es tal si:

- (i) Es formulada por quien no es proveedor o, si lo es, se despoja de dicha condición. Si no se libera de su oficio, no busca destinatarios finales

⁸⁰ Yuri VEGA MERE, *Ulteriores y breves consideraciones sobre los contratos concluidos con arreglo a ofertas dirigidas a los consumidores*, en *Ius et Veritas*, N° 19, diciembre 1999, Lima, pág. 76 y ss.

sino, simple y llanamente, adquirentes que iniciarán un nuevo proceso productivo.

- (ii) Complementariamente, es una propuesta dirigida a un número indeterminado de personas, pero sin el objetivo de contar con un universo amplio de consumidores. Sólo se busca al mejor. Si pretende un elevado número de adquirentes, éstos no deben ser usuarios finales.
- (iii) Los bienes que están en juego serán, posiblemente, ciertos; no obstante, esta naturaleza también se presenta en el caso de la oferta a los consumidores (por ejemplo, venta de automóviles).
- (iv) El adquirente puede, como no, ser destinatario final de un bien o servicio. Ejemplo del primer caso es quien adquiere una casa para habitarla, ofertada por un particular. Ejemplo del segundo caso es la adquisición de cobre para fabricar cables para electricidad.

Consideramos adecuado que se mantenga tal diferenciación en base al ámbito de aplicación de nuestro actual CPDC (y antes en la LPC). Nuestra afirmación encuentra sentido si se aprecia el debido y justo ensanchamiento de la figura del consumidor y por ende de la competencia del INDECOPI –ente administrativo encargado de aplicar tal normativa- en relación a todas aquellas relaciones de consumo, así como en aquellas situaciones o mercados donde los productos o servicios puedan ser indistintamente adquiridos por consumidores propiamente tales (según la definición legal o jurisprudencial) o no (clientes, en general). Por el contrario, cuando alguien coloque un aviso o publicite su intención de vender u ofrecer un servicio, sin que se caracterice la futura existencia de una relación de consumo, será aplicable la legislación civil y en este sentido se deberá aún considerar dicha oferta como una invitación a ofrecer (siendo por ello necesario que sólo cambie su denominación para evitar irritables confusiones).

Con estas ideas, queremos rescatar el hecho que un proveedor no podrá excusarse en atender a un potencial consumidor o usuario por una supuesta facultad que goza según las normas del Derecho Civil. En efecto, todo proveedor con un establecimiento abierto al público, como es una discoteca o restaurante, debe ofrecer sus servicios en las mismas condiciones de acceso y con todas las prestaciones a su cargo a los clientes que quieran acceder a dichos locales. De esta manera se evita que un proveedor puedan seleccionar de manera arbitraria a las personas con las cuales va a celebrar un contrato de prestación de servicios de esparcimiento, pues ello conduce a que esta selección se convierta en una práctica de discriminación encubierta.

Como dice Luis Sáenz “el mercado representa un instrumento de circulación y oferta de bienes y servicios. Usualmente debería ser plenamente libre, pero dicha aspiración que sin duda se cumple en la mayoría de los casos a veces encuentra su escollo en la presencia de los llamados monopolios, que impiden que ciertos productos o servicios puedan llegar al mercado, o que pese a lograrlo, terminen por perecer frente a verdaderos monstruos de la publicidad”.⁸¹

En este punto, resulta relevante no caer en subjetivismos al momento de calificar las conductas. Así, como lo afirma Juan Espinoza, “a veces el parámetro objetivo de los proveedores suele ser satanizado por un periodismo malsano que confunde a la ciudadanía. En efecto, téngase como ejemplo el caso de un proveedor que vende ropa de una cierta marca y quiere (a través del préstamo de prendas de vestir para una sesión fotográfica de personajes públicos organizada por una revista comercial) posicionar su producto en un segmento determinado del mercado (vg. ejecutivos) ¿ello significa que está discriminando a los demás? Creo que la respuesta correcta es la negativa. Distinto sería el caso que no se quiera vender (o ni siquiera se permita el ingreso al local) a un tipo determinado de personas. En el primer supuesto es el

⁸¹ Luis SÁENZ DÁVALOS, *La defensa del consumidor en el Derecho constitucional*, en Revista Jurídica del Perú, N° 42, enero, 2008, págs. 122-123.

de una diferenciación objetiva; los segundos, qué duda cabe, de discriminación”.⁸²



⁸² Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de los Consumidores*, op. cit., pág. 269.

CAPÍTULO III

LA LABOR DEL INDECOPI EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN

1. Facultades del INDECOPI en la materia

El INDECOPI, es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Creado el año 1992 mediante Decreto Ley N° 25868, tiene como una de sus principales funciones, según el Decreto Legislativo N° 1033 (del año 2008) –Ley de Organización y Funciones– proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.

Al momento de su creación, y según su primera Ley de Organización y Funciones, se señalaba que el INDECOPI era el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger: a) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; b) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; c) la calidad de los productos; y, d) otros que se le asignen.

Como se puede ver, existe un gran cambio entre la inicial formulación de las funciones del INDECOPI y la actual regulación. Destaca sobre todo, que este organismo público protege a los consumidores y busca evitar la discriminación en el consumo. Así pues, en la década del 90, cuando se creó el INDECOPI con sus limitaciones funcionales, no se consideraba a las prácticas discriminatorias como una lesión de los derechos de los

consumidores. Por ello no tenía reconocimiento legal y el desarrollo jurisprudencial tampoco fue relevante en esta materia.

Ahora bien, como siempre sucede en materia jurídica, una infracción se tipifica cuando se detectan problemas que afectan determinados bienes jurídicos y existe una política legislativa que recoge el pedido de la sociedad para que sancione una conducta determinada.

Así pues, a fines de la década del 90, el INDECOPI ya venía investigando y sancionando casos, la mayoría promovidos de oficio, por prácticas de trato desigual que para entonces no tenían un sustrato legal específico. De esta manera, se consideró que negar el ingreso a una persona por motivos raciales, socioeconómicos, de origen, etc. trasgredía el deber de idoneidad pues frustraba las expectativas de los eventuales consumidores o usuarios a acceder a los productos o servicios de manera equitativa.

Ante la lamentable realidad por la que no eran pocas, sino muchas, las discotecas que practicaban evidentes conductas segregacionistas, el INDECOPI emitió el Documento de Trabajo N° 3-1998 del 24 de noviembre de 1998 en el cual concluyó que era necesario efectuar modificaciones al marco legislativo e incorporar la figura de la discriminación en el consumo en la entonces LPC.

En dicho informe se precisó que “(n)o era posible construir un sistema económico orientado a brindar a los consumidores más y mejores opciones, si no se respeta, en su base, la dignidad de la persona. El concepto de consumidor no es otra cosa que la dimensión económica del ciudadano. No es posible ser un auténtico consumidor si la ciudadanía no está realmente garantizada, de la misma manera como no es posible garantizar una verdadera ciudadanía si los derechos del consumidor no son puestos en vigencia”.⁸³

⁸³ Área de Estudios Económicos del INDECOPI. *Documento de Trabajo N° 3-1998. El Derecho a no ser discriminado en el consumo*, Lima, 24 de noviembre de 1998, págs. 11 y 12. Disponible en la página web: www.bvindecopi.gob.pe/doctra/1998/d98003.pdf

Asimismo, el INDECOPI señaló que “la selección de las personas que pretenden adquirir un bien o servicio ofrecido por los proveedores en el mercado, basada en consideraciones de índole racial, socio económica, u otra similar, importa igualmente una afectación de los derechos de dichos ciudadanos como consumidores, contraviniendo la lógica y los principios básicos no sólo del respeto a los derechos humanos, sino aquellos que inspiran el sistema económico imperante y la leal y honesta competencia. Es por esta razón que el tratamiento de estas prácticas discriminatorias constituye un tema de mercado”.⁸⁴

Así pues, “sin perjuicio de los mecanismos de protección contemplados en las acciones constitucionales, debe quedar claramente establecida la existencia de mecanismos de protección a través de la actuación administrativa. Ello dado la doble dimensión del derecho a no ser discriminado, como derecho fundamental de la persona y derecho del ciudadano como consumidor”. Y más adelante se precisó que “sostener que por ser el derecho a no ser discriminado uno fundamental cuya tutela está reservada al Poder Judicial, es un despropósito en términos de la función del Estado. Toda la actividad estatal, sin excepción, debe estar enmarcada dentro de los alcances de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. El Ministerio de Salud tutela el derecho a la vida al desarrollar las políticas de salud. El Ministerio del Interior debe desarrollar aquellas políticas que tutelen el derecho a la integridad personal y a la seguridad. Decir que la protección de los derechos constitucionales es sólo competencia de los tribunales es privar al Estado en su conjunto de herramientas para conseguir una protección efectiva de la dignidad humana”.⁸⁵

Es que para el INDECOPI, según el referido Documento de Trabajo, “en una economía de mercado, en la que se procura que la leal y honesta

⁸⁴ Ibídem, pág. 12.

⁸⁵ Ibídem, pág. 12.

competencia facilite una adecuada asignación de recursos entre los agentes del mercado, la selección de los consumidores que se manifiesta a través de prácticas discriminatorias por motivos de raza, condición socio económica u otras similares, desnaturaliza el sentido y la lógica comercial que debe aplicarse en las relaciones de consumo. La economía de mercado y una diferenciación en el tratamiento de las personas, no justificada en un propósito comercial razonable, no son compatibles. No es el color de la piel o una calificación subjetiva -cuando no arbitraria- del nivel socio económico de una persona, un criterio suficiente para que los proveedores limiten o restrinjan el acceso de los consumidores a los bienes y servicios que ofrecen en el mercado. No son esos criterios de selección válidos en el sistema económico imperante, como sí lo son la capacidad adquisitiva, y el deseo y la posibilidad de satisfacer las necesidades personales (de esparcimiento, de alimentación, de vivienda, etc.) pagando por ello el valor que los proveedores -en el marco de la libre competencia- establecen en el mercado”.⁸⁶

Finalmente, el INDECOPI concluyó que "no era adecuado tipificar los actos de discriminación de consumidores en locales abiertos al público como delito". Así pues, "el organismo administrativo puede llegar a tener mayores niveles de especialización y alcanzar un mejor manejo de los recursos existentes para combatir estas prácticas, en tanto su competencia se encuentra circunscrita a un ámbito mucho más reducido. La existencia de sanciones administrativas adecuadas puede contribuir a un desincentivo específico sin tener que recurrirse al recurso extremo que usa la sociedad para desincentivar conductas, es decir el Derecho Penal". Y a continuación ejemplificó que "por años se ha tipificado la publicidad engañosa como un delito. (...) Sin embargo, la aplicación de normas administrativas por el INDECOPI ha contribuido de manera efectiva a mejorar la publicidad y desincentivar casos de publicidad engañosa sin que haya sido necesario recurrir al Poder Judicial. No es necesario, por ello, penalizar la conducta para conseguir su corrección. La aplicación de un adecuado rol promotor, reforzado con sanciones pecuniarias

⁸⁶ Ibídem, págs. 12 y 13.

adecuadas, son mecanismos de probada efectividad para corregir una serie de infracciones a las normas que atañen al buen funcionamiento del sistema económico”. De este modo “no es la gravedad de la sanción lo que soluciona los problemas, sino la efectividad de la acción. Dentro de esta línea, el INDECOPI considera que las prácticas discriminatorias en el mercado no pueden ni deben ser toleradas, pero de igual modo consideramos que el Derecho Penal no debe ser utilizado para evitarlas, salvo que existan circunstancias adicionales que involucren delitos actualmente tipificados como tales”.⁸⁷

Por su parte, en el Congreso se debatieron distintas iniciativas de ley para corregir estas conductas. Así, mediante la Iniciativa N° 03655 de mayo de 1998 se propuso establecer que todo establecimiento que preste servicios de entretenimiento, tales como discotecas, pubs, bares, casinos, dirigidos sólo a sus socios, tenía la obligación de abstenerse de consignar por cualquier medio escrito o gráfico su denominación, nombre o cualquier otro signo gráfico o fonético en su local que tenga por fin promocionarse en forma pública. Posteriormente, mediante la Iniciativa N° 04153 del 3 de diciembre de 1998 se propuso sancionar con multa no menor a 10 UIT a las entidades prestadoras de servicios públicos que con criterio discriminatorio se nieguen a prestar sus servicios a cualquier persona que lo requiera, encargando al INDECOPI, la aplicación de las sanciones correspondientes.

Finalmente, la Iniciativa N° 04316, que recogió las conclusiones del ya citado Documento de Trabajo N° 3-1998, fue la que posteriormente determinó la promulgación de la Ley N° 27049 (del 31 de diciembre de 1998) por la cual se precisó los alcances del artículo 5° inciso d) de la LPC⁸⁸ y además se

⁸⁷ Ibídem, pág. 18.

⁸⁸ **Artículo 5.-** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

- 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;

incorporó una nueva norma⁸⁹ colocada sistemáticamente antes del artículo 8° sobre el deber de idoneidad.

Puesto que las formas de discriminación han sido de lo más variadas, entonces la discriminación no podía ser combatida sin incluir un aspecto penal para sancionarla. Así, esta figura está tipificada en el Código Penal, pero no desde su original formulación. Si bien la Constitución de 1993 –como su antecedente- prohíbe la discriminación en su artículo 2° inciso 2, el cuerpo legislativo en materia penal (del año 1991) no lo consideró como delito sino recién en el año 2000 mediante Ley N° 27270. En la Exposición de Motivos del Código Penal se hacía referencia a la prohibición de la discriminación, pero como fundamento del delito de Genocidio. El tiempo hizo ver que la práctica ilícita de la discriminación no sólo se materializaba a través del homicidio sino a través de otras formas que afectaban la dignidad y la igualdad entre de las personas.

El tipo penal de la discriminación del año 2000⁹⁰ se modificó en el año 2006 por la siguiente formulación:

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.

⁸⁹ **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.

⁹⁰ **Artículo 323.- Discriminación de personas.-** El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de

“**Artículo 323.-** El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental.”

Dicha norma surgió del repudio por parte de la sociedad peruana contra criterios utilizados por empleadores que entonces –como todavía sucede hoy– exigían que los postulantes a un puesto de trabajo debían provenir de “Universidades de prestigio” o bien debían tener “buena presencia”, etc. Como consecuencia de las constantes denuncias a nivel periodístico de estas prácticas se consideró necesario dictar dicha norma y además incluir prohibiciones de discriminación en las ofertas de empleo.⁹¹

servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas.

Si el agente es funcionario público la pena será prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas e inhabilitación por tres años, conforme al inciso 2) del Artículo 36.

⁹¹ Un dato relevante es que la norma fue promulgada a dos días de la segunda vuelta de las elecciones presidenciales (28 de mayo de 2000) cuando el ex Presidente Alberto Fujimori se presentó en solitario ante la renuncia del otro candidato presidencial. Se aprecia así que la norma pudo tener motivos populistas y electoreros.

Con las normas incorporadas en la LPC, vigentes desde el primer día de 1999, se estructuraron los nuevos procedimientos administrativos dirigidos hacia la sanción de las prácticas que importaban la prohibición de ingreso de personas a discotecas y otros lugares de esparcimiento u ocio.

Pero fue mucho más adelante, en el año 2008, que se incorporaron nuevas modificaciones a la LPC mediante el Decreto Legislativo N° 1045^o, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor. Así se incluyó en la LPC una nueva norma (que luego fue enumerada como Tercera Disposición del Anexo) por la cual, a efectos de evaluar la conducta de los proveedores en los casos de denuncias por discriminación en el consumo, se debía tener en cuenta la obligación de los establecimientos abiertos al público que establezcan restricciones objetivas y justificadas de acceso a sus instalaciones, 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.

De manera más reciente, con el CPDC, se recogieron las normas (modificadas) de la LPC recalcando la necesidad que se proscriban todo tipo de prácticas de discriminación en el consumo.

Veremos en los párrafos siguientes cómo el INDECOPI ha investigado y sancionado las conductas de discriminación desde antes de la promulgación de la Ley N° 27049 y cómo se desarrolló la casuística con los artículos 5^o inciso d) y 7^o-B de LPC. Como podremos observar, el criterio no ha sido uniforme y en algunos casos, las denuncias han sido declaradas infundadas, ya sea por la Comisión de Protección al Consumidor como primera instancia administrativa – o alguna de las Comisiones de las Oficinas regionales- o por el Tribunal del INDECOPI a través de su Sala de Defensa de la Competencia (SDC)– y desde el año 2008 por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 (SDC 2), hoy

denominada Sala Especializada en Protección al Consumidor, como segunda y última instancia administrativa.

2. Casos investigados antes de la Ley N° 27049

Antes de la aparición del tipo infractor previsto en la LPC, el INDECOPI recibió denuncias sobre actos discriminatorios o bien investigó de oficio casos de esta naturaleza, llegando a sancionar algunas veces a los infractores.

Cuando no existía la norma del artículo 7^o-B, el ente administrativo canalizaba las denuncias administrativas como infracción al deber de idoneidad y además por infracción del artículo 5^o literales b), c) y d) de la LPC, bajo su original formulación.⁹²

Como además se podrá apreciar, en dicho entonces el INDECOPI consideraba que las denuncias iniciadas en procedimientos de oficio también podían ser materia de conciliación y por ende se podían dejar sin efecto las sanciones administrativas.

Asimismo, en el año 1998 el INDECOPI inició una campaña informativa a través de comunicados en diversos diarios y en el cual hizo conocer que los establecimientos abiertos al público debían permitir que los consumidores accedan a los servicios que brindan en condiciones de equidad sin discriminación, además de señalar que solamente podía restringirse el ingreso

⁹² **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;
- 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; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;

(...)

al público en dos situaciones: a) En los casos de asociaciones o clubes privados que, en armonía del derecho constitucional de asociación, sólo se permitía el ingreso de asociados, b) cuando el establecimiento se reservase el derecho de admisión; siendo que en ambos casos los establecimientos debían exhibir en lugar visible y de manera clara el motivo que justificaba la restricción, siendo las únicas restricciones válidas: las referidas a la mayoría de edad, de vestimenta (caso corbata), no ingreso en estado de ebriedad, y otras restricciones similares, siempre que se apliquen de manera objetiva y consistentes, sin discriminar por raza, condición socioeconómica u otro motivo que vulnere los derechos ciudadanos contraviniendo el orden público. Como veremos más adelante, el primer supuesto sobre la libertad de asociación, generó una problemática a través de la figura del fraude a la ley.

Mencionaremos a continuación algunos casos resueltos por la Comisión de Protección al Consumidor (CPC) y por el Tribunal del INDECOPI a través de su Sala de Defensa de la Competencia (SDC). Como se podrá apreciar, los casos estaban relacionados a procedimientos iniciados de oficio por el mismo INDECOPI o bien por la Asociación Peruana de Consumidores (ASPEC) por discriminación en el ingreso a discotecas.

2.1 Denuncias contra Bauhaus, Sol y Luna y Delirium Café & Bar

El 11 de mayo de 1998, la CPC inició procedimientos de oficio contra B.N.B. S.A., Servicios Turísticos Sol y Luna S.R.L. y ABB S.A. -titulares de las discotecas “Bauhaus”, “Sol y Luna” y “Delirium Café & Bar”, respectivamente-, pues en estos establecimientos se había impedido el ingreso de personas (funcionarios que habían actuado de manera encubierta⁹³) por causas que no eran objetivas, sino que se debían a sus rasgos físicos o condición social.

⁹³ En el caso de la discoteca “Delirium Café & Bar”, además de la visita inspectiva llevada a cabo por funcionarios de INDECOPI, se tuvo en cuenta el reportaje difundido en el programa del periodista César Hildebrant transmitido por el canal de televisión Red Global, en el cual también se podrían apreciar los hechos verificados por los funcionarios antes mencionados.

Posteriormente, la CPC determinó que los tres proveedores habían infringido las normas contenidas en los literales b), c) y d) del artículo 5° de la LPC. Asimismo, la CPC les impuso multas de 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)⁹⁴ a cada una y el cierre temporal de sus locales por espacio de 20 días.

Las resoluciones de la CPC fueron apeladas por las denunciadas, sin embargo estando los expedientes en la SDC, se llevaron a cabo Audiencias de Conciliación a principios de 1999, en las que las denunciadas y la CPC llegaron a acuerdos mutuamente satisfactorios. En dichos acuerdos, cada una de las empresas se comprometieron a adoptar una política de no discriminación en el local que conducían y a informar adecuadamente a los consumidores los requisitos de admisión para ingresar al mismo. Asimismo, las denunciadas reconocieron que la discriminación por motivos que no fuesen objetivos ni justificados, constituía una práctica que atentaba contra los derechos de los consumidores contenidos en la LPC.

Con ello, la SDC estimó que el conflicto de intereses materia de los procedimientos había sido resuelto y, atendiendo a que consideraba que los intereses de los consumidores se encontraban suficientemente garantizados con el acuerdo celebrado, declaró insubsistentes las resoluciones materia de impugnación y, en consecuencia, ordenó que se archiven los expedientes dictando las Resoluciones N° 0037-1999/TDC-INDECOPI (Expediente N° 177-1998-CPC), N° 0041-1999/TDC-INDECOPI (Expediente N° 178-1998-CPC) y N° 0042-1999/TDC-INDECOPI (Expediente N° 000179-1998-CPC), mediante las cuales aprobó los acuerdos conciliatorios.

Es cuestionable que se hayan llevado a cabo las audiencias de conciliación y, como consecuencia de ello, los acuerdos correspondientes. En primer lugar, por la materia tan sensible como es la discriminación. En segundo lugar, porque para entonces ya había sido incorporada la norma del artículo 7°-

⁹⁴ En el año 1998, cada UIT ascendía a S/. 2,600, mientras que en la actualidad, cada UIT equivale a S/. 3,850.

B, impulsada precisamente por el INDECOPI. Si bien no se iba a aplicar dicho dispositivo de manera retroactiva, definitivamente era necesario ser coherente con la sanción a las conductas repudiadas por el ente administrativo. Finalmente, se duda que en un procedimiento de tipo sancionador, como es el iniciado por la CPC, sea precisamente este órgano administrativo el que lleve a cabo el acuerdo conciliatorio con cada una de las proveedoras y las absuelva de sanción pecuniaria.

2.2 Denuncias contra The Edge y The Piano

El 8 de junio de 1998, como consecuencia de denuncias periodísticas⁹⁵, la CPC inició procedimientos de oficio contra American Disco S.A. y Merchant Investments Co. S.A., por restringir el acceso a sus establecimientos “The Edge” y “The Piano”, respectivamente, a determinadas personas utilizando criterios que estaban basados en las características físicas y raciales de éstas. Por su parte, el 29 de abril de 1998, ASPEC también interpuso una denuncia contra American Disco S.A., por los mismos supuestos.

El 13 de agosto de 1998, la CPC declaró fundadas las denuncias por infracción a los incisos b), c) y d) del artículo 5° de la LPC, sancionando a cada una de las denunciadas con multas de 20 UIT y con la clausura temporal de sus establecimientos por un plazo de 20 días. Para la CPC, se había vulnerado el derecho al acceso y elección que tenía todo consumidor, lo que había conllevado a una afectación de sus intereses económicos, debido a que veían restringida su posibilidad de satisfacer su necesidad de esparcimiento en base a una elección libre entre las opciones que ofrecía el mercado.

Las resoluciones de la CPC fueron apeladas por las denunciadas. American Disco S.A., a su vez, inició una acción de amparo (proceso de garantía constitucional) contra el INDECOPI por presunta violación de sus derechos constitucionales de libertad de contratación, reserva de convicciones

⁹⁵ Informe periodístico publicado en el diario La República del 26 de abril de 1998.

personales y libre empresa. En dicho proceso, Merchant Investments Co. S.A. también solicitó su incorporación como litisconsorte.

Por Resoluciones N° 0239-1998/TDC-INDECOPI (Expediente N° 000218-1998/CPC) del 9 de setiembre de 1998 y N° 0275-1998/TDC-INDECOPI (Expedientes N°180-98-CPC y N°253-98-CPC acumulados) del 7 de octubre de 1998, la SDC suspendió los efectos de las resoluciones apeladas en relación a la multa y la clausura temporal de los establecimientos de los denunciados, con el fin de evitar que se cause un perjuicio irreversible a tales empresas y a los consumidores, teniendo en cuenta que dicha Sala podría tener una percepción distinta a la de la CPC sobre los hechos controvertidos.

Mediante Resolución del 2 de octubre de 1998 la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de Lima, revocando la sentencia del Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, declaró fundada la acción de amparo y dispuso que el INDECOPI se abstenga de realizar publicaciones, inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes American Disco S.A. decida prestar sus servicios de discoteca que brinda en su local “The Edge”. Asimismo, se resolvió extender los mismos efectos a la litisconsorte Merchant Investments Co. S.A. con relación a la conducción de su local “The Piano”.

Como consecuencia de lo anterior, mediante Resoluciones N° 0316-1998/TDC-INDECOPI y N° 0317-1998/TDC-INDECOPI del 11 de noviembre de 1998, la SDC suspendió la tramitación de los dos procedimientos administrativos.

El 27 de octubre de 1998 el Procurador Público del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (sector al que pertenecía el INDECOPI en ese entonces) dedujo la nulidad de todo lo actuado en dicho proceso de amparo, debido a que no se había

cumplido con notificarle la demanda entablada contra la institución. Sin embargo, mediante Resolución N° 1054 la Sala de Derecho Público declaró improcedente la nulidad deducida. Posteriormente también denegó el recurso de apelación interpuesto por el Procurador contra la resolución antes señalada. Ante ello, el Procurador presentó un recurso de queja ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de que se admitiera a trámite su recurso de apelación. Finalmente, mediante Resolución del 8 de enero de 1999, la Sala Constitucional y Social declaró infundado el recurso de queja.

Por lo anterior, la SDC del INDECOPI, mediante Resoluciones N° 0200-1999/TDC-INDECOPI y 0200-1999/TDC-INDECOPI del 4 de junio de 1999, declaró insubsistentes las Resoluciones emitidas por la CPC que habían declarado fundados los procedimientos tramitados de oficio contra American Disco S.A. y Merchant Investments Co. S.A., disponiendo que se archiven los expedientes.

Los procesos de amparo iniciados por las denunciadas no fueron las únicas acciones legales. En efecto, el 21 de abril de 1998 se constituyeron sendas asociaciones civiles denominadas “The Piano Social Club” y “The Edge Social Club”⁹⁶ las cuales tenían en sus Consejos Directivos a los mismos accionistas de Merchant Investments Co. S.A. y American Disco S.A., respectivamente. El 24 abril de 1998, cada empresa suscribió un convenio de exclusividad con su respectiva asociación mediante el cual se obligó a permitir el ingreso exclusivo de sus miembros a las instalaciones de “The Piano” y “The Piano”, hecho que se hacía conocer al público mediante un letrero ubicado en la puerta del establecimiento el cual señalaba que “la casa se reserva el derecho de admisión”.

⁹⁶ El objeto social de la Asociación The Piano Social Club estaba dirigido a “propender a elevar la calidad del conocimiento musical, del “entertainment” moderno y de las nuevas tendencias del mundo del espectáculo entre sus asociados”. Por su parte, el objeto social de la Asociación The Edge Social Club era “promover vínculos de amistad entre los asociados con fines de entretenimiento, baile y diversión y promover vínculos de estudio respecto a las tendencias musicales contemporáneas”.

Fue en base a dicho ardid que las empresas denunciadas indicaron en los procedimientos administrativos que habían actuado de conformidad con el derecho constitucional de libertad asociación y, por ende, el INDECOPI no tenía la facultad de fiscalizar el contenido de los estatutos de las asociaciones civiles o los criterios que utilizaban para admitir a un miembro.

Para legitimar su accionar, en los estatutos de las referidas asociaciones se establecieron dos modalidades para admitir a los socios: una primera mediante el llenado de una solicitud que sería contestada por el administrador de la asociación en forma escrita en el plazo de siete días naturales; y, la segunda, que era más simple, se basaba en el criterio del administrador para admitir inmediatamente y sin ningún tipo de trámite a un candidato a socio, por lo que en dicho caso el administrador poseía todas las facultades discrecionales necesarias para admitir como socio a cualquier candidato que él considerase que reunía las cualidades morales para convertirse en miembro de la asociación, siendo uno de los criterios el referente a la antigüedad como cliente de las discotecas “The Edge” o “The Piano”, pudiendo además el administrador delegar dicha facultad discrecional a cualquier otra persona de su absoluta confianza. Inclusive, según el Estatuto, ni el administrador ni sus delegados, en el ejercicio de la calificación, estaban obligados a informar a los candidatos sobre los motivos de su inadmisibilidad como socios. Finalmente, el secretario de las asociaciones estaba autorizado a suscribir convenios con las empresas que administraban las discotecas “The Piano” y “The Edge” que permitieron el ingreso de los asociados a dichas discotecas.

En atención a los claros visos de ilegalidad en la creación de estas personas jurídicas no lucrativas, en junio de 1999, el Ministerio Público a través de la Sexta Fiscalía Provincial en lo Civil de Lima interpuso demanda de nulidad de los actos de constitución de las asociaciones The Piano Social Club

y The Edge Social Club (Expediente 21815-1999) en ejercicio de lo previsto en el artículo 96° del Código Civil⁹⁷.

En atención a que se consideró que las asociaciones demandadas se habían constituido con fraude a la ley al pretender con sus actos continuar infringiendo normas de orden público (en materia de igualdad y prohibición de discrimina), el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima por Resolución N° 64 del 23 de enero del 2002, declaró fundada la demanda y por ende nulos los actos jurídicos de constitución de las asociaciones "The Edge Social Club" y "The Piano Social Club", ordenando además la disolución de dichas personas jurídicas.

Esta decisión fue confirmada por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima mediante Resolución N° 08 del 3 de setiembre del 2003 (Expediente N° 1709-02).

Esta coyuntura propició que el INDECOPI, a fines de 1998, emita el ya citado Documento de Trabajo N° 3-1998 sustentando la necesidad de promulgar una ley que incorpore la figura de la discriminación como una infracción a los intereses de los consumidores.

3. Casuística posterior a la Ley N° 27049

Como se señaló en páginas anteriores, en el año 1999 entró en vigencia el nuevo marco de protección de los consumidores con la inclusión del artículo 7°-B y la precisión de los alcances del artículo 5 literal d) de la LPC.

⁹⁷ **Artículo 96.-** El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

La demanda se tramita como proceso abreviado, considerando como parte demandada a la asociación. Cualquier asociado está legitimado para intervenir en el proceso. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

En cualquier estado del proceso puede el Juez dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de las mismas."

Con esta nueva herramienta legal, el INDECOPI a través de la CPC inició nuevos procedimientos administrativos por discriminación en el consumo contra otros establecimientos. Además, otras Comisiones del INDECOPI al interior del país también promovieron investigaciones y procedimientos de oficio contra discotecas por realizar prácticas discriminatorias.

La casuística es profusa en materia de discriminación. Sin embargo, como lo hemos señalado desde un principio, nos interesa aquí analizar los casos de trato desigual en el acceso a establecimientos dedicados al esparcimiento. Por ello, restringiremos el estudio a aquellas denuncias referidas a personas cuyo ingreso fue restringido en discotecas, restaurantes o bares, o bien en condiciones similares sin una justificación objetiva y razonable.

En diversos casos en que el INDECOPI inició de oficio los procedimientos contra discotecas, el ente administrativo utilizó operativos o visitas inspectivas con funcionarios encubiertos. Así una pareja de rasgos mestizos intentaba primero ingresar al establecimiento, siendo impedida de ello por diversos motivos (supuestamente era una fiesta privada, no tenían invitación, no eran socios del club nocturno, el local estaba en su límite máximo de capacidad, etc.), para luego, y por el contrario, la siguiente pareja, de rasgos caucásicos, intentaba lo mismo pero en este caso sí se les permitía el ingreso sin ningún tipo de reparo.

3.1 Casos de discriminación por nacionalidad

La Comisión delegada de Protección al Consumidor Zona Sur (Cusco) recibió la denuncia de los señores Jose Luis Palma, Gilbert Palma Escalante, Mariano Arturo Palma Pineda y Redi Moscoso Cusi contra Mamá América S.A.C. pues el 25 de junio de 2003 intentaron ingresar al “Pub Mamá América”, pero fueron retenidos arbitrariamente por el vigilante de la empresa, quien les señaló que sólo se permitía el ingreso de personas extranjeras al local.

En una visita inspectiva posterior la Comisión verificó que el ingreso de personas extranjeras no estaba sujeto a pago alguno en el referido local, no obstante lo cual, cuando los integrantes del personal del INDECOPI intentaron ingresar, se les solicitó el pago de S/. 10,00. Por dichos hechos, mediante Resolución N° 114-2003-CPCSUR del 12 de diciembre de 2003 (Expediente N° 022-2003/CPCSUR/CUS) la Comisión sancionó a Mamá América S.A.C. con una multa ascendente a 20 UIT y le ordenó como medida correctiva que otorgue el mismo trato a consumidores nacionales y extranjeros. La SDC mediante Resolución N° 0221-2004/TDC-INDECOPI del 2 de junio de 2004 confirmó en todos sus extremos la decisión de primera instancia.

La misma Comisión inició también procedimientos de oficio contra distintas discotecas pues en octubre de 2003 había detectado que en los locales denominados “Pub Spoon” –de titularidad del señor David Yabar Rosell- y “Ukukus Pub” –de titularidad de Inversiones Illapa S.R.L.-, ubicados en Cusco, se constató que personas extranjeras entraban al local sin ningún tipo de restricción, a diferencia de las personas de rasgos étnicos nacionales a quienes se les detenía en la puerta con el fin de requerirles también el pago de S/. 10.00 como precio de la entrada. El encargado de vigilar el ingreso al local “Pub Spoon” señaló expresamente que era política de la empresa cobrar a nacionales más no a extranjeros, en especial los fines de semana.

Puesto que Inversiones Illapa S.R.L. y el señor David Yabar Rosell no desvirtuaron su responsabilidad, la Comisión declaró fundadas las denuncias y los sancionó con multas de 5 y 8 UIT, respectivamente. La SDC también fue del mismo parecer pues no se verificó la existencia de indicio alguno que hubiere permitido inferir que la conducta desplegada por los denunciados respondía a la iniciativa particular de la persona encargada del ingreso, sino que, de acuerdo a la información existente, pudo establecerse que estas conductas respondían a políticas discriminatorias establecidas por los denunciados. Incluso para la SDC la multa debió ser mayor, toda vez que en casos anteriores de discriminación, como el del “Pub Mama América” se sancionó con 20 UIT; no obstante ello no se podía al tener la SDC la obligación

de no modificar las sanciones impuestas a los administrados de manera tal que los perjudique más –*reformatio in pejus*–.

3.2. Nuevas denuncias contra discotecas limeñas

- Discoteca Aura

En el marco del procedimiento tramitado en el Expediente N° 1356-2004/CPC, la CPC efectuó una diligencia de inspección en el local de la discoteca “Aura” –de titularidad de la empresa United Disco S.A.- ubicada en el Centro Comercial Larcomar (Distrito de Miraflores, Lima) a fin de verificar la ocurrencia de prácticas discriminatorias contra consumidores. El operativo fue organizado como consecuencia de algunas denuncias recibidas, así como de las acciones desarrolladas por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI -en coordinación con miembros de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos⁹⁸ y del Instituto de Defensa Legal⁹⁹-, en las cuales se había advertido la existencia de hechos que podrían configurar prácticas discriminatorias, tales como no permitir el ingreso a la discoteca a una de las parejas que formaba parte del operativo, en atención a sus rasgos mestizos, razón subjetiva e injustificada.

En sus descargos, United Disco S.A. señaló que la discoteca “Aura” no era un local abierto al público sino de acceso restringido a las personas que cumplen con lo establecido en su Reglamento de Ingreso, el cual únicamente permite el ingreso a los socios, a invitados y a turistas que realicen el pago del cover correspondiente a S/. 100,00. Asimismo, señaló que dicha situación había sido adecuadamente informada a los consumidores.

⁹⁸ La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) es un colectivo de instituciones de la sociedad civil que trabajan en la defensa, promoción, educación y difusión de los derechos humanos en el Perú.

⁹⁹ Asociación civil que tiene como fin la promoción y defensa de los derechos humanos, la democracia y la paz en el Perú y en América latina.

Tanto para la CPC como para la SDC, pudo establecerse que la discoteca “Aura” no era un local de acceso restringido toda vez que permitía el ingreso de turistas extranjeros que no contaban con la condición de socios o invitados de socios y que la selección realizada constituía una práctica discriminatoria con ocasión del lugar de procedencia geográfica del cliente. Además la situación verificada constituía un acto de discriminación racial, ya que no se establecían diferencias sobre la base de patrones objetivos sino que se evidencia la utilización de parámetros de apreciación subjetivos respecto de la raza o procedencia de los clientes. De este modo, la SDC mediante la Resolución N° 0939-2005/TDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2005 confirmó en todos sus extremos la Resolución N° 1255-2004/CPC del 24 de noviembre de 2004 que declaró fundada la denuncia y sancionó a United Disco S.A. con una multa de 35 UIT.

- **Café del Mar**

De la misma manera se inició un procedimiento de oficio contra Gesur S.A. (Expediente N° 176-2006/CPC), titular de la discoteca conocida como “Café del Mar”, pues también no permitió el ingreso a una pareja con rasgos mestizos (alegando que debían presentar su carnet de socios) a diferencia de otras personas de tez blanca que ni eran socios ni se les exigió ningún requisito para el ingreso. Por ello la CPC dictó la Resolución N° 911-2006/CPC del 23 de mayo de 2006 con la cual declaró fundada la denuncia y sancionó a la empresa con una multa de 37 UIT. Dicha decisión fue confirmada por la SDC mediante Resolución N° 1415-2006/TDC-INDECOPI del 13 de setiembre de 2006.

Pero Gesur S.A. reincidió y ello fue corroborado por un programa televisivo periodístico en octubre de 2006¹⁰⁰. En este nuevo caso (Expediente 2188-2006/CPC), la CPC sancionó a la empresa con 70 UIT y además ordenó la clausura del local “Café del Mar” por 60 días calendario, mediante Resolución N° 2174-2006/CPC del 21 de noviembre de 2006. Esta decisión fue

¹⁰⁰ “Panorama”, programa dominical de Panamericana Televisión.

confirmada en todos sus extremos por la SDC mediante Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI del 18 de junio de 2007. Sin embargo, para la SDC pudo incluso ser mayor la multa pues consideraba que los hechos analizados constituían infracciones muy graves que merecían absoluta reprobación y rechazo puesto que el bien jurídico afectado no sólo se vinculaba con relaciones de consumo, sino que tenía un trasfondo de otra índole, cual es el derecho a la igualdad de trato y a la dignidad del que gozamos todos los seres humanos, siendo el racismo una de las conductas más nocivas que se pueden presentar en una sociedad. Sin embargo, el aumento de la multa impuesta a la investigada no resultaba posible, toda vez que el artículo 237° numeral 237.3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, impide la imposición de sanciones más graves para el sancionado cuando haya sido éste quien impugne la resolución adoptada.¹⁰¹

- Las Huaringas Bar

En este caso, la CPC había recogido los resultados del Informe 128-2008-CST/AFI del 11 de agosto de 2008 emitido por el Área de Fiscalización donde se señaló que dos parejas de funcionarios del INDECOPI habían acudido al local conocido como “Las Huaringas Bar” (ubicado en Miraflores), siendo que al intentar ingresar la primera pareja, de rasgos trigueños, el personal de seguridad impidió su acceso informándoles que el local estaba lleno y preguntándoles si tenían alguna reserva. Ante la respuesta negativa de esta pareja, el vigilante les señaló que no podían ingresar por no contar con reserva, indicándoles más bien que podían ingresar al restaurante contiguo conocido como “Las Brujas de Cachiche”. Sin embargo, luego del retiro de la primera pareja, una segunda pareja, de raza blanca, ingresó al local sin ningún inconveniente.

¹⁰¹ **Artículo 237.-** 237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

En sus descargos, el proveedor denunciado negó haber realizado prácticas discriminatorias y más bien señaló, entre otros aspectos, que sus vigilantes tenían la orden de no dejar ingresar a personas que no tenían reserva debido a la capacidad limitada del local, sin embargo uno de sus dependientes, puesto que conocía de vista a uno de los funcionarios del INDECOPI (el de raza blanca), le permitió el ingreso.

Mediante Resolución N° 571-2009/CPC del 25 de febrero de 2009, la Comisión halló responsable a “Las Huarinas Bar” por infracción del artículo 7°-B de la LPC y 15° de la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, sancionándola con 15 UIT.

Sin embargo, para la Sala, con voto en mayoría, no estuvo acreditada la responsabilidad de la empresa denunciada. Así pues, en primer lugar, consideró que el acta de inspección adolecía de nulidad pues no había recogido las declaraciones del vigilante y del funcionario del INDECOPI en el sentido que ambos se conocían, conforme a las declaraciones testimoniales recogidas en el procedimiento. Por ello, al no existir medio probatorio o indicio que acrediten las prácticas discriminatorias de “Las Huarinas Bar” se revocó la apelada mediante Resolución N° 0963-2010/SC2-INDECOPI del 10 de mayo del 2010 y se dejó sin efecto la multa impuesta.¹⁰²

Dicha resolución tuvo un voto en discordia del vocal Miguel Quirós García, para quien, en cambio, sí existió responsabilidad por parte de la empresa denunciada.¹⁰³

¹⁰² Para la Sala: “Si bien no está acreditada ninguna relación amical entre las referidas personas, el hecho que el señor (...) haya conocido, de manera eventual, al vigilante del establecimiento o haya coincidido con dicha persona en otros lugares, desvirtúa los alcances probatorios del acta de inspección. Así pues, a pesar que no se puede señalar que el funcionario de INDECOPI se haya aprovechado de dicha circunstancia para ingresar al establecimiento con el objetivo de acreditar actos de discriminación, todo acto de la administración debe estar exento de cualquier cuestionamiento sobre la imparcialidad de sus funcionarios, siendo que en el presente caso, la participación de una persona conocida por el vigilante del denunciado afecta el derecho a un procedimiento regular.”

¹⁰³ Para dicho vocal:

“32. No es creíble, entonces, que el vigilante haya permitido el ingreso de la segunda pareja como un gesto de amistad habida cuenta que ello sólo se hubiera producido si el local

- Asia Rock

Un caso reciente (y que evidencia la actual persistencia de estas conductas) se dio con el procedimiento de oficio seguido contra Asia Rok S.A.C., luego de haberse tomado conocimiento, por un reportaje televisivo¹⁰⁴, que en el establecimiento del mismo nombre se habría incurrido en prácticas discriminatorias al aplicar una política de selección de clientela en el acceso a la mencionada discoteca, impidiendo el ingreso de una persona de raza negra, a diferencia de otra persona que sólo se le exigió la presentación de su DNI.

En sus descargos, la denunciada negó haber efectuado prácticas discriminatorias, cuestionó el reportaje por ser editado y más bien indicó que el día de los hechos sí hubo un evento privado en el interior de su local no habiendo posibilidad de ingresar mediante el pago de entrada. Así, para la denunciada, los únicos que podían ingresar eran los socios, los amigos de éstos cuando los acompañaban y aquellos que figuraban en la lista de invitados, siendo esto último un medio usual en las discotecas para evitar el ingreso de gente malintencionada y a su vez tener certeza de las personas que acceden al establecimiento. Sobre el otro consumidor que sí ingresó, alegó que quizás sí figuraba en la lista de invitados o en su defecto ingresó por otros medios. Finalmente, señaló que el servicio de seguridad era subcontratado por lo cual el control de sus actuaciones era limitado.

tenía capacidad libre o disponible, situación que fue negada por el mismo vigilante a la primera pareja.

33. El suscrito considera que la situación que afrontó la primera pareja corresponde a un acto de discriminación, siendo la característica racial la razón por la cual no se les permitió el acceso, a diferencia de lo que sucedió con el subsiguiente e inmediato ingreso de la pareja blanca.
34. Huarinas, a través de su vigilante, efectuó una diferencia en el trato y negó el ingreso al establecimiento a la primera pareja por tener una condición racial “no deseable” para dicho local en comparación con otros consumidores, lo cual se manifestó con el hecho de permitir el ingreso a la pareja blanca.
35. El suscrito considera que no se puede impedir a ninguna persona el acceso a un establecimiento abierto al público si no es por causas o razones objetivas y justificadas, siendo que en el presente caso, Huarinas no ha aportado ninguna justificación razonable o elemento indiciario que permita desvirtuar el acto de discriminación.”

¹⁰⁴ Programa “Enemigos Públicos” de Panamericana Televisión.

Mediante Resolución N° 1145-2013/CC2 del 12 de setiembre de 2013, la Comisión halló responsable a “Asia Rock” y le ordenó como medidas correctivas: (a) se abstenga de realizar prácticas discriminatorias de cualquier índole; (b) publique un aviso en su página Web y coloque un aviso visible en la entrada de la discoteca de manera permanente informando la prohibición de prácticas discriminatorias; y, (c) capacite a su personal para que eviten conductas similares a la verificada en el procedimiento. Asimismo, la sancionó con una multa de 50 UIT.

En vía de apelación, para la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la SPC), del reportaje se podía verificar que: (i) un consumidor pudo ingresar a la discoteca “Asia Rock” con la presentación de su DNI, sin tener la calidad de socio o de invitado; (ii) otra persona, quien tampoco era invitado o socio, se le impidió el ingreso sin darle la opción de presentar su DNI; y, (iii) pese a que las dos personas se encontraban en la misma condición, a una se le permitió el ingreso y a la otra se le impidió el acceso sin ofrecerle ninguna posibilidad o alternativa.

Para la SPC, si bien la lista de invitados puede constituir una práctica común en los eventos públicos y puede ser un mecanismo útil para otorgar seguridad a los visitantes, lo cierto es que para su implementación como una restricción de acceso, conforme al Código, debía ser informada 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/o a través de otros medios de información, lo cual no sucedió en el presente caso. Además la referida lista no fue presentada por la denunciada, en la cual se incluyese al consumidor que, de lo observado en el vídeo programa televisivo, en cambio sí ingresó al local.

Asimismo la denunciada no acreditó con medio probatorio alguno que haya existido algún evento privado a cargo de otra empresa dirigido de manera exclusiva para sus socios.

La SPC agregó que las normas de protección al consumidor no distinguen, al momento de establecer la responsabilidad de los proveedores, entre aquellos que prestan sus servicios directamente a los consumidores de los que lo hacen a través de dependientes o de terceros, por lo que la responsabilidad recae en el proveedor que se vale de éstos para brindar el servicio, teniendo en cuenta que, en la dinámica de las relaciones de consumo, los proveedores actúan en la gran mayoría de casos a través de empleados, independientemente de su régimen laboral o contractual.

La Sala, luego de verificar el trato desigual y la inexistencia de causa justificada, procedió a analizar si se trataba de un caso de discriminación. Así, la verificación de que, por un lado, se negó el acceso a uno de los consumidores con *rasgos afroperuanos*, mientras que al otro que sí se le permitió ingresar no compartía tales rasgos, determinó que la Sala considerase la existencia de elementos de juicio suficientes para concluir la existencia de una conexión entre dicha condición racial y la conducta infractora del personal de discoteca “Asia Rock”.

Incluso, tomando en cuenta el tipo infractor la Sala consideró que la multa debía ser mayor a pesar de que se trató de un caso particular, sin embargo, no podía incrementarla en virtud a la prohibición de la *reformatio in peius*.

Por dichas consideraciones, la Sala confirmó la apelada en todos sus extremos mediante Resolución N° 1879-2014/SPC-INDECOPI del 09 de junio de 2014, ordenando además la remisión de los actuados al Ministerio Público.

3.3 Denuncias contra casinos

La CPC también ha recibido diversas denuncias por clientes de salas de juego de azar (casinos) por impedirseles su ingreso o el aprovisionamiento de servicios gratuitos como así se hacía a favor de otros clientes.

El primer caso que queremos mencionar fue el iniciado por la señora Ana María Ostolaza Solis contra Textilco S.A.C. pues había recibido una comunicación de la denunciada prohibiéndole el ingreso al “Casino Aladino” en atención a un informe elaborado por la supervisora del local, el cual registraba presuntas quejas de clientes que habrían informado que dicha persona cobraba US\$ 10 por utilizar las máquinas de 10 centavos, siendo que de negarse a pagar los amenazaba, lo cual no se ajustaba a la verdad, a decir de la denunciante.

Por su parte Textilco S.A.C. manifestó que se vio obligada a prohibir el ingreso de la denunciante a sus instalaciones con motivo de salvaguardar la integridad y tranquilidad de sus clientes así como el normal desenvolvimiento de sus actividades de entretenimiento. Sin embargo, para la CPC dicha empresa no presentó medio probatorio alguno que acredite que las causas por las cuales prohibió el ingreso de la denunciante a su establecimiento eran objetivas, además del informe que era un testimonio de parte. Por ello, mediante Resolución N° 2213-2006/CPC del 28 de noviembre de 2006 (Expediente 1842-2006/CPC) declaró fundada la denuncia y sancionó a Textilco S.A.C. con una amonestación.

Sin embargo, para la SDC, el órgano de primera instancia había calificado los hechos denunciados de manera incorrecta, pues los actos de discriminación no estaban referidos a la sola negativa de acceso sino que ello debía enmarcarse dentro de alguna de las modalidades de discriminación señaladas en la norma, las cuales debían ser alegadas por los denunciantes, lo cual en el caso concreto no había ocurrido. Es decir, de una manera sutil la SDC señaló que la persona afectada por discriminación, debía indicar por qué supuesto había sido tratado de manera desigual (como en el caso de la Sastrería Arbildo). Para la SDC, ello implicó un error estrictamente nominal, dado que la fundamentación de la denuncia de la señora Ostolaza era objetivamente clara al señalar como presunta conducta infractora de Textilco

S.A.C., la prohibición de acceso al establecimiento sin justificación configuraba, para la SDC, un supuesto de falta de idoneidad.

Por lo anterior, y tomando en cuenta el registro de quejas de otros clientes de Textilco S.A.C. sobre conductas de agresión física y verbal cometidas por la señora Ostolaza, como el reconocimiento de la denunciante de haber tenido un altercado con uno de los concurrentes del establecimiento, para la SDC todo ello constituían indicios suficientes de que la prohibición de acceso impuesta por Textilco S.A.C. a la señora Ostolaza era justificada y por ende revocó la decisión de la CPC y declaró infundada la denuncia, mediante Resolución N° 0290–2007/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 2007.

Un segundo caso, es el de la denuncia del señor Renzo Germán Rojas Ríos contra Raymi & Games S.A.C. pues cuando éste acudió a una de las salas de juego de la denunciada el día 26 de julio de 2007, el personal de seguridad le habría impedido el ingreso al local en tanto presentó una copia de su documento de identidad a fin de acreditar su mayoría de edad, sin que esto sea admitido por ellos.

La Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, establece en su artículo 9° que sólo podrán ingresar a las salas destinadas a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas o participar de los mismos, los mayores de edad. Para la CPC, la norma antes citada tiene por finalidad prevenir que los niños y adolescentes puedan tener acceso a una actividad que se encuentra destinada a adultos, en tanto resulta necesario disponer de dinero a fin de poder participar de las apuestas que en tales establecimientos se realizan. Por ello, si los casinos permitieran el ingreso de personas sin identificación previa estarían infringiendo la ley sobre la materia en lo relacionado al acceso al servicio. Por tales consideraciones, la CPC declaró infundada la denuncia por Resolución N° 1825-2007-CPC del 26 de septiembre de 2007 (Expediente N° 1629-2006/CPC).

En otro caso, la señora Isabel Cristina Guevara Coronado denunció a Thunderbird Fiesta Casino - Benavides S.A., pues, habiendo acudido el día 15 de octubre de 2009 a las instalaciones del mismo y luego de hacer uso de las máquinas tragamonedas, se percató que las cortesías (cigarros) eran entregadas a los demás clientes sin demoras ni problemas, pero en cambio sus solicitudes no fueron atendidas, a pesar de ser cliente recurrente del Casino y poseedora de una Tarjeta Gold.

Para la CPC, de los medios probatorios presentados por la denunciante no era posible verificar que el Casino Fiesta se encontraba obligado a entregar cortesías a las personas que se encontrasen dentro de su establecimiento o que, de ser el caso, personal del Casino Fiesta se haya negado a entregarle a la señora Guevara las referidas cortesías de manera injustificada, materializando con ello actos de discriminación en comparación con otros clientes. Por estas consideraciones, la CPC mediante Resolución N° 860-2010/CPC del 9 de abril de 2010 (Expediente N° 3073-2009/CPC) declaró infundada la denuncia.

Otro caso similar fue el iniciado por la señora Analí Martina Agusti Espinoza quien denunció a Corporación Turística Peruana S.A.C., titular del Casino Atlantic City, pues la habría “discriminado” en relación a otros clientes, pues se negó a atender sus pedidos de comida y bebida. Asimismo la denunciante señaló que la proveedora la hostigó y expulsó de su establecimiento, sin mediar justificación alguna. La señora Agusti precisó que al presionar el botón de la comida y bebida a fin que el personal del denunciado la atiende, éste se negó a hacerlo justificando ello al hecho que no había jugado lo suficiente para acceder a dicho servicio.

En el procedimiento se revisó el vídeo que registró el momento en que ocurrieron los eventos y se comprobó que la denunciada brindó a la denunciante un vaso con una bebida y un plato con bocaditos, los mismos que fueron arrojados al piso por ésta, manifestando una actitud agresiva con los dependientes de la denunciada. Asimismo se verificó con el vídeo que la

denunciada no limitó el tránsito de la denunciante por su establecimiento; siendo que la denunciante más bien decidió voluntariamente el momento para retirarse del establecimiento de Atlantic City sin ser forzada a retirarse por el personal de éste. Finalmente, se observó que el personal del establecimiento no negó la entrega de cortesías a la denunciante, toda vez que al momento de retirarse, la señora Agusti solicitó un cigarrillo, el mismo que le fue entregado por un dependiente sin ningún inconveniente ni objeción. Por lo anterior, mediante Resolución Nº 1167-2010/CPC del 5 de mayo de 2010 (Expediente 2960-2009/CPC) la denuncia fue declarada infundada.

3.4 Denuncias contra restaurantes

La CPC tomó conocimiento de la denuncia que realizó la señora Ximena Morgana Vargas Llosa Llosa (hija del conocido Premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa) en medios de comunicación, sobre la supuesta discriminación sufrida por la niñera de su hijo en determinados establecimientos. Según lo informado, las prácticas discriminatorias habrían consistido en no permitir que las niñeras consuman en determinadas áreas del restaurante de titularidad de Gogo S.A.C., ubicado al interior de un centro de esparcimiento del denominado Country Club de Villa Asociación Civil, sin ninguna razón objetiva y justificada.

Asimismo, se denunció que en el restaurante de la Granja Azul S.A. las prácticas discriminatorias consistían en ofrecer a las niñeras un menú especial sin ninguna razón objetiva y justificada, limitándose la posibilidad de adquirir otro producto de la carta.

Iniciados los respectivos procedimientos de oficio, Gogo S.A.C. planteó sus descargos y explicó que contaba con dos establecimientos denominados “Restaurante Bar Marino” y “Comedor de Golf y Terraza de Golf”. El primero era un típico restaurante–bar, bastante formal que contaba con un área de restaurante y otra área de bar; mientras que el segundo era un restaurante menos formal que estaba orientado a los asociados con sus familias enteras y

niñeras o grupos amplios de amigos más numerosos, dado que el local era más grande que el primero. Dichos locales compartían la misma carta, el personal y la zona de cocina.

Gogo S.A.C. indicó, que los hechos materia de denuncia ocurrieron a la hora de almuerzo, cuando la niñera de la señora Vargas Llosa y dos niñas ingresaron al “Restaurante Bar Marino” y otras personas que en total sumaban 8 personas; sin embargo, para poder ubicar a todos se necesitaba juntar tres mesas y en ese momento únicamente habían dos disponibles. Por tal motivo, el mozo les recomendó que el grupo íntegro o bien la niñera y las niñas pasaran al “Comedor de Golf y Terraza de Golf” que, como se señaló, era mucho más grande y estaba acondicionada para familias con niños. La recomendación del mozo, a decir de Gogo S.A.C., no había sido discriminatoria sino por el contrario muy atinada y pertinente.

Por su parte la Granja Azul S.A. señaló que solo ofrecían los siguientes productos: (i) cubierto de niño; (ii) cubierto de adulto; (iii) *pepper steak*; y, (iv) “Lomo Granja Azul”. Es el caso, que cuando el cliente lo solicitaba se le podía brindar el beneficio de adquirir el cubierto de niño para sus guardaespaldas, niñeras, choferes, enfermeras, entre otros, debido a que era una opción más económica.

Luego de las investigaciones realizadas por el INDECOPI, y habiéndose practicado las respectivas inspecciones, la CPC señaló que no se había verificado indicio alguno que acredite las afirmaciones de la señora Vargas Llosa, esto es que se restringía el ingreso de las referidas personas a determinados ambientes, por lo cual declaró infundado el procedimiento contra Gogo S.A.C. mediante Resolución N° 1120-2009/CPC del 15 de abril de 2009 (Expediente N° 2875-2008/CPC).

Asimismo, en el caso de la Granja Azul S.A., la CPC consideró que ésta brindaba distintas opciones de comidas, entre las cuales cada consumidor podía elegir la que mejor convenga a sus necesidades, lo que no podía ser

entendido como discriminación ya que dicha empresa no restringía el consumo de dichos productos, sino que presentaba una variedad de alternativas dejándolas a la libre elección del consumidor. Por ello, también fue declarado infundado el procedimiento y se archivó el mismo mediante Resolución N° 1121-2009/CPC (Expediente 2876-2008/CPC).

3.5 Casos de trato diferenciado (y no discriminación) en discotecas

El criterio de la SDC 2 del caso de la Sastrería Arbildo fue dejado de lado por el mismo colegiado con posterioridad. Así pues, ante nuevas denuncias en materia de discriminación, ya no se analizó si el denunciante pertenecía a un grupo que usualmente es discriminado (por raza, sexo, condición socioeconómica, etc.) sino más bien se entró a analizar de lleno si había caudal probatorio o indicios suficientes para obtener la convicción que se había producido un acto de discriminación. Pero además, se distinguió con más fundamentos dicha figura y el denominado trato diferenciado ilícito.

Así, se presentó el caso en que tres consumidoras, las señoritas Tatiana del Carmen Bardales Solís, Zoila Aurora Tovar Canales y Gianna María Cabrera Marcet denunciaron a P & G Negocios S.R.L. propietaria del bar-discoteca “Phuket”, pues a pesar de haber sido clientes asiduas, la noche del 21 de octubre de 2006, fueron víctimas de agresión verbal por el personal de seguridad del local, impidiéndoles el ingreso. Las denunciantes procedieron a filmar los hechos para corroborar que habían sido víctimas de actos de discriminación, llegando a solicitar la presencia de efectivos policiales.

Mediante Resolución N° 2167-2008/CPC del 29 de octubre de 2008, la Comisión declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 7°-B de la LPC, sancionando a P & G Negocios S.R.L. con 20 UIT pues no había probado debidamente durante el procedimiento que el impedimento de ingreso de las denunciantes a su establecimiento comercial se debía a causas objetivas y justificadas.

En este caso, la SDC 2, en vía de apelación, consideró que el artículo 7°-B recogía en su segundo párrafo además otro tipo infractor como es el trato diferenciado injustificado o ilícito que se configura bajo las modalidades de selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. En efecto, podían existir prácticas de trato diferenciado que afectan el derecho a la igualdad sin consistir en actos de discriminación, por cuanto con aquellas conductas no se afecta la dignidad del sujeto pasivo, como así sucede con la discriminación sancionada constitucional y administrativamente. Sin embargo, a fin de no incurrir en una infracción a los derechos de los consumidores, el proveedor debe justificar el trato diferenciado, conforme al segundo párrafo de la norma antes referida.

Para la SDC 2, la situación que afrontaron las denunciantes no correspondía a un acto de discriminación, sino más bien a un trato diferenciado, correspondiendo a la autoridad administrativa determinar si dicho trato era lícito o no. De este modo se tuvo en consideración las declaraciones testimoniales de personas que se habían desempeñado como trabajadores del establecimiento así como de determinados clientes. Todos coincidían en señalar que habían advertido conductas no cordiales de las denunciantes al interior de la discoteca “Phuket” en perjuicio de otros clientes y del personal que laboraba en dicho establecimiento. Incluso en uno de los vídeos presentados por las denunciantes se apreciaba cómo ellas mismas profirieron insultos de índole racista contra los vigilantes del establecimiento. Por dichas consideraciones, mediante Resolución N° 1587-2009/SC2-INDECOPI del 14 de setiembre de 2009, la SDC 2 revocó el fallo de la CPC y declaró infundada la denuncia.

En un caso posterior, los conceptos de discriminación y trato diferenciado fueron delimitados de una forma más precisa por la SDC 2. Ello fue en una denuncia (Expediente N° 2116-2006/CPC) iniciada por el señor Augusto Barrón Velis (hijo de un conocido ex parlamentario peruano) contra Mamabars S.A.C. administradora de la discoteca conocida como “Mama

Batata” que en ese entonces estaba ubicada en el Centro de Entretenimiento Larcomar. El denunciante señaló que el domingo 30 de abril de 2006 a las 2:30 horas aproximadamente trató de ingresar al local de la referida discoteca, lugar donde fue agredido por el personal de seguridad ocasionándole una serie de contusiones por lo que fue atendido en una clínica privada.

En sus descargos, Mamabars S.A.C. negó los hechos narrados por el denunciante precisando que el personal de seguridad sólo trató de contenerlo dada la conducta agresiva que mostró cuando se le negó el ingreso debido a su estado de ebriedad.

Por Resolución N° 1525-2008/CPC del 7 de agosto de 2008, la CPC declaró fundada la denuncia por actos de discriminación, ya que la denunciada impidió el ingreso del denunciante a su local sin que haya acreditado que tal proceder se sustente en situaciones objetivas. La CPC sancionó a Mamabars S.A.C. con una multa de 20 UIT ordenándole en calidad de medida correctiva que reembolse al denunciante los gastos de atención médica en que éste incurrió.

Para la SDC 2, al dictar la Resolución N° 1731-2010/SC2-IINDECOPI del 11 de agosto de 2010, el artículo 7º-B de la LPC prohibía de forma absoluta, en su primer párrafo, los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano lo que de suyo implica una limitación de acceso, y en su segundo párrafo el tipo básico de selección o exclusión injustificada de clientela. En cualquiera de estos casos, se toma en cuenta la dificultad para el consumidor de probar que ha sido víctima de un trato discriminatorio o de un trato diferenciado ilícito, ya que sólo tendrá que acreditar con suficientes indicios que ha recibido un trato desigual, para que surja la obligación del proveedor de acreditar que su actuación respondió a motivos de seguridad del establecimiento, la tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

Como se puede apreciar, con dicho pronunciamiento la SDC 2 se apartó de manera definitiva de su anterior criterio (el del caso de la Sastrería Arbildo), según el cual, el consumidor o usuario afectado debía precisar en qué grupo “desfavorecido” se encontraba y por el cual habría sido motivo de las prácticas discriminatorias.

Para la SDC 2, en el caso concreto, el ingreso en horas de la madrugada a una discoteca suele estar precedida de la asistencia a otros centros de diversión, siendo habitual el consumo de bebidas alcohólicas en este género de establecimientos. Dicha situación sólo podía colocar en contexto la defensa argumentada por Mamabars S.A.C. pero no relevarla de probar el supuesto estado de ebriedad del denunciante, cuando tal condición había sido alegada como justificación para negarle el acceso mediando incluso un altercado no sólo verbal sino físico con el personal de seguridad.

Por lo anterior, la SDC 2 confirmó la decisión de la CPC pero, inexplicablemente (dada la gravedad relacionada a la afectación a la integridad física), redujo la sanción de 20 UIT a 2 UIT. Dicho colegiado sólo precisó que había advertido que Mamabars S.A.C. no registraba sanciones previas a la comisión de la infracción por conductas similares, lo que aunado al beneficio obtenido y la afectación generada al denunciante ameritaba una multa menor.

4. La protección prevista en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

En el CPDC del año 2010 se ha incluido como derecho básico de los consumidores el gozar de 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 (literal d del numeral 1.1. del artículo 1°).

Por otro lado, se ha recogido una redacción parecida a la del artículo 7º-B y al de la Tercera Disposición del Anexo de la LPC con las siguientes normas:

“Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

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.

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.”

La norma del numeral 38.1 prevé la prohibición general a la discriminación precisando los distintos motivos comunes de esta práctica, y estableciendo con ello una lista abierta (“o de cualquier otra índole”)¹⁰⁵. Se cierra dicho numeral con la mención de que los consumidores pueden estar dentro de una relación de consumo o expuestos a ella. Ello quiere decir que el consumidor afectado puede haber celebrado el contrato con el proveedor (y por ende se halla dentro de una relación de consumo) o bien puede que todavía no haya celebrado el contrato, pero que tenga la intención de crear una relación jurídica patrimonial. El primer caso se da cuando el consumidor ha pagado el precio de la entrada de una discoteca y se le permite el acceso pero en su interior no se le presta ningún servicio en particular (una mesa, sitios especiales u otros como a otros clientes) o no se le vende ningún producto (bebidas alcohólicas, piqueos, etc.). El segundo supuesto se da cuando sencillamente no se permite el ingreso a la discoteca, restaurante, spa, tienda comercial, etc. aún cuando el cliente puede pagar por el servicio.

El numeral 38.2 del Código se refiere a la práctica de exclusión de personas (es decir cuando no se permite el ingreso a un local o se desaloja de éste a un consumidor o cuando no se presta un producto o servicio dentro del establecimiento) sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares. Mientras tanto el numeral

¹⁰⁵ Como los demás ordenamientos que regulan la figura de la discriminación (Constitución, Código Penal, entre otros). Esta apertura ha permitido incluir los casos de discriminación por orientación sexual y discapacidad, tal como lo hemos referido anteriormente.

38.3 prevé que el trato diferente debe obedecer a causas objetivas y razonables. Es decir, para el legislador el trato diferente se permite –mientras la discriminación está prohibida- siempre que existan causas que no sean subjetivas ni irrazonables. La selección de clientela se puede llevar a cabo y, por ende, se puede atender a un cliente antes que a otro en la medida que el primero esté en una situación de hecho distinta (es un cliente del banco, es decir titular de alguna cuenta), debiendo haber proporcionalidad entre el fin perseguido (preferir a uno frente a otro) y el trato diferente dispensado (esto es, no se permite la postergación absoluta del cliente que debe efectuar una operación en ventanilla por no tener una cuenta en el banco).

La carga de la prueba recogida en el artículo 39° del CPDC es la misma a la prevista en la LPC: el consumidor o el INDECOPI deben acreditar la existencia de un trato desigual, mientras que el proveedor debe acreditar que efectuó un acto de exclusión por causa de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares, o bien que la selección o atención preferente se debió a causas objetivas y razonables. Aquí el legislador asimila las causas razonables a las justificadas, pero además elimina la posibilidad que la persona discriminada deba pertenecer a un grupo determinado. Esto último en función a que, como se vio anteriormente, la SDC 2 en el caso de la Sastrería Arbildo declaró infundada la denuncia por cuanto el consumidor particular no acreditó ser miembro de un grupo en específico, es decir que había sido discriminado por motivos raciales, de condición económica u otro.

Finalmente, como se puede apreciar, el artículo 40° del CPDC recoge casi la misma redacción de la Tercera Disposición de la hoy derogada LPC obligando a los proveedores a utilizar carteles o avisos señalando las causas objetivas y razonables (o justificadas) para restringir el acceso al establecimiento. Estos avisos podrían referir a la prohibición del ingreso de personas en aparente estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, que porten armas, que no llevan una indumentaria y específica (restricción a llevar sandalias o zapatillas, shorts o pantalones cortos, etc.). La idea es que estos

avisos estén en los exteriores del establecimiento y complementariamente a través de otros medios (página de internet, publicidad, redes sociales, etc.) sin que esto último releve la obligación de exhibir todas las restricciones en las afueras del mismo local y antes que el cliente ingrese.

Las normas en materia de discriminación, también incluyen lo previsto en el artículo 41° del Código¹⁰⁶, el cual resulta una innecesaria réplica de lo previsto por la Ley N° 27804, modificada por la Ley N° 28683. En efecto se promueve el trato preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad de la misma manera que lo establecido en la referida Ley, mencionando que el proveedor puede ser sancionado conforme a los procedimientos establecidos en las leyes, normas y reglamentos especiales, esto es por cualquier medio diferente al procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor.

5. Trámite del Procedimiento Administrativo

Procederemos a reseñar el procedimiento administrativo regulado por las normas del INDECOPI utilizado en la actualidad para tramitar las denuncias por prácticas discriminatorias o de trato diferenciado ilícito.

¹⁰⁶ **Artículo 41.- Trato preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad**

- 41.1 El proveedor está en la obligación de garantizar la atención preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, en todos los sistemas de atención con que cuente, debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esta norma bajo responsabilidad.
- 41.2 Respecto de los beneficiarios del trato preferente, el proveedor debe:
- Consignar en un lugar visible, de fácil acceso y con caracteres legibles su derecho a la atención preferente.
 - Adecuar su infraestructura en lo que corresponda e implementar medidas garantizando su acceso y seguridad.
 - Exonerarlos de turnos o cualquier otro mecanismo de espera.
 - Implementar un mecanismo de presentación de quejas contra quienes incumplan con esta disposición.
- 41.3 El proveedor que incumple con lo establecido en esta norma y otras disposiciones sobre la materia es sancionado conforme a los procedimientos establecidos en las leyes, normas y reglamentos especiales.

5.1 Plazo para interponer la denuncia

La acción para sancionar las infracciones al Código (como también se establecía en la LPC) prescribe a los dos años.

Para estos efectos son de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en el Código Penal referidas al cómputo del plazo de prescripción a los supuestos de interrupción de prescripción y a la suspensión de la prescripción.¹⁰⁷

5.2. Inicio del procedimiento

El procedimiento ante la CPC podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. En el primer caso, el procedimiento se inicia mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del INDECOPI. La solicitud deberá consignar lo siguiente:

1. Nombre o Razón Social, RUC (Registro Único de Contribuyente) o DNI, de ser el caso, domicilio y teléfono del Denunciante (Persona Natural, Persona Jurídica o Asociación de Consumidores) y/o de su Representante.

¹⁰⁷ **Artículo 82.-** Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día que cesó la actividad delictuosa.
2. En el delito instantáneo, a partir del día siguiente en que se consumó.
3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa.
4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

Artículo 83.- La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo la acción penal prescribe, en todo caso cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

Artículo 84.- Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido.

2. Nombre o Razón Social y domicilio del Proveedor del bien o servicio. En el caso que el denunciante ignore el domicilio actual del proveedor, deberá adjuntar una Declaración Jurada señalando que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio del mismo.
3. Resumen de los hechos materia de Denuncia, especificando el bien o servicio por el cual se denuncia, haciendo expresa referencia a la fecha del hecho infractor denunciado.
4. Presentación u ofrecimiento de las pruebas que acrediten la infracción que se denuncia¹⁰⁸.
5. Indicar las medidas correctivas que solicita, de ser el caso¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Según el artículo 31 del Decreto Legislativo N° 807, las partes sólo podrán ofrecer los siguientes medios probatorios:

- a) Pericia;
- b) Documentos, incluyendo todo tipo de escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y vídeo, la telemática en general y demás objetos y bienes que recojan, contengan o representen algún hecho, una actividad humana o su resultado; e
- c) Inspección.

Excepcionalmente podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas, sólo si a criterio del Secretario Técnico de la Comisión éstas revisten especial importancia para la resolución del caso.

¹⁰⁹ **Artículo 115.-** Medidas correctivas reparadoras

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
 - b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
 - c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
 - d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
 - e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
 - f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
 - g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
 - h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
 - i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.
- (...)

Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias

6. Identificación de reincidencia, si se conoce.

Además deberá acompañarse como anexos:

1. En caso el denunciante (Persona Natural, Persona Jurídica o Asociación de Consumidores) se apersona mediante un representante, deberá adjuntar la documentación que acredite a este último como tal¹¹⁰.
2. En su caso, copia de los documentos que acrediten la existencia y representación de la Persona Jurídica o Asociación de Consumidores solicitante.
3. En caso, la denuncia sea presentada por una Asociación de Consumidores en representación de los intereses individuales de uno o más de sus asociados, copia de los documentos que acrediten que los representados son miembros de la Asociación.

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
- f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes.

¹¹⁰ Los poderes deberán cumplir las siguientes formalidades:

- En el caso de Facultades Generales la representación podrá constar en Carta Poder simple. Este poder puede ser utilizado para presentar la denuncia, los demás escritos que considere pertinente, recibir las notificaciones y formular apelación, de ser el caso.
- En el caso de Facultades Especiales es necesario presentar el poder (que también puede ser una carta poder) con firma legalizada por Notario o Fedatario. Este poder es necesario para conciliar, llegar a algún acuerdo y desistirse.
- En el caso de Poderes otorgados en el extranjero, éstos deberán contener además Visación Consular.

4. En caso la denuncia sea presentada por una Asociación de Consumidores en representación de intereses difusos de los consumidores, copia simple de la Escritura Pública de su estatuto con los datos de su inscripción y Declaración Jurada que se encuentra debidamente inscrita en el registro respectivo.
5. Las pruebas que presente el denunciante que permitan apreciar la existencia del daño o perjuicio ocasionado por el proveedor o por el bien o servicio que éste haya proveído, o el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor.
6. Copia de la solicitud y recaudos, según el número de denunciados.

El costo de derecho de trámite es un monto ascendente al 1% de 1 UIT, el cual se pagará antes de presentarse la solicitud y originará la expedición de un comprobante de pago.¹¹¹

Recibida la solicitud el Secretario Técnico¹¹² se encargará de la tramitación del procedimiento. Así pues dicho funcionario hace una evaluación de fondo y de forma de la solicitud y notifica al denunciante un proveído en

¹¹¹ Si no se acompaña el recibo de pago respectivo, la Unidad de Trámite Documentario coloca un sello especial otorgándose al denunciante un término de 2 días hábiles para que cumpla con presentar la constancia de pago respectiva.

¹¹² Según los artículos 46° y 47° del Decreto Ley N° 25868, la Secretaría Técnica sirve de órgano de enlace de la Comisión con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI. La Secretaría Técnica depende funcionalmente de la Comisión y está a cargo de una o más personas, designadas por el Directorio del INDECOPI, teniendo en cuenta las propuestas de la Comisión respectiva.

En caso de ausencia o impedimento de quien se encuentra nombrado para ejercer la Secretaría Técnica, asumirá sus funciones la persona que la Comisión designe para el efecto, quien actuará como Secretario Técnico encargado. Dicha encargatura no podrá comprender un período superior a un mes. Luego de dicho plazo corresponde al Directorio de Indecopi designar a la persona que ejerza el cargo.

Entre las funciones a cargo de la Secretaría Técnica están las siguientes:

- a) Prestar a la Comisión el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos funcionales y administrativos del INDECOPI;
- b) Iniciar de oficio los procedimientos o procesos que se sigan ante la Comisión cuando considere que el caso lo amerita, o cuando la Comisión así lo disponga;
- c) Realizar las investigaciones requeridas para que la Comisión cuente con los elementos de juicio necesarios para emitir la resolución correspondientes conforme a sus respectivas normas legales de creación;
- d) Otras que se encuentren previstas en sus respectivas normas legales de creación; y,
- e) Otras que se le encomienden.

caso sea necesario subsanar omisiones a la solicitud presentada otorgándole un plazo de dos (2) días hábiles. En caso de no producirse la subsanación requerida rechaza definitivamente la solicitud a través de un proveído de inadmisibilidad.

Sin embargo, el denunciante podrá volver a presentar la denuncia cuando cuente con toda la información y documentación necesaria. Asimismo podrá solicitar la devolución del importe pagado por derecho de trámite.

Si se cumplen los requisitos y se tiene la documentación completa, el Secretario Técnico somete a la consideración de la CPC la denuncia a efectos que esta última la admita a trámite.

En caso del análisis de fondo de la solicitud o denuncia se determine que la misma no esté referida a infracción de normas de protección al consumidor, o que la CPC y/o el INDECOPI sean incompetentes, o que el denunciante no tenga la calidad de consumidor final, se dictará la respectiva resolución de improcedencia.

Por otro lado, el procedimiento también se puede iniciar de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo de dar cuenta a la CPC.

Admitida a trámite la denuncia, se correrá traslado de la misma al denunciado o denunciados, a fin que se presenten los descargos correspondientes, en el plazo de cinco (5) días hábiles contados desde la notificación. Este plazo puede ser de hasta diez (10) días hábiles, dependiendo de la dificultad del tema. Vencido este plazo el Secretario Técnico declarará en rebeldía al denunciado o denunciados que no hubieran presentado sus respectivos descargos. Esta parte denunciada puede apersonarse al procedimiento en cualquier etapa del mismo, sin embargo la declaración de rebeldía determina la preclusión de la posibilidad de incorporar medios probatorios de parte.

Cuando se declara la rebeldía del denunciado, se determina una presunción relativa de verdad sobre los hechos alegados por el denunciante. Así pues serán las pruebas ofrecidas por la parte denunciante o las que ordene actuar la Comisión las que generen la convicción suficiente en los miembros de la Comisión acerca de la veracidad de los hechos alegados.

Si el denunciado presenta oportunamente sus descargos, dicho escrito es puesto en conocimiento del denunciante. En dicho escrito el denunciado debe exponer e indicar su posición en relación a los hechos que se le imputan, y al igual que en el caso de la presentación de la denuncia, el proveedor denunciado solamente puede ofrecer determinados medios probatorios, como pericia, documentos (incluyendo todo tipo de escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos y bienes que recojan, contengan o representen algún hecho, una actividad humana o su resultado) e inspección. Excepcionalmente podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas (declaraciones de parte o testimoniales), sólo si a criterio del Secretario Técnico éstas revisten especial importancia para la resolución del caso.

Cuando se trata de procedimientos iniciados de oficio, el plazo para la presentación de descargos correrá a partir de la fecha en la que el Secretario Técnico notifica al denunciado los hechos materia de investigación, así como la tipificación y descripción de la presunta infracción.

El Secretario Técnico podrá realizar las inspecciones e investigaciones que considere necesarias antes de enviar dicha comunicación o simultáneamente, ya sea a pedido del denunciante o de oficio, en caso que el Secretario Técnico considere que su actuación sea pertinente.

La inspección podrá ser efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la CPC para dicho efecto. Cuando se realice

dicha diligencia se levantará un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente, dejándose constancia, de darse el caso, de la negativa del denunciado, su representante o el encargado del establecimiento de firmar el acta.

Para la realización de diligencias, el Secretario Técnico o la persona designada por éste podrán requerir la intervención de la Policía Nacional, sin necesidad de notificación previa, a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de veinticuatro (24) horas.

En estas inspecciones se podrán examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiéndose comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias.

5.3 Audiencia de Conciliación

En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, el Secretario Técnico podrá citar a las partes a audiencia de conciliación, como mecanismo facultativo pero idóneo para que las mismas partes lleguen a un acuerdo consensuado y libre sobre el conflicto de intereses, ya sea de manera total o parcial. Como se advierte, esta audiencia no constituye una etapa obligatoria en el procedimiento. La audiencia se desarrollará ante el Secretario Técnico o ante la persona que éste designe.

Si ambas partes arriban a un acuerdo respecto de la denuncia, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de transacción extrajudicial.

Sin embargo, la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros, o cuando existan otros denunciados con los cuales no se ha podido llegar a un acuerdo conciliatorio.

Las partes tienen el derecho de asistir o no a la audiencia de conciliación e incluso es posible que la parte denunciante manifieste en su primer escrito su intención o disposición a no conciliar, siendo en este caso innecesaria la citación correspondiente.

El acta que contiene un acuerdo celebrado entre consumidor y proveedor constituye Título Ejecutivo conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

El incumplimiento de un acuerdo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción. En estos casos, si el obligado a cumplir con un acuerdo no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios previstos en las normas. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de 5 (cinco) días de notificada, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con la medida cautelar o la medida correctiva y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal correspondiente. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento, de ser el caso.

5.4 Medidas cautelares

La Comisión podrá dictar de oficio o a pedido de parte, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable,

siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño. El Secretario Técnico incluso podrá dictar una medida cautelar con la condición que dé cuenta a la Comisión en la primera oportunidad que ésta sesione, la cual ratificará o levantará la medida.

Las medidas cautelares que se pueden dictar son las siguientes:

- a. La cesación de los actos materia de denuncia.
- b. El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y de cualquier otro bien que sea materia de denuncia.
- c. La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.
- d. El cierre temporal del establecimiento del denunciado.
- e. Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad la cesación de éste.

La apelación de medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose en cuaderno separado¹¹³. El plazo para interponer el referido recurso de impugnación es de cinco (5) días hábiles.

5.5 Actuación de medios probatorios

Como ya se ha visto la Comisión a través de su Secretario Técnico puede conducir diligencias para reunir los elementos probatorios suficientes

¹¹³ Al igual que en el caso de incumplimiento de acuerdos conciliatorios si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de 5 (cinco) días de notificada, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con la medida cautelar o la medida correctiva y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento, de ser el caso.

que acrediten los hechos alegados por el denunciante incluso antes de ponerse en conocimiento del denunciado la admisión de la respectiva denuncia.

Así pues la Comisión goza de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de su Secretario Técnico y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento de oficio.

En todo caso incluso la Comisión tiene la facultad de exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo los programas que fueran necesarios para su lectura, así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

También puede citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.

Se debe tomar en cuenta que toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de la Comisión dentro de un procedimiento administrativo tendrá el carácter de declaración jurada.¹¹⁴

¹¹⁴ De conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 807 quien a sabiendas proporcione una información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 UIT, sin perjuicio de

Se debe agregar que los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del procedimiento serán de cargo de la parte que solicita la prueba. Sin embargo será en la resolución final donde se determine si los gastos deben ser asumidos por alguna de las partes, o reembolsados a la otra parte o al INDECOPI, según sea el caso, de manera adicional a la sanción que se imponga.

5.6 Fin de la primera instancia

Luego de vencido el plazo para presentar el descargo (y según sea el caso declarada la rebeldía del denunciado) o actuadas las pruebas que fueren necesarias, el Secretario Técnico pondrá en conocimiento de la Comisión todo lo actuado.

Si la Comisión considera necesario contar con mayores elementos de juicio, le indicará al Secretario Técnico que notifique a las partes a fin de que éstas absuelvan las observaciones que se establezcan en el plazo que aquélla determine, o que actúe las pruebas de oficio que considere necesarias. Las partes deberán absolver las observaciones por escrito, acompañando los medios probatorios que consideren convenientes.

Las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante la Comisión, cuya actuación o denegación de tal solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la necesidad o bien importancia y trascendencia del caso.

la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

Asimismo y a efectos de proteger cierta información según el artículo 6 del mismo decreto, la información recibida que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión. En tal caso la Comisión tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad.

En la resolución final la Comisión¹¹⁵ deberá analizar las cuestiones en discusión (esto es los puntos controvertidos, haciendo un símil con el proceso civil), en su caso la improcedencia de la denuncia y, en esencia, se verifica si el denunciado o denunciados han infringido una o más normas del Código. En caso que se considere probada la existencia de una infracción, se determinará la naturaleza de la medida correctiva, la sanción correspondiente y la determinación de la asignación de costas y costos. De este modo se puede dictar una resolución final que declare fundada, infundada o improcedente la denuncia.

El plazo máximo de tramitación del procedimiento seguido ante la Comisión es de ciento veinte (120) días hábiles.

5.7 Trámite de la apelación

Contra la resolución que pone fin a la instancia sólo procede interponer como recurso impugnativo la apelación en el plazo de cinco (5) días hábiles.

En caso no se interponga el referido recurso la resolución final quedará consentida. En caso la resolución final declare fundada la denuncia e imponga una sanción de multa, ésta será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución que puso fin a la instancia, en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución. En todo caso se comunica la imposición de la multa al Área de Ejecución Coactiva y se remite el expediente al Área de Archivo.

Hace algunos años, para interponer el respectivo recurso de apelación o la adhesión a éste era necesario realizar el pago de la tasa correspondiente

¹¹⁵ La Comisión está integrada por cuatro miembros, uno de los cuales la preside. Para sesionar válidamente se requiere la presencia de tres de sus miembros hábiles para votar, aprobándose sus resoluciones por mayoría de votos. El Presidente tiene voto dirimente, quien es el único que suscribe las resoluciones.

cuyo monto ascendía al diez por ciento (10%) de una UIT. Sin embargo mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de amparo tramitado bajo Expediente N° 3741-2004/AA/TC, publicada el 24 de octubre de 2006, se estableció como precedente vinculante que todo cobro previsto al interior de un procedimiento administrativo como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia Administración Pública es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizaban eran nulas y no podía exigirse dicho pago a partir de la publicación de dicha sentencia. Por ello por Resolución Ministerial N° 014-2007-PCM del 16 de enero de 2007 se modificó el TUPA del INDECOPI y se suprimió la referida exigencia de pago.

De este modo presentado el recurso de apelación, el mismo sólo puede ser declarado inadmisibles en caso la persona que lo suscriba no tenga facultades suficientes de representación. Así pues se dicta un proveído concediendo dos (2) días hábiles para subsanar la omisión detectada. Si no se cumple con la subsanación, se deniega la apelación, caso contrario el recurso es concedido y el expediente es remitido a la hoy denominada Sala Especializada en Protección al Consumidor en el plazo de tres (3) días hábiles, segunda y última instancia administrativa que también cuenta con un plazo de ciento veinte (120) días hábiles para emitir un pronunciamiento definitivo.

5.8 Trámite en segunda instancia

Se debe señalar que la Sala también conoce las quejas por defectos de tramitación promovidas contra la Comisión. En efecto, puede formularse una queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la Comisión. También puede formularse quejas contra los actos que determinen la suspensión de un procedimiento o los que levantan la suspensión del mismo.

En el trámite de la apelación se puede formular la adhesión a dicho recurso impugnatorio, para lo cual es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos:

- a) La existencia y vigencia de un recurso de apelación interpuesto.
- b) Quien plantea la adhesión debe ser la contraparte del apelante.
- c) El que se adhiere no debe haber resultado vencido con la resolución apelada por la otra parte, sino simplemente no haber obtenido la plena satisfacción en su o sus pretensiones.
- d) Son aplicables a la adhesión a la apelación los requisitos de procedencia y admisibilidad establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y en el Código Procesal Civil, en lo que sean pertinentes.

La adhesión a la apelación se debe realizar dentro del plazo otorgado por la Sala para contestar la apelación, esto es dentro de los cinco (5) días de notificado.

La Sala es parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y cuenta también con un Secretario Técnico. La Sala está integrada por cinco vocales, pero puede sesionar con la asistencia de cuatro de ellos, aprobando sus resoluciones por tres votos conformes. El Presidente de la Sala tiene voto dirimente en caso de empate, quien es el único que suscribe las resoluciones.

Las audiencias llevadas a cabo ante la Sala son públicas, salvo que la misma considere que el caso amerita reserva porque podría vulnerarse el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas en el proceso.

El Secretario Técnico de la Comisión podrá apersonarse, en los procedimientos iniciados o impulsados de oficio, ante la Sala a fin de sustentar

y defender las resoluciones que hubiese dictado su Comisión en las apelaciones que se hubieran planteado contra ellas. Dicha defensa se ejercerá en aquellos casos en que la Comisión respectiva lo considere necesario y será ejercida por el Secretario Técnico o la persona que éste designe.

La Sala, recibido el expediente y si hubiera otorgado el uso de la palabra a las partes y sus abogados, emite su resolución final ya sea confirmando en todos sus extremos o en parte la resolución emitida por la Comisión, también puede revocar la misma (en todo o en parte), en relación a la infracción imputada al denunciado, las medidas correctivas aplicadas, la sanción impuesta y la asignación de las costas y costos del procedimiento.

Asimismo la Sala, cuando constate la existencia de una causal de nulidad, además de la declaración de nulidad, podrá resolver sobre el fondo del asunto, siempre que cuente con elementos suficientes para ello y no se vulnere el debido procedimiento administrativo. En caso contrario, dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que se produjo el vicio y ordenará a la Comisión la continuación del mismo según su estado.

La Sala podrá enmendar sus resoluciones pero únicamente en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte. También es posible aclarar algún aspecto de la resolución que no haya resultado claro. Asimismo, procede la ampliación de la resolución cuando la Sala no hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos.

Las resoluciones de la Sala como de la Comisión deben contener los votos singulares, de ser el caso.

Las resoluciones que expide la Sala agotan la vía administrativa y pueden ser impugnadas en la vía judicial, conforme a las normas que regulan el proceso contencioso administrativo, dentro del plazo de tres (3) meses

contado desde notificada la resolución definitiva, ante los Juzgados Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima.

5.9 Denuncia maliciosa

En caso que una persona, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por la Comisión, será sancionado con una multa de hasta cincuenta (50) UITs mediante resolución debidamente motivada.

Esta sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

5.10 Medidas correctivas, sanciones, costas y costos

Como ya se ha señalado anteriormente, la Comisión puede ordenar medidas correctivas. La finalidad de la medida correctiva es evitar que una conducta infractora de la Ley produzca efectos negativos, o que en el futuro se vuelvan a producir, esto es se tiende a corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor. En base a ello sólo procede ordenar una o más medidas correctivas cuando exista la posibilidad de revertir los efectos de la conducta infractora.

Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de cuatrocientos (450) UITs, sin perjuicio de las medidas correctivas referidas.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el

mercado y otros criterios, como la reincidencia, que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

Las sanciones administrativas y medidas correctivas se aplicarán sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar. Por ello se debe tener en cuenta que el INDECOPI no otorga indemnizaciones por daño emergente, lucro cesante, daño moral o personal.

Finalmente, la Comisión, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI.

Si la Resolución Final ordena el pago de las costas y costos del procedimiento, el denunciante podrá solicitar la liquidación de los mismos, a fin que se determine el monto que corresponde desembolsar por dicho concepto. En cuanto a las costas, se ordena que se devuelva lo pagado por la tasa administrativa correspondiente a la denuncia. En cuanto a los costos, se debe adjuntar el recibo de honorarios cancelado emitido por el abogado, la constancia de pago de impuestos (o la declaración de encontrarse exonerados) y copia del libro de ingresos y egresos. De estar los documentos conformes, la Comisión evalúa el monto solicitado y lo confronta con la duración del procedimiento, las instancias del mismo, el monto de la sanción y su complejidad, pudiendo otorgar un monto menor al solicitado en función a dichos criterios.¹¹⁶

¹¹⁶ Para tales efectos, se deberá tomar en cuenta lo regulado por la reciente Directiva N° 001-2015/TRI-INDECOPI (del 06 de abril del 2015 y publicada el 12 de junio) que establece reglas aplicables a los procedimientos para la liquidación de costas y costos ante los órganos resolutores del INDECOPI.

6. Relevancia actual de la problemática de los casos de discriminación racial en el consumo

El tema de la discriminación racial es actual y se mantiene como una constante fuente de conflictos en nuestra sociedad aunque casi siempre es percibida como algo normal¹¹⁷. Si bien, las investigaciones sobre dicho problema han sido cuestionadas por la imprecisión de las razas¹¹⁸, es innegable que persiste la segregación en virtud a motivos raciales.

Así, como lo señalan Francisco Galarza *et al.* “los medios oficiales suelen propagar mensajes de que el Perú es un país con cada vez mayor igualdad y oportunidad para todos. Sin embargo, las encuestas de opinión y percepción muestran lo contrario. El Informe de Latinobarómetro 2011 indica que en el Perú el 28% de los encuestados se consideran dentro de un grupo discriminado, y que esa discriminación se orienta hacia la variable racial. Asimismo, el 39% de los peruanos cree que existe discriminación por temas raciales”.¹¹⁹

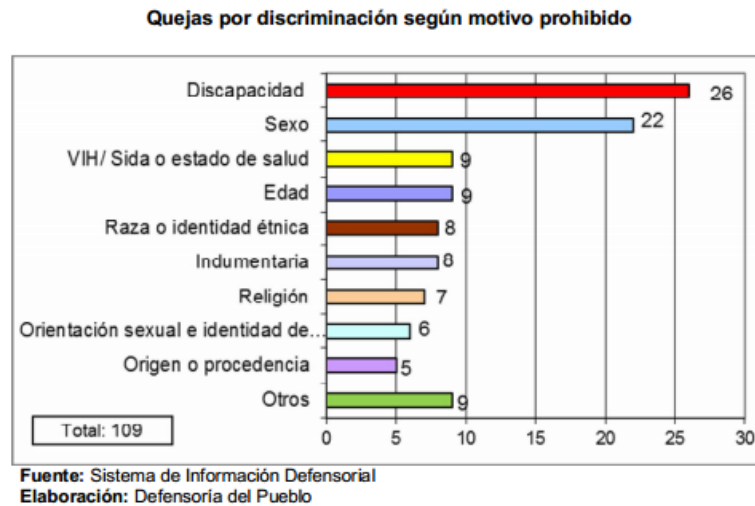
¹¹⁷ Como lo reconoce Wilfredo Ardito “muchos peruanos no aceptan que la discriminación sea un problema real. El carácter estructural de la discriminación genera que la inequidad de la sociedad peruana sea percibida como natural. De esta manera, la profunda desigualdad que afecta a las poblaciones rurales, a las personas con discapacidad o a quienes no hablan castellano con frecuencia, no es percibida como una situación anormal o injusta, sino como parte del estado normal de las cosas (...). Las propias autoridades tienen esta percepción, lo cual se refleja en la ausencia de políticas públicas para enfrentar la discriminación”. Wilfredo ARDITO, *La experiencia de la Mesa contra el Racismo*, en *La Discriminación en el Perú. Balances y Desafíos*. AA. VV., Editora Cynthia A. Sanborn, Universidad del Pacífico, Lima, 2012, págs. 295 y 296.

¹¹⁸ Liuba Kogan ha señalado que “para algunos investigadores, el racismo constituiría una realidad personalmente incómoda, por lo que se evitaría documentarla; para otros, el racismo habría trasmutado de tal modo que habría perdido su especificidad de cara a otros fenómenos discriminatorios o de exclusión social antes conocidos, lo que genera desconcierto y desazón cognitiva. Es decir, se ha vuelto muy incierta y compleja la manera de abordar empíricamente la raza y el racismo”. Liuba KOGAN, *Desestabilizar el racismo: el silencio cognitivo y el caos semántico*, en *La Discriminación en el Perú. Balances y Desafíos*, op. cit. pág. 31.

¹¹⁹ Francisco GALARZA, Liuba KOGAN y Gustavo YAMADA, *Detectando discriminación sexual y racial en el mercado laboral de Lima*, en *La Discriminación en el Perú. Exploraciones en el Estado, la empresa y el mercado laboral*, AA. VV., Editor Francisco Galarza, Universidad del Pacífico, Lima, 2012, pág. 105.

En efecto, tal como lo ha expuesto la Defensoría del Pueblo en un informe reciente, esta institución ha recibido casos de discriminación por los motivos prohibidos por nuestro ordenamiento y los ha agrupado de la siguiente manera¹²⁰:

Gráfico N° 2



Si bien el motivo racial o por identidad étnica se encuentra en el quinto lugar de dicho gráfico (que recoge las quejas ante la Defensoría del Pueblo en diversos ámbitos, no sólo en relaciones de consumo), este criterio se puede combinar muchas veces con otros motivos, como es el de la indumentaria o del origen o procedencia.

En efecto, tal como lo ha planteado Wilfredo Ardito, “el racismo (...) no aparece solo, sino se une a otros factores de discriminación, como las carencias económicas, la escasa educación, el apellido, la vestimenta, el lugar de residencia o proveniencia”.¹²¹

¹²⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe de Adjuntía N° 008-2013-DP/ADHPD, La lucha contra la discriminación: Avances y desafíos*, Lima, junio del 2013, pág. 11. Disponible en internet: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Resumen-Ejecutivo-del-Informe---La-lucha-contra-la-discriminacion.pdf>

¹²¹ Wilfredo ARDITO VEGA, *Las ordenanzas contra la Discriminación. Cuaderno de Trabajo N° 13*. Departamento Académico de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima,

De un criterio similar es Néstor Valdivia, aunque su análisis diluye el tema del racismo. Así, pues, para dicho autor “la ‘raza’ se encuentra asociada a otras cinco características de los individuos: el estatus, la clase social, el poder adquisitivo (ingresos), el nivel educativo, el género. La discriminación no se ejerce en función a la ‘raza’ aislada, sino en relación con las posibles combinaciones de las dimensiones señaladas. En ese sentido, la ‘raza’ no sólo es subjetiva y difícil de definir debido al mestizaje ocurrido secularmente en el país (en el sentido de que este haría más difícil asignar con claridad una sola ‘raza’ a una persona), sino porque depende de cómo esté asociada a esas otras características. Entre estas últimas, cuentan el nivel social y el poder económico logrado por la persona –motivo por el cual una frase como ‘el dinero blanquea’ tiene amplio consenso en nuestro medio-. Además, se ha sostenido que el ‘racismo’ opera en función de situaciones y contextos específicos; de allí que ‘raza’ por sí sola no explique la dinámica de la discriminación (Santos 2002). Incluso, algunos autores han sostenido que el ‘racismo’ en el Perú es más cultural que racial, y que el significado de la ‘raza’ en la construcción de la identidad ‘mestiza’ tiene una dimensión básicamente simbólica y cultural (De la Cadena 2004)”.¹²²

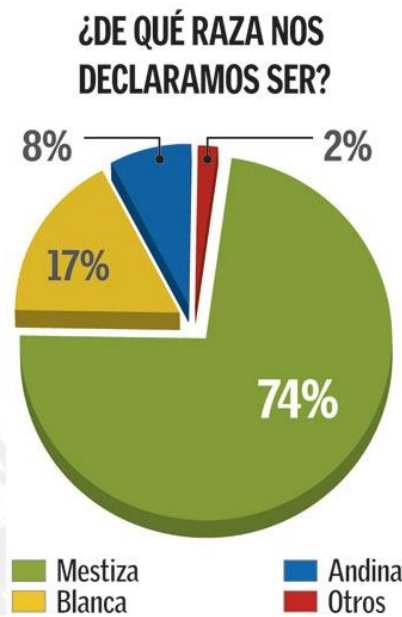
Ante todo, tomemos en cuenta que nuestro país es notoriamente una nación con una diversidad de colores de piel y mixtura de raíces, en la cual evidentemente no hay un predominio de la denominada raza blanca o aria. Así, pues en un reciente estudio de Arellano Marketing se rebela cómo es la autopercepción de las razas a las cuales consideramos que pertenecemos¹²³:

setiembre del 2009, pág. 6. Dicho trabajo se puede encontrar en el siguiente enlace: <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/01/las-ordenanzas-contra-la-discriminaci%C3%B3n.pdf>

¹²² Néstor Valdivia. *La discriminación en el Perú y el caso de los servicios de salud: resultados de un estudio cualitativo en el Valle del Mantaro*, en *La Discriminación en el Perú. Balances y Desafíos*, op. cit., págs. 91 y 92.

¹²³ Véase el artículo *Una Cuestión de Piel*, en la edición Nº 2344 de la Revista Caretas del 24 de julio del 2014, pág. 56. En el referido artículo se menciona además: “No sorprende el 74% que se considera mestizo (casi tres cuartos de la población encuestada). Sí llama la atención, en cambio, el 17% vea en el espejo un blanco/a. En el desagregado, como era de esperarse,

Gráfico N° 3



La terminología usada en las encuestas puede determinar el cambio en los resultados. En efecto, ello se puede detectar de una comparación de encuestas sobre identificación elaboradas por el INEI (Encuesta Nacional de Hogares 2009 – Enaho), el Barómetro de las Américas (Latin American Public Opinion Projección 2008 - Lapop) y en la Encuesta Mundial de Valores del 2006 (EMV). Así lo ha detectado David Sulmont quien ha referido que “si comparamos las encuestas de Enaho, EMV y Lapop, las tres usan las mismas etiquetas para referirse a las categorías no indígenas más frecuentes (mestizos y blancos) con resultados distintos. Los que se autoidentifican como mestizos en la Enaho y la EMV son entre el 55,3% y 52,4% de los entrevistados, mientras que en el caso de Lapop llegan a ser 75,9%. Ello nos lleva a la conclusión de que identificarse o no como “mestizo” depende mucho del tipo de

se muestra que la mayoría de quienes se ubican en el casillero Blanco son de los sectores socioeconómicos A y B, y del estilo de vida sofisticado (33%).

En Lima, los habitantes del Callao son los que más se consideran mestizos (80%). Los de Lima centro, en cambio, son quienes más se reconocen como blancos (25%). En Lima sur, un 13% se considera andino.

Ya a nivel nacional, el patrón se repite a gran escala. Los habitantes de Pucallpa son los que más declaran ser mestizos (91%). Los de Chiclayo son los que más se identifican como blancos (31%). En Juliaca, finalmente, viven quien más se identifican como andinos”. Ibídem.

alternativas adicionales que se le presenten al entrevistado. Categorías alternativas “no mestizas” basadas en referentes lingüísticos, culturales o geográficos (quechua, aimara, de la Amazonía) disminuyen la probabilidad de “verse como mestizo”, mientras que alternativas más raciales, como “indígenas”, la incrementan. Estos resultados son indicador de que la categoría “indígena” carga con un estigma social asociado a la historia de discriminación de los “pueblos indígenas” en nuestro país y que por ello no resulta ser una etiqueta demasiado “atractiva” para que los peruanos la usen para describirse a sí mismos”.¹²⁴

Ahora bien, la existencia de la discriminación racial (combinada o no con otros factores) también se refleja en la jurisprudencia del INDECOPI. En efecto, podemos ver que los primeros casos citados (véase los numerales 2 y 3 del presente capítulo) sobre discriminación en discotecas estaban enmarcados en términos raciales, pero además se combinaban con factores socioeconómicos o bien geográficos.

En efecto, se planteaban las denuncias de parte o de oficio (éstas últimas luego de una investigación previa con visita inspectiva utilizando funcionarios incógnitos) por el hecho que no se dejaba ingresar al consumidor afectado por sus características raciales andinas o mestizas, frente a otros clientes de rasgos blancos o arios. Sin embargo, también se consideraban los aspectos socioeconómicos (y ello si bien no estaba especificado, es claro que se relacionaba a la vestimenta o uso de marcas) o de origen (es decir si el cliente era blanco, se entendía que era extranjero), esto último particularmente en las denuncias conducidas contra discotecas en Cusco, aunque también en Lima, esto es el caso de la Discoteca “Aura” (véase el numeral 3 del presente capítulo)

¹²⁴ David SULMONT. *Raza y etnicidad desde las encuestas sociales y de opinión: dime cuántos quieres encontrar y te diré qué preguntar*, en *La Discriminación en el Perú. Balances y Desafíos*, op. cit., pág. 63.

En casos más recientes, como es el caso del Bar Huaringas (declarado infundado en segunda instancia administrativa) y Asia Rock, los matices no son tan claros, puesto que no necesariamente se practican actos de discriminación contra todas las personas que no son consideradas de “raza blanca”. En efecto, en el expediente del Bar Huaringas (como suele ser estructurada la defensa de las Discotecas denunciadas por discriminación) se presentó material fotográfico que evidenciaba que los consumidores o usuarios de dicho local eran de distintos rasgos o características raciales. Asimismo, en el caso de Asia Rock, si bien se trató de acto de discriminación contra una persona de raza negra, la comparación se dio con una persona que no tenía rasgos arios, es decir de piel blanca o cabellos claros.¹²⁵

No obstante lo anterior, se detecta que los casos de discriminación en el consumo relacionados a motivos raciales persisten, tal como podemos verificar de un análisis comparativo efectuado entre los años 2011 y mediados del 2014 a nivel de casos resueltos y/o tramitados ante la Comisiones de Protección al Consumidor (de la Sede Central, Lima Norte o de las Oficinas Regionales) y ante la Sala del Tribunal del INDECOPI (antes Sala de Defensa de la Competencia N° 2 y hoy denominada Sala Especializada en Protección al Consumidor) sobre discriminación o trato diferenciado ilícito. Así, se han presentado casos sobre negativa de ingreso a establecimientos por motivos raciales (color de la piel o por rasgos étnicos) que, en su mayoría, fueron desestimados por falta de pruebas.

Si bien el número es menor frente a los casos de discriminación por orientación sexual y por discapacidad¹²⁶, ello no significa que las prácticas discriminatorias por motivos raciales hayan desaparecido, pues en nuestra

¹²⁵ Véase la nota periodística del programa Enemigos Públicos en el siguiente enlace: http://www.youtube.com/watch?v=OqW_afOidjg

¹²⁶ Los cuales se han incrementado en los últimos años, así como aquellos por cuestiones religiosas. Asimismo, existen muchos casos que no constituyen discriminación, sino más bien trato diferenciado ilícito. En particular, existe amplia cantidad de casos denunciados en servicios educativos, referidos a retiro o expulsión e impedimento de matrícula de menores.

sociedad peruana aún se percibe la existencia de dichos actos en diferentes niveles y ámbitos.¹²⁷

Consideramos más bien que la atención mediática en la actualidad se ha concentrado en aquellas prácticas discriminatorias contra grupos minoritarios que han logrado poco a poco el reconocimiento de sus derechos de igualdad, esto es los que conforman las personas homosexuales¹²⁸⁻¹²⁹ y los discapacitados.

No obstante, la discriminación racial sigue existiendo a pesar que en nuestro país se siguen haciendo esfuerzos por lograr la igualdad de oportunidades entre todas las personas. En efecto, no deja de ser cierto que en ciertos establecimientos de diversión (discotecas, bares, *pubs*, etc.) como de otros servicios (restaurantes, *lounges*, clubes, etc.) todavía se constata la existencia de prácticas disimuladas de racismo consistente en diversas formas: la negativa de ingreso al local, la exigencia de pagos que no se requieren a otras personas, la demora en atención, la falta de prestación de otros servicios (luego del ingreso al establecimiento), el trato hostil por parte de los trabajadores o la permisividad de este tipo de trato por otros clientes (que a su vez practican actos discriminatorios).¹³⁰

¹²⁷ De ello dan cuenta los Informes de la Defensoría del Pueblo citados a lo largo del presente trabajo, así como estudios realizados por diversas Universidades que también han sido consultados y referidos anteriormente.

¹²⁸ En términos más amplios, el colectivo o población LGBT, esto es Lesbianas-Gays-Bisexuales-Transexuales.

¹²⁹ Como es conocido, en la actualidad se encuentra en debate el reconocimiento de la Unión Civil como institución similar al Matrimonio.

¹³⁰ Wilfredo Ardito, da cuenta de lo recién señalado: “En algunos cafés limeños, se ubicaba a andinos o mestizos lejos de las paredes de vidrio, para que fueran menos visibles (testimonio del autor, corroborado con familiares y amigos que tuvieron las mismas experiencias y una investigación de dos alumnas de la Universidad Católica). Otro incidente muy difundido fue que en un restaurante de Miraflores, denominado paradójicamente “La Tiendecita Blanca”, un ciudadano negro fue impedido de ingresar a buscar a unos amigos, con el argumento de que ‘no podía tener ningún conocido adentro’”. Wilfredo ARDITO VEGA. *La experiencia de la Mesa contra el Racismo*, op. cit., pág. 301.

La diversidad de estos supuestos perjudica además la capacidad del consumidor afectado de contar con medios probatorios suficientes e idóneos para acreditar los actos de discriminación. En efecto, si bien el consumidor tiene la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba permitidos por el ordenamiento jurídico (videos, audios, declaraciones testimoniales, constataciones policiales, visitas inspectivas, etc.), sigue siendo difícil recoger la prueba del trato discriminatorio de manera inmediata a su realización, puesto que en algunos casos los proveedores (a través de sus mandatarios o trabajadores) cuidan en no repetir su actuación y la plasman en actos esporádicos pero suficientemente fuertes para desincentivar el retorno de los consumidores discriminados, como también los propios sujetos afectados pierden el interés de encausar reclamos o denuncias por dichos hechos que consideran humillantes o vergonzosos.

Como se puede advertir de lo desarrollado en el presente trabajo, la discriminación racial es una afectación del derecho de los consumidores a la igualdad, pero además evidencia una afectación a su propia calidad de consumidor. En otros términos, se trata del despojo de la categoría de sujeto como agente en el mercado, esto es como merecible de acceder a los productos y servicios debido al color de la piel, situación que se complementa (o empeora) por la perceptible condición socioeconómica u otros factores que generan o potencian los actos discriminadores.

La pérdida de la calidad de consumidor también se da en relación a aquellos sujetos que sufren discriminación por su orientación sexual y por su discapacidad, en particular cuando son rechazados a acceder a productos o servicios por ser considerados como sujetos no deseables, peligrosos u otros prejuicios asumidos por los proveedores infractores. En efecto, en aquellos casos, los sujetos afectados (como los discriminados por raza) también se ven excluidos por sus características personales y con ello imposibilitados de poder adquirir o aprovecharse de productos o servicios que les permiten integrarse a sus grupos de pertenencia y/o referencia.

Por tales razones, es necesario que la protección al consumidor (a nivel administrativo en nuestro país) sea efectiva a través de procedimientos celeres y ello como reconocimiento del carácter social del acto de consumo, esto es como acto humano indispensable para desarrollar su personalidad y libertad, así como del vínculo de dicho ser humano (el consumidor) con los productos o servicios considerados como símbolos para ser reconocidos y valorados en su interacción con sus familiares, amigos, colegas, en fin con la sociedad.



CAPÍTULO IV

ELEMENTOS ESENCIALES PARA ELIMINAR PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS

1. El deber de información

Como ya se ha señalado en el primer capítulo de este trabajo, el derecho a la información ha sido reconocido como uno, o quizás, el más importante, en materia de protección al consumidor.

Así, Hernando Montoya ha señalado que “participe de las actividades comerciales, los consumidores resultan principalmente desprotegidos frente a las empresas que explotan sus gustos y necesidades con el fin de mejorar su posición económica, utilizando técnicas de venta que agreden al consumidor, punto débil de esta relación. Lo cual nos lleva a concluir que debe otorgarse protección al consumidor, para lo cual creamos normas que equilibren las dos potencias sobre las cuales se mueve el mercado, el empresario y su empresa y el consumidor”.¹³¹

La relevancia del derecho a la información reside en la necesidad de aminorar la asimetría informativa entre consumidores y proveedores. Sobre el particular, Alonso Morales ha explicado que “la asimetría Informativa es una característica intrínseca a cualquier transacción económica (e incluso a otros

¹³¹ Hernando MONTOYA ALBERTI, *El Estatuto el Consumidor*, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Mercado y Empresa, Lima, 1997, pág. 30. Una posición más crítica al rol de los medios de comunicación la efectúa Iván Maurial, para quien: “Los medios de comunicación son, a mi juicio, los primeros fomentadores del proceso de deshumanización (de-gradación) porque son los primeros promotores de la separación de la integridad de la persona al presentar al hombre como objeto y no como persona. La difusión masiva del sexo como mercancía genera una distorsión del mismo que es en realidad un medio de expresión de amor en exclusividad. Hay que dejar en claro que no sólo se trata de “libertad de expresión”, una libertad absoluta es una libertad irresponsable. La libertad es para la responsabilidad. Los medios de comunicación pueden ser al mismo tiempo los más efectivos reforzadores de valores humanos si es que los comunicadores no quedan en la indiferencia ante la problemática de inversión valorativa”. Iván MAURIAL, *La inversión de los valores: relativismo axiológico del significado de la mujer en publicidad a través del tiempo*, Universidad de San Martín de Porres. Escuela Profesional de Psicología, Lima, 2001, pág. 271.

aspectos sociales), en tanto que siempre en un intercambio de bienes y servicios habrá un actor mejor informado que otro. En efecto, dicho actor suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado, lo que genera que ciertas prácticas puedan distorsionar excepcionalmente el buen funcionamiento del mismo. En términos económicos, la asimetría informativa genera costos de transacción en el mercado, los cuales deben entenderse como aquéllos en los que las partes deben incurrir para llegar a celebrar un contrato que satisfaga de la mejor manera posible sus intereses, tendiendo así a maximizar la utilidad social. En este sentido, del concepto de Asimetría Informativa se desprenden dos aspectos que se encuentran estrechamente vinculados como dos caras de la misma moneda: el deber de Información y el deber de garantizar la idoneidad”.¹³²

En materia de discriminación en el consumo, también existen normas que regulan el derecho de los consumidores a la información al momento de acudir a un establecimiento abierto al público, con el objetivo de conocer cuáles son las restricciones objetivas que impone el proveedor para poder acceder a los productos o servicios ofertados en sus locales.

Así tenemos la norma del artículo 40º del CPDC, según la cual, 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.

Dicha norma se aplica en primer lugar a aquellos proveedores que cuentan con espacios físicos determinados, cualquiera que sea su tamaño o ubicación (local, oficina, tienda, kiosco, módulo, stand, etc.) al cual los

¹³² Alonso MORALES ACOSTA, *Asimetría Informativa*, en *Responsabilidad Civil II*, a cura de Juan Espinoza Espinoza, Editorial Rodhas, Lima, 2007, págs. 94 y 95.

consumidores o usuarios potenciales puedan acercarse y/o ingresar sin ningún tipo de limitación, es decir estructuras inmobiliarias (estáticas o no) en las cuales el proveedor, a través de sus representantes, mandatarios y trabajadores, pueda entrar en contacto de manera directa y personal con sus clientes (tanto los usuales como los nuevos clientes) o con aquella persona que esté interesada en celebrar una transacción económica sobre el producto o servicio ofrecido (pudiendo materializarse o no dicha operación).

En segundo lugar, las restricciones deben ser objetivas o justificadas. Es decir no deben responder a aspectos subjetivos (estereotipos) o prohibidos, como podría ser la restricción en base a causales reprochables por el ordenamiento (raza, sexo, condición económica, etc.). Sí está permitido, en cambio, establecer limitaciones relacionadas a comportamientos o estados de conducta que pueden generar malestar a otras personas (alcoholismo, intoxicación, actitud violenta, etc.), portar elementos peligrosos (armas, pirotecnia, líquidos, etc.), indumentaria no acorde al tipo de servicio (prendas deportivas o de baño como sandalias, zapatillas, shorts, etc. en ciertos restaurantes), ingreso con mascotas (fuera del caso de los perros guías para invidentes), informar la capacidad del establecimiento, la necesidad de efectuar una previa reserva, entre otras. Sobre todo, las restricciones deben ser coherentes con el tipo de servicio proporcionado, no debiendo ser utilizadas como medio para desincentivar el ingreso de personas por motivos raciales, socioeconómicos o culturales, esto es cuando utilicen indumentarias tradicionales, típicas o folclóricas.

Por otro lado, las restricciones deben ser puestas en conocimiento de los consumidores y potenciales clientes de manera directa y clara, incluso de manera previa, no solamente a través de carteles fuera del establecimiento comercial, sino en todos los medios que utilice el proveedor para ofertar sus productos, como pueden ser las páginas web, redes sociales, en la emisión de los tickets o entradas para un evento, etc.

Finalmente, las restricciones informadas no pueden ser ambiguas, es decir tan imprecisas o equívocas que permitan una aplicación arbitraria y antojadiza por el proveedor o sus representantes al momento de evaluar el ingreso de los potenciales clientes.

De esta manera, la norma del Código no prevé filtros para que el consumidor acceda a un determinado local abierto al público sino más bien restricciones que el proveedor establece para poder brindar un servicio (en principio, permitir el ingreso al local) y que éste debe aplicar en todos los casos en que el cliente solicite el acceso al establecimiento abierto al público, sin aplicar preferencias de unos consumidores frente a otros que se encuentren en situaciones iguales o similares.

2. Las acciones afirmativas

Ante actos negativos y proscritos, pero aún practicados de manera manifiesta o disimulada, corresponde al Estado promover acciones afirmativas o positivas, es decir concretar políticas mediante actuaciones que permitan a los grupos discriminados superar dichas situaciones de exclusión o limitación de sus derechos y oportunidades.¹³³

Las acciones afirmativas, como lo advierten Walter Gutiérrez y Manuel Sosa, “son consideradas aceptables debido a las diferencias existentes de distintos grupos afines a un Estado, que las reconoce y por tanto ofrece protección distinta justificada y razonable para obtener una equidad que no ocasione desigualdades. Es por eso que con este tipo de diferenciación,

¹³³ A decir de Nuria Gonzáles “el origen de la *Affirmative Action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión, hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de la discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación”. Además, la autora, citando a Turner R. (*The past and present of affirmative action*), señala que “es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos”. Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*, op. cit., pág. 71.

compromete a todos los órganos del Estado a trabajar y revestir su servicio de prioridades en aras de un mejor matiz de igualdad, que sea acorde con el concepto de uniformidad constitucional. En otras palabras este tipo de trato es motivado objetivamente para ayudar a grupos vulnerables, con el fin de alcanzar una igualdad real”.¹³⁴

Por su parte, como lo señala la Defensoría del Pueblo, “uno de los grandes desafíos que debemos enfrentar para lograr esta nueva cultura de convivencia es dejar de considerar a la discriminación como una situación privada y evaluarla como un problema social que genera un impacto negativo en la vida de un grupo considerable de ciudadanos y ciudadanas. Esto significa un mayor conocimiento del problema, posicionarlo dentro del debate público y en la política social, promover cambios normativos y, por sobre todo, analizar sus causas y plantear actuaciones para corregirlas”.¹³⁵

Dichas acciones afirmativas constituyen la denominada *tutela antidiscriminatoria* o *discriminación a la inversa* o también *discriminación positiva*. Mediante ella, como lo explica Nuria Gonzáles, “los Estados adoptan acciones positivas dirigidas a la erradicación de las discriminaciones, desde dos vertientes fundamentales:

1. Actuaciones encaminadas a identificar discriminaciones directas e indirectas; labor realizada por los jueces que se plasma en sus sentencias, en sus precedentes jurisprudenciales.

¹³⁴ Walter GUTIERREZ CAMACHO y Manuel SOSA SACIO, *Artículo 2, inciso 2: Igualdad ante la ley*, op. cit., págs. 58y 59.

¹³⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Documento Nº 2, La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes*, op. cit., pág. 11.

2. Actuaciones dirigidas a eliminar la discriminación socio-estructural aumentando la presencia de grupos discriminados; labor realizada por los poderes normativos, la Administración”.¹³⁶

En efecto, como lo señala la Defensoría del Pueblo, “en determinados casos, el reconocimiento formal de la igualdad y la no discriminación, así como normas jurídicas neutrales, no resultan suficientes para alcanzar la igualdad real. Se necesita que paralelamente se emprendan acciones por parte de los Estados para compensar los obstáculos existentes en la sociedad. Por ello, para alcanzar la igualdad real de ciertos grupos o conjuntos de personas se recurre a las *acciones afirmativas*, también conocidas como *acciones positivas*.

Las acciones afirmativas son una expresión de la tutela antidiscriminatoria que desarrollan los Estados. Constituyen un instrumento legítimo de política pública empleada con la finalidad de promover la igualdad. Son reconocidas como medidas específicas que buscan superar la mera prohibición formal de la discriminación.

En este sentido, las acciones afirmativas surgen como una necesidad o imperativo para evitar que determinados grupos humanos continúen siendo discriminados. Son medidas que benefician a un grupo de personas afectado por una situación de desventaja. Implican el tratamiento diferenciado para mejorar sus posibilidades de obtener un bien o derecho, en particular cuando la realidad presenta condiciones desfavorables, desiguales e injustificadas que impidan un acceso a dicho bien o derecho otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables”.¹³⁷

Se ve aquí un rol muy importante del Estado que despliega una labor de solidaridad y bienestar social en beneficio de los más desfavorecidos. Si bien,

¹³⁶ Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*, op. cit., pág. 75.

¹³⁷ Véase DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Documento N° 2, La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes*, op. cit., pág. 42.

no existen políticas para favorecer a las personas que son discriminados por motivos raciales, sí se ha dado más bien en beneficio de otros grupos que históricamente han sido relegados, como son los niños, ancianos y mujeres en situación de abandono.¹³⁸

3. Acciones colectivas y de oficio

Cuando se trata de casos de discriminación por alguno de los motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico (raza, condición socioeconómica, religión, sexo, etc.), se suele observar que los actos prohibidos se aplican sobre todas las personas que cuenten con las mismas características (color de piel, apariencia de pobreza o condición humilde, discapacidad, etc.).

Un aspecto distinto se da en cambio en los casos de trato diferenciado ilícito, en los cuales, es la situación particular del afectado o la relación que mantiene con el proveedor lo que provoca la negativa de acceso al producto o servicio. Este el caso de un ex socio de un club a quien no se le permite el ingreso a un centro de esparcimiento que conduce la asociación por mandato de la directiva a pesar que acude como cualquier otro cliente, o bien el caso de los colegios que restringen el ingreso de los menores o no renuevan la matrícula por malas relaciones con los padres de familia.

En los primeros casos, esto es de discriminación propiamente dicha, cabe la actuación o prosecución de oficio del procedimiento sancionador por parte de la autoridad administrativa. En los otros casos, de trato diferenciado ilícito, la denuncia se sostiene básicamente del interés particular del consumidor afectado.

Como lo han explicado Baldo Kresalja y César Ochoa, “los intereses de los consumidores y usuarios, que el Estado se ha comprometido a defender, según el artículo 65 de la Constitución, son más amplios e incluyentes que los

¹³⁸ Por ello nuestra Constitución establece en su artículo 4, primer párrafo, que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

derechos; y esos intereses pueden adquirir contenido muy variado y cambiante. Pero no debe hacernos pensar que pueda tratarse de intereses individuales o personalísimos resultantes de una conducta caprichosa y extravagante. Los intereses son, por cierto, los del consumidor y el usuario aislado, vinculados al género de los consumidores y usuarios en cuanto categoría económica y jurídica, esto es como demandantes de bienes y servicios que se encuentran en el mercado”.¹³⁹

Esto tiene su explicación en que los casos de discriminación son de mayor gravedad e implican una afectación efectiva o potencial (futura y repetitiva) contra un número indeterminado de consumidores que se encuentren bajo las mismas condiciones o reúnan iguales o similares características.

Ante ello, resultan importantes las acciones colectivas iniciadas por asociaciones de consumidores (conforme a los artículo IV numeral 6, 107º, 129º y 153º del CPDC) o de oficio por la propia administración pública en resguardo de los intereses difusos o colectivos de los consumidores. Los primeros, a decir de Ugo Majello y Marco Comporti, se caracterizan “por ser común a todos los miembros de la colectividad, sin tener además como punto de referencia un bien susceptible de apropiación”, mientras que los intereses colectivos, a diferencia de los difusos, son entendidos como “intereses de categoría tutelados ante todo como derechos subjetivos”.¹⁴⁰

En sede nacional, Juan Morales, distingue a los intereses difusos dentro de los intereses colectivos, de la siguiente manera: "es necesario distinguir los intereses llamados colectivos, como aquellos que no siendo estrictamente individuales, pertenecen a un grupo determinado de personas integrantes de

¹³⁹ Baldo KRESALJA y César OCHOA, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009, pág. 317.

¹⁴⁰ Ugo MAJELLO y Marco COMPORTE. *Situazioni giuridiche soggettive e rapporti giuridici*, en Istituzioni di diritto privato, al cuidado de Mario Besone, Edit. Giappichelli, Turín, 2001, págs. 73 y 74.

una colectividad determinada organizada (...) A ello se suman los intereses difusos que también son colectivos, pero sin respaldo organizacional (...) cuya característica es que pertenece a un grupo de personas o clase de personas indeterminados, no precisadas en número".¹⁴¹

En los casos en los cuales existe discriminación, entendemos que se presenta básicamente la figura de afectación de intereses difusos, por cuanto es muy difícil determinar la amplitud de los afectados, esto es las personas involucradas y que cuentan con características raciales, económicas, de sexo, por discapacidad, religión, orientación sexual, entre otros, indebidamente prejuzgadas y rechazadas.

Ante dicho escenario, corresponde al Estado iniciar o proseguir aquellas acciones y procedimientos para investigar y eventualmente sancionar conductas ilícitas de los proveedores que practican actos de discriminación contra ciertos grupos o colectivos humanos.

Incluso se pueden dar casos en los cuales, la denuncia sería interpuesta por un consumidor afectado a título particular por haber advertido discriminación racial o de otro tipo y que, en el desarrollo del procedimiento, las partes lleguen a un acuerdo y el denunciante solicite el desistimiento del procedimiento o de su pretensión¹⁴². Sin embargo, en este tipo de casos, la administración pública debería seguir con el procedimiento de oficio pues si existen indicios suficientes que el acto denunciado se basa en la discriminación racial, entonces este tipo de afectación pudo haber afectado no sólo a dicho cliente sino a otras personas de las mismas o similares características físicas.

¹⁴¹ Juan MORALES GODO, *Instituciones de Derecho Procesal*, Lima, Palestra Editores, 2005, pág. 215.

¹⁴² La doctrina procesal define al desistimiento como: "la declaración de voluntad del demandante de no continuar el ejercicio de la acción en el proceso pendiente iniciado por él". Véase Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho Procesal Civil*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pág. 229.

Lo anterior encuentra respaldo en lo previsto en el artículo 189^o de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

“Artículo 189.- Desistimiento del procedimiento o de la pretensión.

- 189.1 El desistimiento del procedimiento importará la culminación del mismo, pero no impedirá que posteriormente vuelva a plantearse igual pretensión en otro procedimiento.
- 189.2 El desistimiento de la pretensión impedirá promover otro procedimiento por el mismo objeto y causa.
- 189.3 El desistimiento sólo afectará a quienes lo hubieren formulado.
- 189.4 El desistimiento podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y señalando su contenido y alcance. Debe señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento del procedimiento.
- 189.5 El desistimiento se podrá realizar en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final en la instancia.
- 189.6 La autoridad aceptará de plano el desistimiento y declarará concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.
- 189.7 La autoridad podrá continuar de oficio el procedimiento si del análisis de los hechos considera que podría estarse afectando intereses de terceros o la acción suscitada por la iniciación del procedimiento extrañase interés general. En ese caso, la autoridad podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y continuará el procedimiento.”

No cabe duda que los casos de trato desigual por discriminación son de interés general, pues su realización importa una conducta reprochable por el ordenamiento que merece ser sancionada no sólo administrativamente sino, sobre todo, a nivel penal.

Centrándonos en el ámbito administrativo, y en específico en los procedimientos que proscriben conductas que afectan el mercado y el interés de los consumidores, reiteramos que los actos de discriminación afectan la igualdad entre todos los consumidores y su derecho a la libre elección de los productos o servicios disponibles y ofertados por los proveedores. Así pues, permitir el archivamiento de un procedimiento en el que se vislumbra una evidente conducta discriminatoria por un proveedor podría dejar abierta la posibilidad que dicho empresario reitere en el futuro su acto infractor contra otras personas con las mismas características o que otros consumidores afectados desconozcan la existencia de una pretensión que podrían hacer suya en el mismo procedimiento o en otra nueva acción.

En efecto, como lo señala Julio Durand, “las agresiones a los intereses de los consumidores tienen carácter impersonal, no son aislables, y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional (exclusivas o diferenciadas con relación al sujeto). Se despliegan sobre la comunidad, expuesta del mismo modo, coincidente e indiferentemente a ciertos riesgos, sin perjuicio de que un daño efectivo pueda recaer sobre algunos más que otros”.¹⁴³

Y más adelante el mismo autor precisa que “el interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad de inminente conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad. De allí –en lo que aquí interesa- que si la constante amenaza y la permanente exposición a una serie de peligros es idéntica para todos, y si la eventual reacción de cada uno vale asimismo para los otros, entonces carece de sentido y coherencia la individualización o especificación del interés a defender”.¹⁴⁴

¹⁴³ Julio DURAND CARRIÓN, *Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia*, Editorial San Marcos, Lima, 1995, págs. 46 y 47.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 47.

4. Cargas Probatorias

Siguiendo a Efraín Quevedo, “la distribución del poder probatorio entre las partes y el juez incide en la frecuencia con que éste se encontrará en la necesidad de recurrir a aquella regla legal para dictar sentencia, pero su trascendencia no va más allá”.¹⁴⁵

Cuando nos encontramos frente a casos de trato discriminatorio racial, surge el problema de poder acreditar los actos prohibidos y al mismo tiempo que la causa haya sido un comportamiento racista por parte del proveedor.

En efecto, como ya lo hemos referido anteriormente, los actos de segregación por motivos racistas se pueden manifestar de diversas formas, desde la simple negativa al ingreso al establecimiento, como también, ya dentro del local comercial, en cualquier tipo de obstrucción o negativa a brindar los productos o servicios, así como la atención adecuada, todo con el fin de desalentar la permanencia del afectado.

Ante las dificultades que tienen los consumidores para poder acreditar sus alegaciones, existen cargas probatorias especiales conforme al artículo 39º del Código peruano.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Efraín QUEVEDO MENDOZA, *Carga de la Prueba*, en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso*, Editorial San Marcos, Lima, 2008, págs.164 y 165.

¹⁴⁶ **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.

Estas cargas probatorias replican lo reconocido a nivel internacional, como se advierte de lo previsto en la Directiva N° 2000/43/CE del 29 de junio del 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Según dicha Directiva, aplicable al ámbito europeo:

“Artículo 8. Carga de la Prueba

1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

(...)”¹⁴⁷

Esta inversión de la carga de prueba es necesaria y ha resultado de aplicación práctica, tomando en cuenta las ya referidas dificultades en que se encuentran los consumidores denunciante para acreditar algunas infracciones. Ha sido nuestro Tribunal Constitucional el que ha reconocido la necesidad de este cambio:

“(…) si bien la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, la misma implica el planteamiento de nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (...)

¹⁴⁷ En otros instrumentos internacionales, existe la misma previsión, como es la Directiva N° 2004/113/CE del 13 de diciembre del 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo.”¹⁴⁸

La aplicación de la teoría de las cargas dinámicas es pacífica en el ámbito administrativo del INDECOPI, habiéndose resuelto muchos casos en materia de servicios financieros, médicos, entre otros, aplicando dicha inversión de la carga de la prueba, con el fin que el proveedor sea la persona encargada de introducir el material probatorio necesario para desvirtuar la denuncia del consumidor. Esta teoría tiene como base los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

En materia de discriminación y trato diferenciado ilícito, como ya se resaltó en el anterior capítulo, existe una norma particular (artículo 39º), que invierte o traslada el deber de probar en perjuicio del proveedor. Ello no responde a una arbitraria posición del legislador sino al reconocimiento de la especial situación en que se encuentra el consumidor que no cuenta con los medios necesarios para comprobar experiencias hostiles vividas y que le impidieron el normal disfrute de un producto o servicio.

Sin embargo, en la actualidad existen instrumentos disponibles a los consumidores para poder acreditar sus alegaciones, como es el uso de *smartphones* y todo tipo de aparatos tecnológicos que pueden recoger (vía grabación) cualquier hecho o práctica segregacionista.

En caso no se cuente con dichos instrumentos, se podrán acreditar las alegaciones del consumidor a través de los medios probatorios tradicionales

¹⁴⁸ Sentencia emitida en el Exp. 01776-2007-AA/TC del 26 de enero del 2007.

como son las declaraciones de parte, de testigos, documentos (denuncias u ocurrencias policiales), etc.

En este punto, merece especial atención la situación de aquellos casos iniciados de oficio por la administración pública a través de funcionarios encubiertos haciéndose pasar por consumidores y así detectar algún acto de discriminación en el consumo.

Este tipo de diligencias (visita inspectiva) ha tenido cierto éxito en aquellas investigaciones de discriminación racial, puesto que es fácil contar con una pareja de funcionarios de rasgos arios (piel blanca y cabellos claros) y otra de rasgos mestizos u oscuros, quienes ingresaban o intentaban ingresar al establecimiento, detectándose así las prácticas segregacionistas.

Sin embargo, este mismo tipo de diligencias sería de difícil realización tomando en cuenta otro tipo de prácticas discriminatorias referidas, por ejemplo, a la orientación sexual o la discapacidad de las personas. Así pues, salvo que exista la participación voluntaria de sujetos que cuenten con dichas características de manera auténtica, la “preparación de la prueba” por parte del INDECOPI rozaría con la afectación de la dignidad de los propios funcionarios que tendrían que simular ser gays o discapacitados a fin de verificar si a ellos no se les brinda el acceso a los productos o servicios, como es el caso de la pareja mestiza que no puede ingresar a un establecimiento comercial.

Por ello, la labor del INDECOPI¹⁴⁹ en materia preventiva y fiscalizadora debe ser muy cuidadosa a fin que los proveedores, presunta u ocultamente

¹⁴⁹ Hasta principios del año 2012, el INDECOPI desarrollaba sus actividades de investigación y vigilancia a través del Área de Fiscalización que, según su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), era una Unidad Orgánica de la Gerencia de Administración y Finanzas. Para entonces la CPC conocía todas las materias y, como en la actualidad, a través de su Secretaría Técnica realizaba sus investigaciones para verificar el cumplimiento de la normativa de consumo con el apoyo de dicha Área de Fiscalización. Posteriormente se creó la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, por acuerdo del Consejo Directivo, y mediante Decreto Supremo N° 107-2012-PCM se modificó el ROF del INDECOPI, incorporándose a la referida Gerencia como Órgano de Línea, la cual se encarga de brindar apoyo a la Comisión y su Secretaría Técnica (conforme al Artículo 72-C del Decreto Supremo N° 009-2009-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI).

discriminadores, no cuestionen la validez del medio probatorio (la inspección y el acta que lo recoge) por carecer de autenticidad o reflejar hechos ajenos a la realidad.

Por lo anterior, en nuestra propuesta de modificación legislativa hemos considerado una simplificación de las reglas probatorias. Así pues, el trato desigual o la negativa en el acceso a un producto o servicio debe ser acreditado por el consumidor afectado, por la asociación de consumidores o por la administración dependiendo si el procedimiento se inicia por denuncia de parte o de oficio. A su turno, corresponde al proveedor acreditar la existencia de una causa objetiva, razonable o justificada a fin de desvirtuar el trato diferenciado ilícito. Para ambas partes, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

De esta manera, el procedimiento se basará en acreditar la existencia del trato desigual (ya sea por trato diferenciado ilícito o discriminación) a través de la negativa al acceso (o a continuar accediendo) a los productos o servicios, así como en desvirtuar la existencia del trato desigual o bien de la justificación del mismo. Lo primero le corresponde, obviamente, al denunciante o a la administración, y lo segundo al proveedor denunciado.

Será en base a los medios probatorios ofrecidos por ambas partes y de los indicios que se puedan extraer de los mismos, que la conducta se podrá considerar como infractora o no. Será infracción si no se desvirtúa el trato desigual, y de existir desigualdad si ello no responde a causas objetivas, razonables o justificadas. La conducta infractora básica será la de trato diferenciado ilícito y la agravada de discriminación, esto último cuando de los medios probatorios se recoja la evidencia que el consumidor afectado fue discriminado por algún motivo prohibido (raza, sexo, condición económica, orientación sexual, discapacidad, religión u otros similares) o los indicios conlleven a dicha conclusión.

5. Medidas Correctivas

Las medidas correctivas reparadoras son definidas en el artículo 115° del Código como aquellas que tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior.

En primer lugar debemos despejar cualquier similitud de dichas consecuencias dispuestas por la administración con la indemnización civil por daño emergente. En el caso de la indemnización por daño emergente se parte de una base de cálculo: la reparación de los daños provocados efectivamente a la víctima o a sus sucesores. Así pues, si una persona sufre un accidente automovilístico, el que ocasionó dicho evento debería pagar el monto de la reparación del vehículo y los gastos médicos (o hasta de sepelio) de la víctima (aquellos que no pueda cubrir el SOAT) por responsabilidad civil extracontractual. De la misma manera, si una persona es contratada para prestar un servicio (construcción de un edificio de oficinas) y lo brinda defectuosamente, debería pagar los gastos que el perjudicado deberá asumir para obtener la reparación de la construcción por responsabilidad civil contractual.

Sin embargo, utilizamos el condicional pues no siempre con la existencia de un daño e incluso la identificación de su autor, se deberá resarcir a la víctima del daño. En efecto, en el campo de la responsabilidad civil será el juez quien analice los elementos referidos a la antijuricidad, el daño causado, el nexo causal y los factores de atribución así como las normas del Código Civil sobre extensión, limitación o liberación de responsabilidad.

Al señalarse en la norma que las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor, se prohíbe que la medida correctiva reparadora tenga el mismo objetivo que las indemnizaciones por daño moral o personal (de naturaleza extrapatrimonial) y por lucro cesante, es decir resarcir por aquello

dejado de percibir como consecuencia del daño. En efecto, las consecuencias patrimoniales indirectas y mediatas (el futuro daño) están excluidas de este tipo de medidas. Lo anterior, no entra en colisión con el derecho del consumidor a que el proveedor asuma los gastos para el restablecimiento total de su salud e integridad, cuando se trate, por ejemplo, de prestaciones médicas defectuosas.

De lo anterior se desprende que las medidas correctivas reparadoras son mandatos de la Administración, sin llegar a constituir indemnizaciones, dirigidos a resarcir los daños directos e inmediatos ocasionados al patrimonio del consumidor y provocados por el proveedor al incurrir en una infracción administrativa, siendo su objetivo que todo vuelva al estado anterior a este evento nocivo y sus efectos perniciosos.

Ahora bien, entre las medidas correctivas reparadoras se encuentra aquella por la que se obligue al proveedor que cumpla con ejecutar la prestación u obligación asumida. En este supuesto nos encontramos en los casos en que el proveedor ha dejado de cumplir la obligación a su cargo o la ha efectuado de manera parcial e incompleta. Así pues, si un proveedor se ha comprometido a efectuar la instalación de mayólicas para la cocina o la pintura de un inmueble y no lo ha realizado o ha prestado el servicio de manera incompleta, entonces el consumidor podrá denunciar este hecho y obtener una orden para que se culmine lo que se había dejado a medias.

De igual manera, si un consumidor compra en un establecimiento de electrodomésticos un televisor o equipo de audio o video y éste no le es entregado en el plazo convenido, la administración puede ordenar que se le entregue al consumidor el producto.

En caso no se pueda ejecutar la prestación u obligación, o no sea razonable (cuando, por ejemplo, ya haya pasado mucho tiempo), se puede ordenar otra prestación de efecto equivalente. Esto se puede dar, por ejemplo, en el supuesto que una persona denuncie que contrató la compra de un equipo de telefonía móvil, el cual nunca le fue entregado, sin embargo, a causa del

trámite de todo el procedimiento la entrega del mismo equipo ya no es razonable, tomando en cuenta que, por la constante innovación tecnológica de los equipos celulares, la consignación del producto bajo la forma pactada no es viable.

En este último supuesto, se podrá ordenar al proveedor que efectúe una prestación de efectos equivalentes o incluso entregar sumas dinerarias al consumidor para que éste pueda obtener de otros proveedores la prestación u obligación no satisfecha completamente.

Pero esta medida correctiva también es útil para aquellos casos en que se produce un trato discriminatorio y no se permite el ingreso a un consumidor al establecimiento comercial. Así pues, la medida correctiva natural para este tipo de casos será que, en el futuro, el proveedor no podrá restringir el acceso a sus potenciales clientes si no es por causas justificadas, objetivas y razonables.

Junto a las medidas correctivas reparadoras se encuentran las medidas complementarias, las cuales conforme al artículo 116º del Código tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. Según el mismo dispositivo, en caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia se puede:

- (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
- (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.

Además, siempre en base a la misma norma, se puede ordenar la publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el

INDECOPI, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.

En particular, estas últimas medidas correctivas son muy útiles pues ya no sólo se conmina al proveedor a que realice un acto contrario a su práctica discriminatoria (esto es el libre acceso), sino que se afecta sus ingresos al ordenar la clausura temporal del establecimiento (como sucedió en el caso de “Café del Mar”) o la publicación de avisos que no sólo tienen fines informativos sino que generan un rechazo en el público a las actividades del establecimiento.

6. Sanciones administrativas

La potestad sancionadora de la Administración Pública se ve reflejada mediante la imposición de la sanción. Así, como lo señala Hugo Gómez *et al.*, “la sanción es una decisión de la Administración Pública que afecta la esfera jurídica de las personas naturales o jurídicas que violen el ordenamiento jurídico. Es una consecuencia jurídica establecida ante la verificación de la conducta previamente tipificada como infracción administrativa”.¹⁵⁰

Nuestro ordenamiento procedimental (Ley N° 27444) reconoce la facultad de la autoridad administrativa de imponer sanciones, lo cual se ha replicado en normas especiales como son los Decretos Legislativos N° 807 y 1033 sobre Normas y Funciones del INDECOPI, así como en el CPDC, en cuanto prevé las sanciones para los proveedores infractores de los derechos e intereses de los consumidores.

A decir de Alejandro Nieto, “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,

¹⁵⁰ Hugo GOMEZ APAC, Susan ISLA RODRIGUEZ y Gianfranco MEJIA TRUJILLO, *Apuntes sobre la Graduación de la Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor*, en Revista Derecho & Sociedad, N° 34, Año 2010, Lima, pág. 136.

adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan imprudencia temeraria. En el ejemplo, a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro”.¹⁵¹

Ahora bien, en materia de discriminación en el consumo, la aplicación de los criterios de las normas generales o específicas no es el mismo de cualquier otra infracción pues, a diferencia de casos de afectación de deber de idoneidad, información, métodos comerciales abusivos, etc., no existe ganancia medible a favor del proveedor.

En efecto, cuando se niega el acceso a un consumidor o grupo de consumidores por motivos raciales, se deja de percibir los ingresos o beneficios que pudieron obtenerse con las eventuales operaciones económicas. Por ello no se puede hablar de algún beneficio ilícito. De la misma manera no resulta medible la cantidad de clientes (sujetos que consienten la discriminación o la practican) que el proveedor hubiera perdido si permitiese el ingreso de las personas de raza “negra” o “andina”, puesto que con ello se asumiría un número o porcentaje de personas que también practican estos actos prohibidos, de lo cual no existe una estadística cierta.

Por ello, en los casos de trato desigual en el consumo, resulta necesario aplicar medidas preestablecidas de sanciones, es decir límites mínimos y máximos de sanciones pecuniarias, a las que también se podrán aplicar agravantes y, excepcionalmente, atenuantes.

En particular, las sanciones sobre discriminación en el consumo propiamente dicha, esto es por basarse en motivos o causales prohibidos por el ordenamiento jurídico (como es el caso de la raza), deben considerarse como

¹⁵¹ Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª.Ed. Reimp, Editorial Técnos, 2000, Madrid, pág. 145.

infracciones muy graves debido a la afectación de varios derechos de los consumidores que trascienden el simple aspecto patrimonial, esto es la libre elección, la igualdad y sobre todo la dignidad de las personas.

En este tipo de casos, como se podrá entender resultan un tanto impracticables los cálculos de las multas bajo criterios económicos, que pueden ser más útiles para otro tipo de casos.¹⁵²

7. Tramitación mediante el procedimiento sumarísimo

Con el CPDC se creó un nuevo tipo de procedimiento, considerado de menor cuantía, esto es el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor.

Así pues, frente al procedimiento ordinario que tiene, en teoría, un plazo máximo de tramitación de 120 días hábiles¹⁵³, el legislador ideó un procedimiento más célere para aquellos casos que, se entiende, son los menos complejos, a fin que exista una vía más efectiva de solución para sus intereses que aquél procedimiento ordinario que se vino aplicando desde el año 1996 con los artículos 22º y siguientes del Decreto Legislativo N° 807 (sobre Facultades, normas y organización del INDECOPI) en relación a las infracciones previstas en la hoy derogada LPC.

Así pues, conforme al CPDC el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos (OPS) es competente para conocer, en primera instancia

¹⁵² Como ha sido elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos en el Documento de Trabajo N° 01-2012/GEE “Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi”, Agosto, 2012 (www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/docstrabajo/DocTrabN01-2012.pdf). Así por ejemplo en dicho documento se ha previsto que “el beneficio ilícito es entendido como la ganancia ilícita que obtuvo el infractor como consecuencia de cometer la conducta ilícita, es decir, aquel beneficio que no se hubiese registrado bajo las condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta” (véase pág. 16), lo cual, a nuestro criterio, no se produce cuando a un consumidor se le niega el acceso a un producto o servicio por motivos raciales.

¹⁵³ Conforme a la decimocuarta disposición complementaria y final de la Ley N° 27809 del año 2002.

administrativa, denuncias cuya cuantía, determinada por el valor del producto o servicio materia de controversia, no supere 3 UIT; así como aquellas denuncias que versen exclusivamente sobre requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto, con independencia de su cuantía. Asimismo, es competente para conocer, en primera instancia, denuncias por incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio e incumplimiento y liquidación de costas y costos.

Según la normativa actual, el OPS, en cambio, no puede conocer denuncias que involucren reclamos por productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos y los que versen sobre productos o servicios cuya estimación patrimonial supera, obviamente, 3 UIT o cuando son inapreciables en dinero.

Luego de la promulgación y entrada en vigencia del CPDC la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, mediante la Resolución N° 159-2010-INDECOPI-COD, aprobó la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI la cual estableció las Reglas Complementarias aplicables al Procedimiento Sumarísimo en materia de Protección al Consumidor, en relación a la forma de inicio del procedimiento, los medios probatorios admitidos, los plazos de tramitación, recursos, facultades del Jefe del OPS y otras reglas procedimentales.

Desde un principio y conforme al numeral 4.3.1 de la referida directiva se previó que el procedimiento sumarísimo se inicia de oficio, por denuncia de parte, lo que le otorga una condición trilateral que no altera la naturaleza sancionadora de dicho procedimiento.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Lo anterior no implicaba que se haya creado un procedimiento de distinta naturaleza que el procedimiento ordinario, es decir más rígido o exageradamente riguroso. En efecto, ya el CPDC ha reconocido en su artículo 106° y siguientes la naturaleza sancionadora de la mayoría de procedimientos. Así pues en el citado dispositivo se reconocen los procedimientos sancionadores (además del de liquidación de costas y costos del procedimiento) mientras que en el artículo 107° se prevé que éstos “se *inician de oficio*, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse

Ahora bien, a partir del 01 de enero del 2014 entraron en vigencia nuevas reglas para los procedimientos sumarísimos. Así, mediante Resolución N° 298-2013-INDECOPI/COD se aprobó la Directiva N° 007-2013/DIR-COD-INDECOPI que ha modificado el TUO de la Directiva N° 004-2010/DIR-COD-INDECOPI.

Las nuevas reglas reforzaron la naturaleza sancionadora del procedimiento, dado que se reconoció que el inicio del mismo se produce de oficio por la autoridad administrativa como consecuencia de la denuncia informativa interpuesta por un consumidor. En relación a dicho sujeto, ya no es “denunciante” sino más bien “denunciante interesado”, “tercero interesado” o “administrado” que interviene como sujeto colaborador de la administración pública en la determinación de la infracción administrativa cometida por el proveedor.

Al ser (y siempre lo fue) un procedimiento sancionador, se previó que el desistimiento o conciliación entre el proveedor y consumidor, no importaba la conclusión del procedimiento, sino sólo podía ser considerado como atenuante al momento de graduar la sanción.

Estas nuevas disposiciones no han debido propiciar que los consumidores consideren a la denuncia como un medio para presionar a los proveedores, sino más bien han debido generar incentivos para que estos últimos adopten medidas de atención al cliente y de prevención más cuidadosas y eficientes que eviten la insatisfacción de los consumidores.

Sin embargo, la vigencia de algunas de estas reglas ha sido de corta duración, casi seguro por la presión de los gremios empresariales. Así, mediante Resolución N° 108-2014-INDECOPI/COD del 27 de junio del 2014 se

afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores (...).

emitió la Directiva N° 003-2014/DIR-COD-INDECOPI que modificó e incorporó diversos artículos al TUO de la Directiva anterior.

Con las nuevas y actuales normas, si bien se ratifica que el OPS continuará con el procedimiento aún cuando se presente el desistimiento o conciliación (sin perjuicio de considerar dichas circunstancias como atenuantes al graduar la sanción), se prevé ahora que la denuncia no ameritará el inicio del procedimiento sancionador si las partes hubieran llegado a un acuerdo conciliatorio que incluya el desistimiento de la denuncia, antes del vencimiento de un nuevo plazo previsto en la nueva norma. Así pues, el OPS debe requerir al administrado denunciado para que en un plazo máximo de siete (7) días hábiles cumpla con acreditar, mediante documento de fecha cierta, la existencia de un acuerdo conciliatorio que incluya el desistimiento de la denuncia, en cuyo caso se declarará que no amerita el inicio de procedimiento sancionador. Esta regla es de aplicación, incluso, luego de la imputación de cargos siempre que el acuerdo conciliatorio sea acreditado mediante documento de fecha cierta anterior al inicio del procedimiento sancionador.

Conforme a las normas citadas, el consumidor que se considere afectado en alguno de sus derechos o intereses, planteará su denuncia informativa ante el OPS, el cual, antes de iniciar el procedimiento mediante la imputación de los cargos, comunicará al proveedor (supuestamente infractor) para que por última vez tenga la oportunidad de lograr una conciliación con el consumidor (lo cual es potestativo) y así conseguir que éste se desista de su denuncia, antes que se inicie el procedimiento. Una vez en trámite éste ya no se puede paralizar, salvo que el desistimiento del consumidor se base en un acuerdo conciliatorio previo a la imputación de cargos y dicho acuerdo conste en documento de fecha cierta (por ejemplo un acuerdo plasmado en un documento suscrito con firmas legalizadas ante Notario).

Más allá de estas disposiciones reglamentarias, que como vemos no han sido uniformes, consideramos que no existen razones suficientes para excluir

del trámite del procedimiento sumarísimo los casos de trato desigual, es decir los referidos a trato diferenciado ilícito y discriminación.

En efecto, en primer lugar, como se ha explicado a lo largo del presente trabajo el consumidor tiene el interés de obtener una decisión definitiva pero pronta que satisfaga sus intereses (en la medida que esté acreditada la infracción). Siendo ello así, la utilización del procedimiento ordinario importa una ampliación injustificada de los plazos para resolver la denuncia, salvo que se trate de acciones conducidas de oficio o a instancias de una denuncia de una asociación de consumidores en salvaguarda de intereses difusos o colectivos. Como veremos en las próximas páginas, otras vías (como la acción de amparo) han empezado a ganar terreno a los procedimientos tramitados en INDECOPI, precisamente sobre casos de discriminación.

En segundo lugar, el procedimiento sumarísimo es idóneo pues no restringe la actuación probatoria necesaria para acreditar, o bien desvirtuar, el trato desigual y/o la justificación de la diferenciación. Así pues, en la medida que se puedan aportar medios probatorios documentales al procedimiento (documentos, constataciones policiales, declaraciones juradas, videos, audios, etc.) estos podrán servir para acreditar las alegaciones de ambas partes. En caso se quiera aportar algún elemento probatorio diferente (por ejemplo una declaración testimonial o una inspección), excepcionalmente y acorde a su necesidad, se podrá permitir su ofrecimiento y actuación.

Nótese que la utilidad de los medios probatorios documentales no sólo está referida a los casos de discriminación por negativa a acceso a un establecimiento sino en aquellos casos en que no se brinda un producto o servicio por cuanto el consumidor supuestamente no cumple con los requisitos previstos para la provisión de éstos (casos financieros o de seguros). En efecto, no se requiere de un procedimiento largo (como es el procedimiento ordinario) para que el proveedor demuestre en el breve plazo (en sus descargos) los motivos razonables, objetivos o justificados para negarse a brindar el producto o servicio solicitado por el consumidor.

En tercer lugar se debe señalar que el procedimiento sumarísimo no sólo es un procedimiento de menor cuantía, de causas simples o no graves. En efecto, dado el límite de hasta 3 UIT¹⁵⁵ del valor del producto o servicio, una amplia cantidad de casos son tramitados a través de dicho procedimiento (pudiendo llegar en algún momento a superar los tramitados mediante procedimientos ordinarios). Asimismo, puede haber casos que impliquen graves afectaciones personales, como son los métodos abusivos de cobranza, por la afectación moral que producen en el consumidor afectado, llegando a existir casos de maltrato físico o coacción realizados mediante actos de cobro. Si estos casos pueden tramitarse mediante el procedimiento sumarísimo, no existe justificación para negar esta misma tutela procedimental a los casos de trato diferenciado ilícito y discriminación. Por lo demás, en cualquier procedimiento ordinario o sumarísimo, se pueden imponer multas altas dependiendo de la gravedad de la infracción y los factores que concurren.

En cuarto lugar, y como se puede observar del Anexo final del presente trabajo, existe mucha casuística de casos de trato desigual en los últimos años. Muchos de dichos casos constituyen supuestos de trato diferenciado (en gran parte por negativa a permitir la matrícula a menores) y esto evidencia que los consumidores (a veces con fundamento y otros sin ello) asumen como derecho básico el ser tratados de manera igual frente otros. Siendo esto así, no es eficaz una tutela de uno de los derechos más importantes (junto al de idoneidad e información) a través de un procedimiento que en teoría dura al menos 120 días hábiles, frente a otro que es más célere. En este punto, hasta consideramos que la existencia de un procedimiento largo desincentiva al consumidor a tramitar su denuncia por trato diferenciado ilícito o discriminación y ello podría explicar por qué a veces los consumidores discriminados optan por no denunciar.

¹⁵⁵ Al año 2014, ello equivale a S/. 11,400 (once mil cuatrocientos y 00/100 nuevos soles), esto es lo equivalente a más de 15 salarios mínimos.

Finalmente, siempre se deberá dejar en manos de la Comisión y no del OPS aquellos casos de discriminación en los cuales se detecte, por los medios probatorios o indicios, la existencia de una afectación general o que involucre a más de un interesado. Así pues los casos de trato desigual por afectación de intereses difusos (por ejemplo, discriminación racial en discotecas) o colectivos (por ejemplo, discriminación a un grupo de discapacitados al negárseles viajar en avión) deberán ser conducidos por la Comisión correspondiente a través del procedimiento ordinario, así como aquellos casos que fueron iniciados a título particular y que por vía de desistimiento se agotó dicho interés pero no la potestad sancionadora de la administración.

8. Responsabilidad civil y penal

Si bien el Código reconoce el derecho de los consumidores a obtener una indemnización (artículos 1º numeral 1.1 literal i, 23º numeral 23.3, 97º, entre otros) también prevé que ello se debe dar en sede judicial o arbitral (artículos 100º y 115º numeral 115.7) al ser los órganos jurisdiccionales los únicos que pueden verificar la existencia de los elementos de la responsabilidad civil.

Estas previsiones tienen su origen y antecedentes en la Ley N° 27197 que –además de modificar el artículo 42º de la hoy derogada LPC– en su artículo 2º precisó que las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria. Asimismo, previó que la Comisión no era competente para ordenar indemnizaciones, correspondiendo esta facultad, de manera exclusiva, al Poder Judicial. Las pretensiones de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria que se presenten a la CPC, en el marco de una relación de consumo, ordenaba dicho dispositivo, debían ser rechazadas.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Asimismo, el numeral 115.7 disponía que de la indemnización patrimonial se descuenta o resta aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa.

Las indemnizaciones pueden ser importantes y necesarias para el interés del consumidor, habida cuenta que serán ellos quienes valoren si es suficiente el otorgamiento de una medida correctiva como medio para obtener el restablecimiento de su derecho o compensación de su legítimo interés.

En materia de responsabilidad penal, en la actualidad existen pocas normas que establecen penas referidas a la afectación de los bienes jurídicos relacionados a los consumidores. Así pues, como lo señala Luis Lamas, “interesa la protección de los derechos de los consumidores, sujetos en este caso a las fuerzas que se derivan de la libre concurrencia. Se busca la protección de los derechos de los consumidores, pues se encuentran en una relación de asimetría informativa respecto a los proveedores y productores, de los bienes y servicios que adquieren en el mercado. Por ello, resulta necesario que el Estado procure la eliminación o disminución de dicha relación de asimetría para que el consumidor diligente o promedio, en base a la información que encuentre en el mercado, dé un uso adecuado al producto”.¹⁵⁷

Por otro lado Manuel Abanto, con relación al bien jurídico, indica que “según el derecho penal peruano, los únicos tipos delictivos que podrían entenderse como delitos contra los intereses económicos de los consumidores en el Título IX del C.P (“Delitos contra el orden económico”) son los de acaparamiento, especulación, adulteración y fraude comercial (...) En estos casos, en contraposición con los delitos contra la competencia, podría hablarse de delitos contra las regulaciones económicas especiales o contra un equilibrio de mercado”.¹⁵⁸

En el caso de la discriminación que se produce en el ámbito de las relaciones de consumo no es necesario que exista un tipo penal en

¹⁵⁷ Luis LAMAS PUCCIO, *Derecho Penal Económico*, Librería y Ediciones Jurídicas, 1996, Lima, pág. 520.

¹⁵⁸ Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, IDEMSA. Lima, 2000, pág. 334.

particular, pues la conducta está constituida por el hecho tipificado por el Código Penal como discriminación en general.

Obviamente, el simple trato desigual (trato diferenciado ilícito) no reviste persecución penal, pues la *ultima ratio* no calza en los casos en que un proveedor niega un servicio o producto sin causales o motivos prohibidos.

9. Modelos a nivel comparado

9.1 México

En México se encuentra vigente la Ley Federal de Protección al Consumidor (24/12/92), en la cual existe un dispositivo referido a la materia de la discriminación (modificado y reformado en los años 1994 y 2004):

“Artículo 58.- El proveedor de bienes, productos o servicios no podrá negarlos o condicionarlos al consumidor por razones de género, nacionalidad, étnicas, preferencia sexual, religiosas o cualquiera otra particularidad.

Los proveedores de bienes y servicios que ofrezcan éstos al público en general, no podrán establecer preferencias o discriminación alguna respecto a los solicitantes del servicio, tales como selección de clientela, condicionamiento del consumo, reserva del derecho de admisión, exclusión a personas con discapacidad y otras prácticas similares, salvo por causas que afecten la seguridad o tranquilidad del establecimiento, de sus clientes o de las personas discapacitadas, o se funden en disposiciones expresas de otros ordenamientos legales. Dichos proveedores en ningún caso podrán aplicar o cobrar tarifas superiores a las autorizadas o registradas para la clientela en general, ni ofrecer o aplicar descuentos en forma parcial o discriminatoria. Tampoco podrán aplicar o cobrar cuotas extraordinarias o compensatorias a las personas con discapacidad por sus implementos médicos, ortopédicos,

tecnológicos, educativos o deportivos necesarios para su uso personal, incluyéndose el perro guía en el caso de invidentes.

Los proveedores están obligados a dar las facilidades o contar con los dispositivos indispensables para que las personas con discapacidad puedan utilizar los bienes o servicios que ofrecen. Dichas facilidades y dispositivos no pueden ser inferiores a los que determinen las disposiciones legales o normas oficiales aplicables, ni tampoco podrá el proveedor establecer condiciones o limitaciones que reduzcan los derechos que legalmente correspondan al discapacitado como consumidor.”

De la lectura de dicha norma se verifica que la protección del consumidor en los casos de discriminación ha sido muy detallada y ello podría generar limitaciones en su aplicación. En efecto, en esta norma se hace un recuento de diferentes supuestos que califican como trato desigual prohibido, sin embargo, la experiencia nos dice que los actos de discriminación son de diverso tipo y se disimulan bajo distintas conductas. Por ello, una norma más general, y no tan específica para los casos de discapacidad, como se ve en el dispositivo citado, hubiera sido la solución legislativa más ideal.

En México, la protección al consumidor se da a nivel administrativo a través de las acciones que conduce la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Así, tal como lo informa dicha institución en su portal web, desde el año 2006 difunde la campaña “*Tus derechos en el antro*”¹⁵⁹ en la cual además se verifica si los establecimientos nocturnos hacen uso de la “cadena”¹⁶⁰:

¹⁵⁹ Argot comúnmente utilizado para referirse a la discoteca o establecimiento nocturno de diversión.

¹⁶⁰ Se utiliza una cadena a la entrada del establecimiento, como obstáculo de ingreso y bajo el control de uno o más vigilantes, quienes se encargan de seleccionar la clientela y permitir el ingreso a algunas personas, así como restringirlo a otras, sin motivos justificados.

“La campaña “*Tus derechos en el antro*” en Puebla tiene como objetivo prevenir abusos y prácticas discriminatorias en contra de los jóvenes que asisten a centros de diversión nocturna”, comentó a “*Brújula de compra*” Bernardo Hinojosa Polo, Delegado de la Profeco en Puebla.

Hinojosa Polo especificó que en el marco de esa campaña se visitan establecimientos a fin de repartir información entre los jóvenes para que conozcan sus derechos y los hagan valer, mientras que personal del área de Verificación y Vigilancia se encarga de realizar inspecciones a las bebidas que ahí se comercializan.

“Si en un antro encuentran alguna irregularidad, la Profeco inicia un procedimiento administrativo, el cual consiste en apercibirlo para que subsane la irregularidad. Posteriormente se practica una segunda visita y en caso de persistir los incumplimientos se colocan sellos de advertencia y se le sanciona económicamente. Al principio de la campaña en 2006, la principal irregularidad en la que incurrían los antros en la ciudad de Puebla era la discriminación, pero ésta ha ido desapareciendo, debido a que cada vez más antros se unen a esta campaña. Actualmente las principales denuncias que se atienden son por cobros indebidos”, aclaró Hinojosa Polo”.¹⁶¹

Se evidencia que en este país, tan pluricultural como el nuestro, existe la preocupación constante de las autoridades estatales de reprimir las prácticas discriminatorias. Por ello se llevan a cabo este tipo de acciones fiscalizadoras para evitar que en los establecimientos abiertos al público se escoja a los consumidores de manera arbitraria y en base a criterios subjetivos, pero muchas veces vinculado a cuestiones de raza, condición socioeconómica, origen, entre otras.

No obstante, la práctica de estos actos prohibidos (la utilización de las “cadenas” en los “antros”) parece ser asumida como un comportamiento normal de los proveedores que cuentan con discotecas, y de ello somos testigos en el

¹⁶¹ Véase la nota de Giovanni Rueda Nila (09 de octubre 2009) en “*Brújula de Compra*” de PROFECO, en: http://www.profeco.gob.mx/encuesta/brujula/bruj_2009/bol144_antros.asp

profuso material audiovisual de las películas, telenovelas y otros programas que México produce y trasmite a través de los medios de comunicación masiva.

9.2 Chile

En Chile se encuentra vigente la Ley N°19.496 que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (07/03/97) que, sobre el particular, prevé lo siguiente:

“**Artículo 3º.-** Son derechos y deberes básicos del consumidor:

(...)

c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;

(...)”

Como vemos, a diferencia de la norma mexicana, en este caso se trata de una norma más general, lo cual es plausible, sin embargo, el hecho de agregar el adjetivo “arbitrario” a la discriminación, podría hacer pensar que ésta también se daría en términos lícitos, lo cual, a nuestro criterio, no es dable según nuestro ordenamiento peruano. No obstante, podremos encontrar una explicación en la existencia de las acciones afirmativas o discriminación inversa, tal como lo hemos expuesto en el numeral 2 del presente capítulo.

Ahora bien, en el país sureño, la protección de los derechos de los consumidores se realiza a través de procesos judiciales conducidos por Juzgados de Policía. Así, existe profusa casuística sobre denuncias de impedimento de ingreso a establecimientos que se pueden ubicar en la página web del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)¹⁶², por lo que pasamos a reseñar las siguientes:

¹⁶² Ente administrativo que realiza actividades de mediación en los conflictos de consumo así como tiene legitimidad para interponer acciones colectivas. Véase www.sernac.cl

- El Primer Juzgado Policial Local de Curicó mediante sentencia del 18 de diciembre del 2008 (Rol 1400.08. JI.) sancionó al representante legal de la "Sociedad Comercial La Estrella Limitada" con una multa a beneficio municipal, ascendente a cinco unidades tributarias mensuales (UTM), por discriminar arbitrariamente a un consumidor al impedirle la entrada al local en que prestaba sus servicios.

- A fines del año 2009, un grupo de 15 gitanos radicados en la comuna del Bosque, en la Región Metropolitana, acudieron a la discoteca "Excalibur", lugar en el que, al intentar comprar las entradas, los guardias les pidieron la cédula de identidad a cada uno, y tras verificar que todos eran mayores de edad, les dijeron que no podían acceder porque andaban vestidos de acuerdo a sus costumbres y que la única forma de acceder era que se cambiaran ropa. La empresa se defendió señalando que la negativa de acceder al recinto se debió a que la gran mayoría del grupo estaba bajo los efectos del alcohol, lo cual no fue acreditado. Ante ello, el juzgado condenó a la discoteca al pago de una indemnización de \$1 millón de pesos a cada uno de los afectados. Asimismo, se le aplicó al local una multa de 20 UTM (cerca de \$750 mil pesos).¹⁶³

- A mediados del año 2009, cuatro jóvenes concurren a la discoteca "Subset" de Arica, sin embargo, y tras hacer la fila como el resto de los clientes, les fue negada la entrada debido a que eran ex trabajadores de este centro de entretenimiento. El hecho provocó que los afectados se sintieran humillados ya que el resto de las personas, que en ese momento estaban en las afueras del local, se dieron cuenta de lo estaba ocurriendo y muchos de ellos los insultaron por estar demorando el acceso. En el proceso la demandada argumentó que el motivo era que los jóvenes se encontraban en estado de ebriedad, por lo que en caso los hubieran dejado entrar, hubiera significado una infracción a la Ley de

¹⁶³ Véase http://www.sernac.cl/sernac2011/publico/jud_casos-det.php?id=1986&subseccion=10

Alcoholes. Para el juzgado, ante la certeza y convicción que determinadas personas se encontraban en estado de ebriedad, la administración de la empresa denunciada debía solicitar la concurrencia de Carabineros, entidad fiscalizadora de la Ley de Alcoholes, y no sólo con una apreciación considerar el estado etílico de las personas. El Tribunal de segunda instancia verificó que la demandada no entregó prueba alguna que permitiera comprobar el estado de ebriedad de los afectados. Por dichas razones, la Corte de Apelaciones condenó a la discoteca al pago de una indemnización por daños de \$40.000 para cada uno de los afectados. Además, se condenó a la empresa al pago de 5 UTM (\$183.960 aproximadamente).¹⁶⁴

- En el año 2005, durante una visita inspectiva a locales nocturnos de la comuna de Pucón, con el propósito de verificar el cumplimiento de las normas que los regulan, profesionales del SERNAC de la IX Región, en conjunto con Carabineros y funcionarios del Servicio de Salud Araucanía Sur, constataron la existencia de un aviso que indicaba “La Administración se reserva el derecho de admisión”. Considerando que este tipo de avisos carecía de objetividad y claridad, y dejaba a la voluntad del proveedor el derecho de ingreso a la discoteca, SERNAC interpuso denuncia ante el Juzgado de Policía Local de Villarrica, por infracción al derecho básico de los consumidores a la no discriminación arbitraria. El proceso finalizó con una sentencia judicial que ordenó a la discoteca el pago de una multa de 10 UTM (\$330.337).¹⁶⁵
- Otros caso relevante se dio en el año 2006. Un grupo de jóvenes con síndrome down y retardo mental leve, integrantes de una compañía de teatro concurren al Restaurant “Budapest” donde se les negó el ingreso alegando que no había espacio suficiente –a pesar que en el local sólo estaban ocupadas tres mesas-, que debían portar documentos

¹⁶⁴ Véase http://www.sernac.cl/sernac2011/publico/jud_casos-det.php?id=1483&subseccion=10

¹⁶⁵ Véase http://www.sernac.cl/sernac2011/publico/jud_casos-det.php?id=591&subseccion=10

de identidad y que no se podía permitir el acceso al local a menores de edad por la Ley de Alcoholes. Para la Segunda Sala de la Corte Suprema, mediante Resolución 23115 del 15 de julio de 2009 (Recurso 6838/2008): “las máximas de la experiencia no permiten presumir que el grupo de potenciales consumidores o usuarios que eran los reclamantes, fueran a consumir alguna bebida alcohólica, de modo que el proceder que correspondía asumir a los administradores y dependientes del local denunciado era preguntar previamente a los interesados lo que deseaban adquirir; en caso que éstos indicaran que apetecían la adquisición de un producto alimenticio o refresco no alcohólico, suministrar tales bienes y, en caso de que el cliente señalara su intención de consumir alcohol aplicar el mecanismo de prevención contemplado por la ley del ramo, fiscalizando si concurrían con sus padres, y sólo en caso de negativa, rechazar la venta del producto y rechazar la venta del producto y la atención del consumidor”. Por dichas consideraciones se revocó la sentencia emitida por el Primer Juzgado de Policía Local de Ñuñoa y se condenó a la infractora al pago de 10 UTM más las costas del proceso.

- Otro caso, pero esta vez sobre discriminación por orientación sexual, fue resuelto por el Juzgado de Policía Local de Renca, mediante sentencia del 16 de febrero de 2009 (Rol N° 34.457-7): “Que los hechos precedentemente descritos, probados y analizados conforme a las reglas de la sana crítica, constituyen efectivamente un acto de discriminación, en la venta y distribución de bienes y servicios por parte del proveedor SUPERMERCADOS MONSERRAT S.A.C., ya sea en base a que un consumidor o usuario efectuó insistentes preguntas acerca de la existencia de un bien que no se encontraba en vitrina, ya sea por su condición sexual, se le impidió concretar la compra del mismo, siendo objeto además de un trato agravante por parte del proveedor, infracción a lo dispuesto por los artículos 3 letra c) 12 y 24 de la Ley 19.496 (...); que la arbitrariedad de la discriminación se juzgará en virtud de lo determinado por la doctrina y jurisprudencia constitucionales, en

particular aquella del Excmo. Tribunal Constitucional referida a la garantía constitucional de la igualdad ante la Ley, contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que en esa virtud ha resuelto que una discriminación arbitraria es aquella no racional, especificando que: “La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo (Linares Quintana Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4º, Pág. 263)...”. (EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, considerandos 4º y 7º de la Sentencia recaída en causa Rol N° 28-1985).

De todos estos casos resueltos ante los juzgados chilenos se verifican ciertas similitudes de aquellos casos tramitados ante nuestros órganos administrativos. En efecto, en la mayoría de ellos, se aprecia como los denunciados han utilizado como defensa el argumento que los denunciantes habrían estado bajo los efectos de bebidas alcohólicas o que se dispondrían a efectuar actos ilegales, siendo la restricción a su acceso el mecanismo “adecuado” para evitar consecuencias peores. Pues bien, los órganos decisorios de dicho país han resuelto igual que el INDECOPI, esto es reconociendo que todas las excusas o justificaciones alegadas por los denunciados deben ser debidamente acreditadas. Asume así el proveedor la carga de la prueba sobre los supuestos comportamientos indebidos y no deseados de los denunciantes, como eventual justificación a sus actos de negativa de acceso a un establecimiento.

9.3 Argentina

En Argentina se encuentra vigente la Ley de Defensa del Consumidor, Ley N° 24.240 (22/09/93) que también tiene un dispositivo sobre la materia:

“Artículo 8º bis.- Trato digno. Prácticas abusivas.

Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”.

El dispositivo en mención, en específico en su primer párrafo, recoge la prohibición de la discriminación. Sin embargo, el texto adolece de una innecesaria y, al parecer, exclusiva atención a los casos de discriminación contra los extranjeros, es decir por motivo de origen o nacionalidad. Desconocemos por qué el legislador argentino ha enfocado su regulación solamente en este aspecto, puesto que una disposición normativa similar en nuestro país sería contraria a la lista abierta contenida en el CPDC, así como en las otras normas de la materia (Constitución, Código Penal, entre otros).

Un caso resuelto en dicho país involucró una demanda interpuesta por una persona discapacitada contra un centro comercial que no implementó modificaciones estructurales para facilitar su acceso, lo cual se consideró como acto discriminatorio:

“4.- La discriminación ha sido conceptualizada, como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida. El núcleo del derecho a la no discriminación se integra con los siguientes elementos: a) la vulneración del principio de igualdad, b) un efecto negativo directo y c) la ausencia de una razón aceptable que sustente la distinción, a través del cual la discriminación produce una desigualdad no justificada. En este ámbito se perfilan dos formas genéricas de discriminación: la activa que es el resultado de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades y organismos gubernamentales , y la pasiva, que es consecuencia de la falta de realización o implementación de las reformas, prácticas o políticas imprescindibles para superar un determinado problema de desigualdad. En ambos casos el Estado carga con su responsabilidad, una por acción y la otra por omisión.

5.- Las normas internacionales sobre discriminación no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato hacia las personas, sino que se requiere que las personas sean tratadas sin discriminación. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la Ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación.

6.- Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional

7.- El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno, por consiguiente, los Estados

tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

8.- Teniendo en cuenta que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación con sensibles repercusiones en el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en concreto tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas.

9.- Es el art. 1 de la Ley 23.592 ordena que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

10.- La situación de las personas discapacitadas ha obtenido en el nuevo texto constitucional una especial protección, la que no se limita al otorgamiento de las prestaciones contenidas en el inc. 5 del art. 36, sino que implica el mandato constitucional de superación de todos los obstáculos de cualquier naturaleza que conlleven para quien se encuentre en esa condición -amparada ahora en forma expresa en el texto constitucional- una discriminación o distinción motivada sólo por su calidad de discapacitado.

11.- La Ley 10.592 establece que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro

deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios, que posibiliten la vida de relación de dichas personas.

12.- Existe el incumplimiento de la normativa que implementan una medida de acción positiva por parte de la demandada -en cuanto a la construcción de rampas de acceso al inmueble para permitir la circulación de personas con discapacidad motriz- el cual constituye un acto discriminatorio, toda vez que se vulnera el derecho de igualdad del discapacitado, y que a la par coarta la posibilidad de inserción en la sociedad a fin de lograr el pleno desarrollo de sus potencialidades.

13.- No es necesario producir prueba particular sobre la afección espiritual que ha causado el acto de discriminación. Es que a partir de ello, no quedan dudas que al acudir el actor al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa -y medio mecánico que la sustituya- se le ha afectado un interés no patrimonial, consagrado por la Ley, que atañe al reconocimiento de su persona como tal, y de la dignidad y de la igualdad, así como los de autodeterminación que constituyen derechos subjetivos de la personalidad en el contexto de la tutela pública de los derechos del hombre.

18.- Acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía - universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales- en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la Ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil -conf. art. 52 bis de la Ley citada -T. O. Ley 26.361-. (Expte. n° 143.790)".¹⁶⁶

¹⁶⁶ Caso Machinandiarena Hernández Nicolás con Telefónica de Argentina, esuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II (27/05/09). Se puede encontrar dicha resolución en: <http://www.proconsumer.org.ar/consultas/art08bis.htm>

Este caso resulta importante pues nos permite observar cómo los órganos jurisdiccionales argentinos enfocan el caso de discriminación, en particular de discapacitados. Así pues, se considera que constituye una práctica discriminatoria no realizar las modificaciones arquitectónicas necesarias para que una persona discapacitada acceda a un establecimiento.

Dicho criterio es válido, pero sólo para las personas que sufren discapacidad física o motora, sin embargo, los tipos de discapacidad son de diverso tipo y no sólo involucran las limitaciones físicas sino mentales. Por ello, si bien las modificaciones arquitectónicas son útiles para algunas personas, no lo son para otras, no siendo posible en muchos casos exigir la realización de modificaciones a todos los productos o servicios para que así sean accesibles a todas las personas.

9.4 Colombia

En dicho país hemos encontrado algunos casos muy relevantes sobre discriminación racial en discotecas.

El año 2008, los colectivos conformados por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, el Proceso de Comunidades Negras y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) interpusieron una acción de tutela contra actos de discriminación racial ejercidos por tres bares y discotecas (“Gavanna”, “Sirocco” y “Genoveva”, del norte de Bogotá) contra seis jóvenes afrodescendientes.

Tal como se reporta en medios de comunicación¹⁶⁷, en los tres lugares les fue impedida la entrada por los porteros de los establecimientos. Los empleados adujeron distintas razones para motivar el rechazo (la realización de una fiesta privada, la necesidad de llevar una invitación escrita, el requisito de un carné de socios, etc.). No obstante el verdadero motivo fue el color de su

¹⁶⁷ Véase <http://odrcijus.blogspot.com/>

piel. En efecto, todas las personas no afrodescendientes que intentaron entrar a los mencionados lugares pudieron hacerlo sin cumplir con los requisitos que los empleados habían señalado.

En primera instancia, la Corte Superior de Bogotá declaró fundada la denuncia solamente contra uno de los establecimientos. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema mediante resolución del 25 de septiembre del 2008 revocó la sentencia y condenó a los 3 establecimientos:

“Expuestos así los hechos, la Sala considera que se cumplen con los requisitos para que proceda la tutela contra los establecimientos Café Bar Gavanna y Scirocco, pues las manifestaciones de sus representantes no lograron derruir la presunción de veracidad que acompaña las afirmaciones de la demanda, de las cuales se desprende que incurrieron en actos de discriminación racial frente a los accionantes afectando con ello sin justificación, varios principios superlativos previstos en la Constitución y que rigen la colectividad, en tanto desconocen y excluyen directamente la existencia de la comunidad afrocolombiana y, además, varios de los principios fundadores de la comunidad internacional, comportamiento que no solo trasciende sobre el derecho a la igualdad sino que además proyecta efectos nocivos en torno a la dignidad humana, la honra y el libre desarrollo de la personalidad en los términos que lo ha precisado la jurisprudencia constitucional (Sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006)”.¹⁶⁸

Otro caso de discriminación racial que tuvo atención de los medios¹⁶⁹ se dio en el año 2004, cuando a la señora Johana Luz Acosta Romero le fue

¹⁶⁸ Se puede obtener la sentencia completa en el siguiente enlace: [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Tutelas/Boletines/Septiembre2008/BOLETIN%20SEPTIEMBRE/T-38572%20\(25-09-08\)%20RC-TP%20igualdad,%20dignidad,%20honra,%20disculpa%20p%20FAblica,%20discrim.%20racial.doc](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Tutelas/Boletines/Septiembre2008/BOLETIN%20SEPTIEMBRE/T-38572%20(25-09-08)%20RC-TP%20igualdad,%20dignidad,%20honra,%20disculpa%20p%20FAblica,%20discrim.%20racial.doc)

¹⁶⁹ Véase: <http://blogjus.wordpress.com/2008/10/08/colombia-historica-condena-contra-la-discriminacion/>

negada la entrada a las discotecas “La Carbonera” y “QKA-YITO”, de Cartagena, por ser de raza negra. La afectada entabló una tutela que, en sala de revisión, fue fallada a su favor por parte de la Corte Constitucional. En efecto, mediante Sentencia T-1090/05 del 26 de octubre de 2005 se resolvió lo siguiente:

“No obstante el marco conceptual anterior, es decir, las condiciones para ejercer de manera legítima un trato distinto entre sujetos, hay que tener en cuenta que la Constitución consignó en el artículo 13 categorías sospechosas respecto de las cuales es posible presumir una segregación. En la sentencia C-371 de 2000 se definió esta proposición de la siguiente manera:

“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. || Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. || Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”(Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero). || El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad” (subrayado fuera de texto).

(...)

6.3. Pues bien, conforme a la definición de categorías o criterios sospechosos (supra 6.1.), esta Sala considera que es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social.

(...)

Los datos mencionados, al ser contextualizados con la situación socio económica de esta comunidad, dejan ver nítidamente una situación de desprotección y segregación originada en diferentes ámbitos. Todo ello justifica sin lugar a dudas, su status constitucional como sujetos de especial protección, sustenta que se les catalogue como criterio sospechoso cuando quiera que sean objeto de alguna diferenciación y da contenido amplio, preciso y categórico al principio de no discriminación en Colombia.

(...)

No se prueba claramente que los dos establecimientos se encontraran a su tope la noche de navidad. De hecho, tal y como se observó, el informe detallado de caja de “QKA-YITO” sólo deja ver que una parte de las 63 mesas se ocuparon durante esa noche. Contrasta con esto las afirmaciones de las testigos, a quienes sí dejaron ingresar, verificando que los establecimientos no estaban llenos y corroborando que los vigilantes no dejaron entrar a las “morenitas” no obstante su insistencia.

(...)

7.2.3. Adicionalmente, es necesario comprender que los hechos bajo examen no constituyen un hecho consumado sino que, por el contrario, hacen parte de un conjunto de maniobras históricas y generales, sustentadas en la exclusión social, económica y política del grupo racial. La “simple” negativa de acceso a un establecimiento abierto al público es sólo una de las estrategias y prácticas de rechazo sustentadas en el prejuicio que materializan el estereotipo racial, tal y como lo denunció el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

(...)

CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias de fecha once (11) de abril de dos mil cinco (2005), que revocó la sentencia del Juzgado Octavo Civil Municipal de la misma ciudad, y que concedió la acción de tutela presentada por Johana Luz Acosta Romero contra los establecimientos de comercio “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” por la vulneración del derecho a la igualdad. Agregado a lo anterior, **TUTELAR** los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la honra y la dignidad humana”.¹⁷⁰

En estos casos se releva particularmente la discriminación racial, en particular hacia personas de raza negra, amplio sector de la población colombiana. Así como en nuestro país, que cuenta con amplios sectores que son de rasgos indígenas, mestizos o cobrizos pero pese a su mayoría son discriminados, en Colombia también se reprimen las prácticas discriminatorias contra los grupos humanos que tienen características físicas de razas no blancas y que siempre han sido víctimas de este tipo de actos proscritos por el ordenamiento jurídico.

Estos apuntes son muy importantes pues marcan el camino de todos aquellos casos de discriminación que son recogidos por el ordenamiento y también aquellos que, posteriormente, son reconocidos por la jurisprudencia. Así pues, la discriminación nunca podrá ser por cualquier característica personal, sino en base a aquellos motivos que histórica y culturalmente han sido utilizados para asentar estas prácticas segregacionistas (raza, sexo, origen, religión, etc.). Debido a este carácter, la discriminación también se da, y así ha sido reconocido, contra los homosexuales y discapacitados, quienes más bien, hasta hace algunos años, sufrían los vejámenes sin ser protegidos adecuadamente.

¹⁷⁰ Se puede acceder al texto completo de la resolución en el siguiente enlace: <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2005/T-1090-05.rtf>

9.5 España

Finalmente, nos referimos a lo regulado en el país ibérico. Como se sabe en España existen normativas en cada Comunidad Autónoma. Así, el derecho de admisión está regulado en el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto (BOE 267 de 6 de noviembre de 1982), y por las distintas comunidades.

Por ejemplo en la Comunidad de Madrid se encuentra vigente la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas que prevé lo siguiente:

“Artículo 24. Protección del consumidor y del usuario.

Sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre disciplina de mercado y defensa del consumidor y del usuario, se establecen los siguientes derechos y obligaciones:

(...)

2. Los titulares de establecimientos y los organizadores de espectáculos o actividades recreativas o personas en quienes deleguen podrán ejercer el derecho de admisión. Este derecho no podrá utilizarse para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo. El derecho de Admisión deberá tener por finalidad impedir el acceso de personas que se comporten de manera violenta, que puedan producir molestias al público o usuarios o puedan alterar el normal desarrollo del espectáculo o actividad. Las condiciones para el ejercicio del derecho de admisión deberán constar en lugar visible a la entrada de los locales, establecimientos y recintos. Se prohíbe el acceso a los establecimientos, espectáculos públicos y actividades recreativas portando prendas o símbolos que inciten a la violencia, el racismo y la xenofobia.

Artículo 37. Infracciones muy graves.

Se consideran infracciones muy graves en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas:

(...)

14. El ejercicio del derecho de admisión de forma arbitraria o abusiva con infracción de las disposiciones que lo regulan.”

Por otro lado, en la Comunidad Andaluza está vigente el Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el cual se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos Públicos y Actividades Recreativas, el cual prevé lo siguiente:

“Artículo 6. Prohibiciones.

A los efectos del presente Reglamento, queda prohibido establecer las siguientes condiciones específicas de admisión:

- a) Las que puedan suponer discriminación o trato desigual de acceso al establecimiento en función de la edad, sexo, nacionalidad o raza de los asistentes, así como el establecimiento de precios diferenciados en función de tales circunstancias. No obstante lo anterior, podrán establecerse precios diferenciados, en función de la edad de los asistentes, solamente en los siguientes tipos de establecimientos públicos:
 - a. Cines.
 - b. Teatros.
 - c. Circos.
 - d. Auditorios.
 - e. Plazas de toros.
 - f. Establecimientos de espectáculos deportivos.
 - g. Establecimientos recreativos.
 - h. Establecimientos de atracciones recreativas.
 - i. Establecimientos de actividades deportivas.
 - j. Establecimientos de actividades culturales y sociales.
 - k. Establecimientos de actividades zoológicas, botánicas y geológicas.

- b) Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7.2.h) del presente Reglamento, las que establezcan una edad de admisión superior a la permitida para cada tipo de establecimiento por la normativa aplicable.
- c) Las que discriminatoriamente establezcan condiciones de admisión con base a la obtención previa de invitaciones o carnets expedidos por el titular del establecimiento público.
- d) Las que supongan discriminación o trato desigual de las personas que pretendan acceder al establecimiento público basadas en juicios de valor sobre la apariencia estética de los asistentes que, en su caso, cumplan con las condiciones específicas de admisión autorizadas basadas en la etiqueta de ropa y calzado.
- e) Las que supongan discriminación o trato desigual de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial.
- f) Cualquier otra condición específica de admisión que no haya sido aprobada previamente por la Administración competente para ello.”

Como se advierte de las normas citadas, en España se regula el denominado Derecho de Admisión como vía para evitar que esta restricción sea aplicada de manera arbitraria y en evidente comisión de prácticas discriminatorias.

En general, se advierte que las distintas legislaciones citadas mantienen regulaciones disímiles sobre la necesaria igualdad entre los consumidores y la prohibición de la discriminación, yendo en algunos casos desde disposiciones generales a otras muy detalladas que, a nuestro criterio, adolecen de buena técnica legislativa.

Más allá de lo previsto en los ordenamientos foráneos, también advertimos una uniforme jurisprudencia entre dichos países, en cuanto no llegan a tolerar los actos de discriminación, descartando fundamentos referidos a supuestos e improbados comportamientos indebidos de los consumidores afectados, asumiendo la parte denunciada o demandada la carga de probar tales actos.

Por lo anterior, y tal como se verá en nuestras conclusiones y propuesta legislativa, no recogeremos los aspectos regulados por las legislaciones extranjeras, pero sí los mecanismos probatorios utilizados en dichos países, según las resoluciones o sentencias emitidas por sus órganos jurisdiccionales.

10. Contribuciones de otras instituciones peruanas

10.1 La Defensoría del Pueblo

Órgano constitucional autónomo creado por la Constitución de 1993, cuya misión es proteger los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (artículos 161^o y 162^o de la Constitución).

Como lo señala la propia Defensoría del Pueblo¹⁷¹, ésta no desempeña funciones de juez o fiscal ni sustituye a autoridad alguna. No dicta sentencias, no impone multas ni sanciones. En consecuencia, sus opiniones o manifestaciones de voluntad no constituyen actos administrativos ni jurisdiccionales con efectos coercitivos. El cumplimiento de sus recomendaciones y sugerencias se basa en la persuasión, con la cual se busca crear conciencia en los poderes públicos respecto de que su actuación debe sujetarse a la legalidad y al respeto de los derechos de los ciudadanos.

A lo largo del presente trabajo se han citado pasajes de informes y documentos elaborados por la Defensoría en relación a la discriminación en el Perú, por ser ésta una problemática social que vulnera diversos derechos de los ciudadanos y limita su desarrollo al restringirles el acceso a diversos productos, servicios, oportunidades laborales, entre otros.

¹⁷¹ Véase: <http://www.defensoria.gob.pe/defensoria.php>

En el documento “La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes”, citado en varias oportunidades, la Defensoría del Pueblo ha recogido diversos casos de discriminación en materia educativa, laboral e incluso de consumo. Sin embargo, en dicho informe, se recogió una distinción muy importante entre lo que se entiende por actos de discriminación y el trato diferenciado injustificado.

Así, en primer lugar se ha señalado que “la discriminación es el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo de personas. Los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso. En tal sentido, tales actos vulneran la esencia misma del ser humano – su dignidad– hasta el punto de negar a ciertos individuos o colectivos su condición misma de personas, limitando el ejercicio de sus derechos. Mediante los actos de discriminación se descalifica a una persona o grupo de personas por sus características innatas o por la posición asumida voluntariamente en la sociedad como manifestación de su derecho al libre desarrollo de su personalidad”¹⁷².

En relación a la diferencia de trato, para la Defensoría del Pueblo, “también puede ser injustificada o ilegítima por no encontrarse fundada en una base objetiva y razonable y no constituir, necesariamente, un acto de discriminación. En efecto, un trato diferenciado hacia una persona o grupo de personas puede generar el menoscabo de sus derechos. Sin embargo, si este acto no se encuentra fundado en un motivo o razón prohibida por el derecho, la acción no podrá ser considerada como discriminatoria. Para que un acto sea señalado como discriminatorio deben concurrir sus elementos constitutivos, pues cada uno de ellos forma parte de un todo integral. Si se quiere un ejemplo

¹⁷² DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Documento N° 2, La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes*, op. cit., pág. 29.

de trato diferenciado injustificado, consideremos el caso de un alumno separado de su centro de estudios debido a los constantes problemas que ocasiona su madre debido a su carácter irascible. En este caso, si bien el trato diferenciado genera la afectación del derecho a la educación, no estamos frente a una situación que pueda ser calificada como discriminatoria, debido a que no existe el motivo prohibido. En efecto, el “carácter” de la madre no constituye en sí mismo un motivo prohibido, pues no se encuentra en la relación de motivos señalados por el ordenamiento jurídico y tampoco se puede interpretar como una derivación de la cláusula “cualquier otra índole”, toda vez que esta característica no tiene una trascendencia social efectiva o un impacto en la posición del individuo dentro de la sociedad. Sin embargo, la ausencia de calificación de este caso como de discriminación no significa la tolerancia de dicha práctica. Por el contrario, como se ha afirmado anteriormente, todo trato diferenciado injustificado vulnera el derecho a la igualdad, razón por la cual, frente a un caso de esta naturaleza, es posible reconducir la investigación a través de los mecanismos de protección del derecho a la igualdad”.¹⁷³

En otro Informe, la Defensoría del Pueblo, luego de revisar más casos sobre discriminación en diversos ámbitos, incluyendo los tramitados ante el INDECOPI, recomendó, entre otros aspectos, lo siguiente¹⁷⁴:

1. Asegurar que se realicen investigaciones adecuadas y eficaces frente a los actos de discriminación. En tal medida, se recomienda mejorar el uso de los recursos procedimentales con que cuentan, tales como las entrevistas o las visitas de inspección, las cuales constituyen elementos valiosos al momento de contrastar la configuración o ausencia de prácticas discriminatorias.

¹⁷³ *Ibidem*, pág. 40.

¹⁷⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe de Adjuntía N° 005-2009-DP/ADHPD, Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*, Lima, abril de 2009, págs. 112 y 113. Disponible en internet en la página web: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/Informe-005-2009-DP-ADHPD-vf.pdf>

2. Fortalecer el Área de Prevención de la Comisión de Protección al Consumidor con la finalidad que dicha oficina pueda desarrollar acciones preventivas que permitan detectar las prácticas discriminatorias en el consumo.¹⁷⁵

10.2 El Tribunal Constitucional

Nuestro Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha resuelto muchos casos de discriminación en distintos ámbitos y a través de distintos procesos (en especial de amparo y de inconstitucionalidad), pero sobre todo cuando se alega la vulneración al derecho a la igualdad.

Estas intervenciones del Tribunal se han dado tanto en afectaciones materializadas por particulares como por instituciones públicas. Lo anterior debido a que “la Constitución ya no hace solamente referencia a la relación entre los poderes públicos y el ciudadano sino también a aquellas entre los ciudadanos. Los derechos son tutelados por la Constitución frente a los mismos particulares que pueden violarlos”.¹⁷⁶

Para tales efectos, el Tribunal utiliza un análisis o test para verificar si la intervención (en especial del Estado) es proporcional para afectar el derecho de igualdad. Así en diversas sentencias se ha señalado lo siguiente:

- “33. Este principio (de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad) ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

¹⁷⁵ Estas mismas recomendaciones han sido reiteradas en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe de Adjuntía N° 008-2013-DP/ADHPD*, op. cit., pág. 11.

¹⁷⁶ Adolfo DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, cuarta edición, Milán, 2003, pág. 30.

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
 - b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
 - c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
 - d) Examen de idoneidad.
 - e) Examen de necesidad.
 - f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
34. La intervención en la igualdad. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.
35. “Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:
- Intensidad grave.
 - Intensidad media.
 - Intensidad leve.
- a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho

- fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.
- b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
 - c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo”.¹⁷⁷

Junto a estos criterios para definir la vulneración del derecho a la igualdad, que incluso han sido recogidos en algunas resoluciones de los órganos administrativos de INDECOPI, el Tribunal Constitucional ha resuelto demandas de amparo referidas a la vulneración de los derechos de los consumidores (conforme al artículo 65º de la Constitución¹⁷⁸), es decir casos que pudieron ser tramitados ante el INDECOPI.

Así, por sentencia del 20 de julio del 2011, recaída en el Exp. N° 01865-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional *nuevamente* le ha dado la razón a un usuario frente a actos cometidos en contra de sus intereses por empresas privadas y organismos públicos. Y me refiero que el Tribunal *nuevamente* ha

¹⁷⁷ Sentencia emitida en el Exp. N.º 045-2004-PI/TC del 29 de octubre de 2005 en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 3º de la Ley N.º 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

¹⁷⁸ Para Sáenz Dávalos: “el reconocimiento constitucional de la protección al consumidor, consigna objetivamente tres sectores o ámbitos de actuación: la información, la salud y la seguridad”. Véase Luis SÁENZ DÁVALOS, *La defensa del consumidor en el Derecho Constitucional*, en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 42, Lima, enero, 2008, pág. 120.

dado la razón, porque desde hace un buen tiempo, el máximo intérprete de la Constitución ha venido fallando a favor de consumidores en procesos de amparo sobre materias referidas a servicios de telecomunicaciones, servicios de energía eléctrica, métodos de cobranzas abusivos, etc.¹⁷⁹

No es el espacio el indicado para opinar el aspecto de fondo de todas aquellas sentencias, sin embargo, es cuestionable que el Tribunal incida en que es el órgano encargado para proteger los derechos de los consumidores.

En la referida sentencia dictada en el Exp. N° 01865-2010-PA/TC, el Tribunal ha reiterado que “cuando lo que se cuestione guarde directa relación con la protección de los derechos de los consumidores o usuarios, conforme a su constante doctrina jurisprudencial, no sólo puede, sino que merece ser objeto de tutela a través de los procesos constitucionales como el amparo, puntualizándose además que cuando se trata de un reclamo efectuado por quien ostenta la calidad de consumidor, éste tiene una posición preferente en el ordenamiento” (F.J. 2). Además, se agrega que “en supuestos en que las pruebas aportadas resulten suficientemente esclarecedoras, o la constatación en torno de la presunta vulneración requiera tan sólo de un juicio de puro derecho o de simple contraste normativo, el amparo no sólo resulta la vía idónea para dilucidar la pretensión reclamada sino que constituye el instrumento más adecuado para la tutela de los derechos constitucionales” (F.J. 3). Y finalmente cierra esta idea el TC señalando que “es el amparo, por excelencia, el mecanismo procesal pertinente para dilucidar la vulneración de derechos constitucionales de naturaleza económica como el descrito” (F.J. 4).

¹⁷⁹ Véase por ejemplo Sentencia del 17 de enero del 2005, Exp. N° 3315-2004-AA/TC (Caso Agua Rovic); Sentencia del 24 de enero del 2004, Exp. N° 0858-2003-AA/TC (Caso Eyler Torres del Águila); Sentencia del 10 de agosto del 2005, Exp. N° 3330-2004-AI/TC (Caso Ludesminio Loja Mori); Sentencia del 24 de junio del 2006, Exp. N° 07339-2006-PA/TC (Caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.); Sentencia del 10 de febrero del 2008, Exp. N° 01535-2006-PA/TC (Caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.) y Sentencia del 07 de setiembre del 2009, Exp. N° 00185-2007-AA/TC (Caso Bolívar Moisés Escobedo Dejo), entre otros casos.

Visto lo anterior, un consumidor entendería que no sólo las resoluciones emitidas por el INDECOPI (cuando sean definitivas es decir en segunda y última instancia) podrán ser cuestionadas a través del proceso contencioso administrativo, sino que -mejor aún para dicho consumidor- puede recurrir directamente al proceso de amparo para proteger sus derechos constitucionales y, en específico, sus derechos económicos (que son los más vulnerados en materia de protección al consumidor, sin dejar de considerar los derechos a la salud, integridad, etc. en casos de negligencia médica, de medicamentos, etc.).

Incluso, una persona afectada por un acto de discriminación, por ejemplo cuando no se le permite el acceso a una discoteca, restaurante o cualquier otro establecimiento abierto al público, tendría la posibilidad de acceder a los procesos de garantías constitucionales para conseguir el objetivo pronto e inmediato de permitírsele el ingreso al local comercial. Recuérdese que en el primer inciso del artículo 37º del Código Procesal Constitucional se prevé que el amparo procede en defensa del derecho a la igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

Y esto es lo que ha sucedido con recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en relación a demandas iniciadas por personas que sufren de algún tipo de discapacidad (en particular de la visión) por no haber obtenido un trato igualitario o preferente al rendir examen en estudios de postgrado¹⁸⁰ o bien por limitarse su ingreso a un establecimiento comercial de venta de alimentos con sus perros guía¹⁸¹. Como se puede entender, estos casos pudieron ser resueltos en las instancias administrativas del INDECOPI, sin embargo se recurrió al fuero constitucional.

¹⁸⁰ Demanda interpuesta por Gisela Elsa Tejada Aguirre contra la Escuela de Postgrado de la Escuela de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y resuelta de manera favorable a la demandante por Sentencia del 26 de julio del 2013, Exp. N° 02362-2012-PA/TC.

¹⁸¹ Demanda interpuesta por Margarita Cósar Camacho, Marcos Antonio Sura Lozano y Juan Pérez Salas contra Supermercados Peruanos S.A. (Plaza Veá) y resuelta de manera favorable a los demandantes por Sentencia del 16 de abril del 2014, Exp. N° 02437-2013-PA/TC.

Se debe tomar en cuenta que un consumidor afectado por un acto de discriminación sabe que no puede utilizar los procedimientos sumarísimos para resolver este tipo de controversias -por ser materia excluida conforme al artículo 125° del CPDC y el Reglamento de Procedimientos Sumarísimos- sino más bien debe recurrir al procedimiento sancionador ordinario en que la Comisión o el Tribunal del INDECOPI pueden tomarse al menos –y en teoría- 120 días hábiles por instancia para resolver el caso. Entonces es más que evidente que, atendiendo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y los plazos previstos en el Código Procesal Constitucional, una persona preferirá la vía del proceso de amparo a cualquier otro procedimiento administrativo¹⁸². En efecto, ¿quién va a esperar tanto tiempo para que reconozcan la vulneración de su derecho constitucional a la igualdad y le permitan el ingreso a un establecimiento –que debería ser abierto al público-, seguir cursando clases a nivel escolar o superior, obtener la apertura de una cuenta bancaria, acceder a una tarjeta de crédito, viajar en una determinada compañía aérea, etc.? Obviamente, se podrá entender que empezarán a surgir preferencias por la vía del proceso de amparo, frente al incremento de la carga procedimental en el INDECOPI y por ende la demora en el trámite de los procedimientos.

La ventana que hace mucho tiempo ha dejado abierta el Tribunal Constitucional es peligrosa para dicha institución, pues es claro que ella y el Poder Judicial, en las primeras instancias, se van a sobrecargar con pretensiones que deberían ser resueltas de una manera más célere por el INDECOPI. Y acá hay que tomar en cuenta que el artículo 105° del CPDC dispone que el INDECOPI es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas correspondientes. Dicha competencia, reza el referido

¹⁸² Aunque en términos reales el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional también suelen demorar años en resolver un caso en todas sus instancias.

Código, solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.

Más allá de ello, y aun cuando el consumidor sepa que el INDECOPI le puede otorgar medidas correctivas reparadoras (conforme al artículo 115° del CPDC) o complementarias (conforme al artículo 116° del mismo Código), pero, por otro lado, conozca que en el proceso de amparo la sentencia favorable puede disponer la restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales, ordenándose que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación (artículo 55°, inciso 3 del Código Procesal Constitucional), es obvio que el consumidor tendrá mejores incentivos de recurrir al proceso de amparo.

De esta manera, así como han ganado un buen terreno los usuarios de servicios públicos en los procesos de amparo¹⁸³, los consumidores en general pueden percibir que el proceso de amparo resultaría ser una opción o medio más adecuado, a decir del Tribunal Constitucional, para proteger sus intereses y derechos vulnerados. Se debe prestar atención que la Constitución sólo cuenta con el artículo 65° donde se hace referencia a los derechos de los consumidores, pero conforme a la jurisprudencia de dicho Tribunal, consolidada en el tiempo, el haz de derechos de los consumidores y usuarios es mucho más amplio, más amplio quizás que todos los derechos reconocidos en el CPDC.

Pese a lo recién señalado, volvemos a poner en relevancia que, conforme al artículo 105° del CPDC, el INDECOPI es la autoridad con competencia primaria para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo. Lo anterior quiere decir que cualquier caso que concierna los derechos del consumidor y que deba ser resuelto por alguna instancia administrativa, tendrá a los órganos resolutivos del INDECOPI como los encargados de resolver dichos conflictos, salvo que

¹⁸³ En especial, en el conocido caso resuelto en la Sentencia del 24 de enero del 2004, Exp. N° 0858-2003-AA/TC (Caso Eyler Torres del Águila).

exista otro órgano al cual se le haya otorgado competencia: las empresas reguladas de servicios públicos y los Tribunales de los órganos reguladores; la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) en temas de servicios médicos; etc.

Son dichos órganos administrativos (incluyendo el INDECOPI) los encargados de tener procedimientos céleres para resolver las causas de los consumidores, pues de lo contrario se volverá ineficiente su actuación o bien sus usuarios (los consumidores y proveedores) descalificarán su trabajo.

Por otro lado, no se debe olvidar que el proceso de amparo es una vía residual y ello conforme a los artículos 5º (inciso 2) y 45º del Código Procesal Constitucional¹⁸⁴, por lo que mal haría el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en acoger procesos de amparo iniciados por consumidores en defensa de sus derechos, cuando es más bien el INDECOPI la sede natural para resolver dichos conflictos de intereses.

Como hemos visto anteriormente, pese a estas previsiones el Tribunal Constitucional ha resuelto –aunque con buen sentido sobre el fondo- casos (los de discriminación de discapacitados) que pudieron y debieron ser tramitados ante las instancias administrativas del INDECOPI. Por ello, el Estado debe poner mucha atención en que los procedimientos creados para proteger al consumidor deben ser lo suficientemente eficientes y céleres para evitar que los administrados se sientan atraídos a otros fueros, en los cuales la demora es similar o peor, pero que se tornarán más lentos debido al incremento de la carga procesal.

¹⁸⁴ **Artículo 5.- Causales de improcedencia**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;

(...)

Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

En relación a lo anterior, se debe considerar que el Código Procesal Constitucional en su artículo 46º prevé que no será exigible el agotamiento de las vías previas si, entre otros aspectos, por ello la agresión pudiera convertirse en irreparable (inciso 2) o no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución (inciso 4).

Como se podrá entender, sólo será viable un proceso de amparo si se busca proteger la vulneración al derecho a la igualdad de un consumidor sólo en aquellos casos que se generen futuras consecuencias irreparables¹⁸⁵, situaciones extremas que no son las relacionadas al impedimento de ingreso a una discoteca, restaurante u otro establecimiento de esparcimiento¹⁸⁶. Pero conforme a la misma norma, si los casos no se resuelven en INDECOPI dentro del plazo de 120 días hábiles, entonces nuevamente se abre la puerta del proceso de amparo.

10.3 Gobiernos Locales y Regionales

En los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, al año 2014, se han contabilizado hasta 64 ordenanzas contra la discriminación, 11 regionales y 53 municipales.

Las últimas ordenanzas locales corresponden a las Municipalidades de El Santa (Ancash), Chaclacayo, San Juan de Lurigancho, San Borja, Surco,

¹⁸⁵ Con lo cual, el caso de los invidentes que no pudieron ingresar a un establecimiento comercial de venta de alimentos no debió tramitarse en la vía del proceso de amparo, pues siempre existen alternativas para recurrir a otros establecimientos. Diferente sería el caso de la persona con discapacidad visual que no podía rendir un examen escrito, pues la desaprobación del mismo siempre lo iba a conducir a la pérdida del curso, carrera o grado.

¹⁸⁶ Pero en base a este criterio, una denuncia de una persona con síndrome down que no se le permite su afiliación a un seguro de salud sí sería viable, puesto que este rechazo conduce a un futuro peligro a su salud y a su vida. Por ello, un conocido caso como el seguido por Miguel Angel Céliz Ocampo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (Expediente N° 272-2011/CPC), pudo tramitarse en la vía del proceso de amparo, sin embargo el consumidor optó por la vía administrativa y obtuvo una decisión favorable (véase la Resolución N° 3329- 2011/CPC del 13 de diciembre de 2011 y la Resolución N° 2135-2012/SC2-INDECOPI del 11 de julio de 2012).

Ancón y San Antonio de Cañete (Lima), Alto Selva Alegre, Mejía (Arequipa), y a los Gobiernos Regionales de Cajamarca y Moquegua.

Tal como lo ha expuesto Arditto Vega en un exhaustivo trabajo del año 2009, pueden distinguirse dos tipos de Ordenanzas contra la discriminación: en primer lugar, las Ordenanzas que sancionan prácticas discriminatorias en establecimientos públicos, es decir Ordenanzas de protección a los consumidores. En segundo lugar, tenemos las Ordenanzas Integrales, donde se busca ampliar la concepción de este problema, mediante una definición amplia sobre la problemática de discriminación y la incorporación de nuevas causales. Estas Ordenanzas también buscan brindar un tratamiento más completo, incidiendo sobre la conducta de los propios funcionarios municipales y promoviendo de políticas inclusivas.¹⁸⁷

El mismo autor ha identificado los motivos o causales prohibidas de discriminación en las distintas ordenanzas como la raza, sexo, religión, condición económica, posición o preferencia política, indumentaria, orientación sexual o identidad de género, actividad, condición de salud, discapacidad, lugar de origen, lugar de residencia, edad, idioma, indocumentación, identidad étnica, entre otras¹⁸⁸.

Entre las sanciones que han establecido las Ordenanzas de protección a los consumidores se encuentran las multas desde 30% de una UIT hasta 5 UIT, así como medidas de clausuras temporales (de 7 hasta 180 días) o definitivas del local (revocatoria de licencia de funcionamiento).

Asimismo, en diversas Ordenanzas se incluye la obligación de utilizar carteles en los que se señala que en el establecimiento comercial no se practica actos de discriminación. De la misma manera se prohíbe utilizar

¹⁸⁷ Wilfredo ARDITTO VEGA, *Las ordenanzas contra la Discriminación*, op. cit, pág. 13.

¹⁸⁸ *Ibidem*, págs. 17 a 23.

carteles o anuncios con frases como “Se reserva el derecho de admisión” o “Excelente presencia”.

Vemos que las Ordenanzas guardan estrecha relación con los mandatos constitucionales que reconocen el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En efecto, ninguna norma interna de un establecimiento abierto al público puede estar por encima de las normas de la Constitución y ello ha sido relevado por el Tribunal Constitucional:

“No hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico. En esta medida, ningún reglamento o norma interna puede transgredir derechos fundamentales como lo son la igualdad y no discriminación, la libre circulación”.¹⁸⁹

Como consecuencia de la aplicación de estas Ordenanzas, hemos visto en los medios de comunicación que algunos establecimientos han sido sancionados y/o clausurados, incluso, en algunos casos, sin haber sido interpuesta una denuncia paralela ante el INDECOPI.

Estos son los casos, entre otros, de las Municipalidades de San Miguel (Ordenanza N° 262-MDSM) que sancionó al Centro Comercial Plaza San Miguel en abril del 2014; Santiago de Surco (Ordenanza N° 472-MSS) que clausuró el bar Hard Rock Café e impuso una multa de 1 UIT en agosto del 2013, en ambos casos por discriminación por orientación sexual. Por su parte, la Municipalidad de Miraflores (Ordenanza N° 294-MM) también ha sancionado con clausura y multas a proveedores que han practicado actos discriminatorios en sus establecimientos (Discotecas Café del Mar, Gótica, Aura, entre otras), por motivos raciales u orientación sexual.

¹⁸⁹ Sentencia emitida en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC del 16 de abril del 2003, Fundamento Jurídico N° 4.

Las normas municipales y las acciones implementadas en base a éstas deben ser observadas como parte del amplio ordenamiento jurídico y su puesta en marcha contra la discriminación. Por ello, la suma de acciones estatales contra la afectación del derecho a la igualdad debe ser aplaudida por estar dirigida a desterrar este antiguo flagelo de nuestra sociedad. Obviamente, las acciones del Estado no deben ser contradictorias, como tampoco se deben imponer sanciones ilegales o arbitrarias contra los proveedores.

Siguiendo ello, las sanciones a cargo de las Municipalidades no deben considerarse como resultado de un procedimiento igual o similar a cargo del INDECOPI. En efecto, la concurrencia de procedimientos administrativos sancionadores a nivel Municipal y ante el INDECOPI no pueden ser calificados como una vulneración del principio *non bis in ídem*¹⁹⁰ y ello por cuanto el bien jurídico protegido en ambos casos es diferente.

Así pues, el INDECOPI, a través de sus Comisiones y Salas especializadas, tiene como objetivo proteger al consumidor y para ello sus procedimientos sancionadores son el medio para investigar y sancionar a los proveedores que infringen el CPDC y normas conexas.

En cambio las Municipalidades tienen competencia para establecer sanciones a aquellos administrados que en el marco de sus actividades económicas y por las cuales han obtenido una licencia de funcionamiento, promuevan o realizan prácticas que afectan el orden de la comunidad local.¹⁹¹

¹⁹⁰ **LEY Nº 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. Non bis in ídem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

(...)

¹⁹¹ **LEY Nº 27972. LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES. Artículo IV.- Finalidad.-** Los gobiernos locales representan al vecindario, promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción.

En orden con lo recién señalado, si surge un caso de discriminación por el cual a un consumidor se le limita su ingreso a un establecimiento abierto al público que tiene licencia de funcionamiento y existe una ordenanza municipal que prohíbe y sanciona dicha práctica, entonces la autoridad local podrá iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el titular del establecimiento. De la misma manera, el INDECOPI, de oficio o a pedido de parte, podrá iniciar un procedimiento contra el proveedor por vulneración al CPDC, no existiendo en ambos casos duplicidad sancionadora proscrita por el ordenamiento jurídico.

11. Necesidad de modificación legislativa

Tomando en cuenta el desarrollo de la presente Tesis, consideramos necesaria la modificación de diversos artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor, tal como se aprecia a continuación:

1. Incorporación de numeral 13 del artículo VI del Título Preliminar del Código:

“Artículo VI.- Políticas públicas

(...)

13. *Asimismo, el Estado promueve la igualdad entre los consumidores y el tratamiento equitativo de los proveedores frente a ellos, en circunstancias en que se encuentren en iguales o similares situaciones de hecho o de derecho, no pudiendo relegarse a un*

Artículo 84.- Programas sociales, defensa y promoción de derechos

Las municipalidades, en materia de programas sociales, de defensa y promoción de derechos, ejercen las siguientes funciones:

(...)

2. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

(...)

- 2.3. Organizar, administrar y ejecutar los programas locales de lucha contra la pobreza y de desarrollo social del Estado, propios y transferidos, asegurando la calidad y focalización de los servicios, la igualdad de oportunidades y el fortalecimiento de la economía regional y local.

(...)

consumidor o grupo de consumidores frente a otros, ni establecerse preferencias entre ellos salvo motivos justificados y razonables.”

Como se puede apreciar en el mencionado artículo VI se establecen las políticas públicas que el Estado debe tener en consideración para la efectividad de la protección al consumidor. Tomando en cuenta que entre las políticas se hace referencia a los derechos más importantes del consumidor, entonces no debe excluirse como política la eliminación de toda actuación que afecte la igualdad de los consumidores. Consideramos que dichas políticas debe ser concordantes con el esquema legal de la tutela al consumidor y sus derechos básicos.

2. Modificación del literal d del numeral 1.1 del artículo 1º del Código:

“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. En el respeto a su derecho a la igualdad, los consumidores no pueden recibir ningún trato diferenciado irrazonable o injustificado, y sobre todo no deben ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(...)”

Tomando en cuenta la distinción conceptual, reconocida por los informes de la Defensoría del Pueblo, citados en numerales anteriores, se ha previsto como derecho básico de los consumidores a no recibir un trato diferenciado ilícito en todas sus transacciones. Pero además, tomando en cuenta que algunos tratos desiguales se podrían basar en actos o

causas prohibidas a nivel constitucional, se recalca la prohibición a las prácticas discriminatorias que, como veremos en los siguientes artículos, implicará un agravamiento en la sanción.

3. Modificación total del artículo 38º del Código:

“Artículo 38.- Prohibición de trato diferenciado ilícito

38.1 Los proveedores no pueden tratar de manera desigual a los consumidores o usuarios que se encuentren en iguales o similares situaciones de hecho o de derecho, encontrándose proscrita además toda práctica discriminatoria por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

38.2 Tanto el trato diferenciado ilícito y, sobre todo, la discriminación no se pueden dar en ninguna etapa del proceso de consumo, esto es ya sea que los consumidores reales o potenciales se encuentren dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.3 Solamente se puede negar el acceso o ingreso de una persona a un establecimiento comercial por seguridad, tranquilidad de los demás clientes u otros motivos similares.

38.4 Todo trato diferenciado hacia los consumidores debe obedecer a causas objetivas, razonables o justificadas.”

En orden a lo señalado a lo largo de esta Tesis se debe mantener la distinción entre trato diferenciado ilícito y discriminación, siendo ambas la manifestación del trato desigual. Al hacerse referencia en el numeral 38.1 a la prohibición de las prácticas discriminatorias, ello se debe a que siendo más grave que el simple trato diferenciado ilícito, las prácticas discriminatorias son prohibidas de manera absoluta por así establecerlo nuestra Constitución y los Tratados Internacionales. En este último caso, el tipo infractor será agravado, lo que determinará el incremento de la sanción.

4. Modificación total del artículo 39° del Código:

“Artículo 39.- Reglas procedimentales

- 39.1 *El trato desigual o la negativa en el acceso a un producto o servicio debe ser acreditado por el consumidor afectado, por la asociación de consumidores o por la administración dependiendo si el procedimiento se inicia por denuncia de parte o de oficio. Corresponde al proveedor acreditar la existencia de una causa objetiva, razonable o justificada a fin de desvirtuar el trato diferenciado ilícito. Para ambas partes, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.*
- 39.2 *En caso la administración advierta que el trato diferenciado constituye práctica discriminatoria, tomará en cuenta ello para la graduación de la sanción y la adopción de otras medidas complementarias.*
- 39.3 *Si se produce el desistimiento del consumidor interesado, el órgano administrativo podrá continuar de oficio el procedimiento en la medida que advierta la existencia de presuntas prácticas discriminatorias. En este último caso, el órgano resolutorio de procedimientos sumarísimos derivará los actuados a la Comisión de Protección al Consumidor competente a fin que prosiga con el procedimiento de oficio como órgano de primera instancia administrativa.”*

Como se aprecia del nuevo texto propuesto, se busca simplificar la etapa probatoria, acorde a la necesidad que las denuncias a título particular por trato diferenciado ilícito o discriminación se tramiten a través de procedimientos sumarísimos.

Asimismo, manteniendo la distinción entre ambas figuras, se recalca que el INDECOPI, al detectar prácticas discriminatorias, debe sancionarlas como una infracción más grave y al mismo tiempo adoptar otras medidas complementarias que podrían ser la solicitud a la Comisión para que

inicie un procedimiento de oficio en defensa de los intereses difusos o colectivos, la remisión de copias certificadas al Ministerio Público para la denuncia penal correspondiente, así como el dictado de medidas correctivas como la clausura del establecimiento o publicación de avisos informativos, etc.

Asimismo, si bien se reconoce que el consumidor puede desistirse de su denuncia en la oportunidad prevista en el Reglamento vigente sobre procedimientos sumarísimos, también se prevé que queda en manos de la autoridad evaluar el inicio de un procedimiento de oficio, tomando en cuenta que podría existir la afectación de intereses o derechos de más personas involucradas.

5. Modificación del numeral 3 del segundo párrafo artículo 112º del Código:

“Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

(...)

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

(...)

3. *Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida, la seguridad, la igualdad o la dignidad del consumidor.*

(...)

Consideramos necesaria la incorporación de este agravante especial, pues al igual que la afectación de bienes jurídicos tan importantes como la salud y seguridad de las personas, también la igualdad y su dignidad merecen similar protección. En efecto, el consumidor como ser humano tiene una valoración propia dentro de la sociedad y para mantenerla o mejorarla realiza distintos tipos de actividades de interacción social. Cuando sufre una práctica discriminatoria, encuentra una desvaloración como ser humano frente a sus grupos de referencia y pertenencia, se

afecta su normal desarrollo y desenvolvimiento, ve limitadas sus oportunidades, se frustran sus expectativas y se le genera un convencimiento de que vive en una sociedad injusta e inequitativa.

6. Modificación del artículo 125º del Código:

“Artículo 125.- Competencia de los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor

Cada órgano resolutivo de procedimientos sumarísimos de protección al Consumidor es competente para conocer, en primera instancia administrativa, denuncias cuya cuantía, determinada por el valor del producto o servicio materia de controversia, no supere tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT); así como aquellas denuncias que versen exclusivamente sobre trato diferenciado ilícito o discriminación, requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto, con independencia de su cuantía. Asimismo, es competente para conocer, en primera instancia, denuncias por incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio e incumplimiento y liquidación de costas y costos. No puede conocer denuncias que involucren reclamos por productos o sustancias peligrosas, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos y los que versen sobre productos o servicios cuya estimación patrimonial supera tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) o son inapreciables en dinero.(...)»¹⁹²

En relación al presente dispositivo, el único cambio es la incorporación en la primera parte –y la correlativa exclusión en la segunda parte- de la competencia de los órganos de procedimientos sumarísimos para conocer denuncias por trato diferenciado ilícito o por discriminación. En efecto, tal como lo hemos visto a lo largo del presente trabajo, no existe

¹⁹² Como consecuencia de lo anterior, también se deberá efectuar la modificación pertinente en el Reglamento de Procedimientos Sumarísimos, excluyéndose la restricción del análisis de casos de discriminación o trato diferenciado ilícito.

sustento para que este tipo de procedimientos sea llevado a cabo a través de la vía procedimental ordinaria, pudiéndose acreditar (o desvirtuar) el trato desigual a través de los medios probatorios previstos para el procedimiento sumarísimo. Será en cambio aquellas denuncias por actos que afecten intereses colectivos o difusos en materia de discriminación las que no deberán tramitarse en procedimientos sumarísimos.



CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Negamos que se pueda clasificar a las personas por razas, pues ello permite establecer diferencias entre los seres humanos en virtud a sus características físicas, asumiendo irrazonablemente que ciertas razas cuentan con determinadas virtudes o mejores atributos que otras. Sin embargo, reconocemos que en la sociedad peruana (así como a nivel global) existe el racismo, entendido como el desprecio y segregación a las personas por sus características físicas y biológicas, en especial a aquellas diferentes a la denominada “raza blanca” o aria, pero sobre todo a las más afines al color de la piel oscura.

El racismo se ha manifestado históricamente como el ejercicio de la violencia contra las personas discriminadas. Sin embargo, en nuestra sociedad actual aún existen manifestaciones de este tipo de segregación a través de limitaciones al acceso de bienes y servicios que podrían no ser básicos pero sí importantes para el normal desenvolvimiento y desarrollo de las personas.

2. En nuestro medio, el racismo como acto de discriminación no es puro, lo que equivale decir que no se ve reflejado claramente en el rechazo a una específica raza o características físicas. En efecto, los actos discriminatorios se pueden dar contra personas con rasgos más oscuros o no, pero ello depende de la combinación de otros factores como es la utilización o no de determinados símbolos (marcas) o el reconocimiento social.

Así pues, en nuestro medio se puede observar que una persona de piel oscura (negra) o rasgos andinos puede recibir un buen trato o no ser rechazado debido a la marca de carro o vestimenta que usa, o por ser un personaje reconocido (un futbolista peruano que juega en una liga extranjera o un empresario famoso) o por el grupo social (o de amigos) con el cual se desenvuelve. Esto evidencia que los rasgos raciales de

una persona son tomados en cuenta, pero no son los únicos, pudiendo ser relativizados al momento que el proveedor evalúa al consumidor para permitirle el acceso a sus productos o servicios.

Lo anterior ha sido constatado a través de la revisión de la jurisprudencia del INDECOPI en la cual hemos encontrado diversos casos en que los proveedores denunciados han solido alegar como defensa (acreditándola con fotografías y declaraciones testimoniales) que en diversas ocasiones han permitido el libre ingreso de personas de todas las razas y condiciones socioeconómicas. En dicho escenario, el INDECOPI ha sabido desvirtuar dichas alegaciones bajo el criterio que la discriminación, en algunos casos, no consiste en una actuación regular, sino en supuestos específicos y comprobados de selección segregacionista.

3. La práctica de la discriminación racial (combinada o no con otras preferencias) implica una afectación de diversos derechos, entre los cuales se encuentra, en primer lugar, la igualdad y, en segundo lugar, la dignidad. Esto es claro, pues una persona discriminada por su “raza”, rasgos raciales o características físicas (cultural o históricamente estigmatizadas), se suele sentir disminuida y rechazada como miembro de la sociedad. Así pues, estas prácticas provocan que el afectado se cuestione o se desvalore a sí mismo, resignándose por sus propios rasgos naturales a seguir sufriendo en el futuro iguales o peores rechazos.

Con ello se puede lograr distinguir fácilmente la discriminación propiamente dicha frente al trato diferenciado ilícito. En el primer tipo infractor, se afecta la igualdad y la dignidad de las personas. En el segundo, se afecta la igualdad pero no la dignidad. De esto deriva la gravedad de la primera infracción.

4. El hecho que un proveedor efectúe actos racistas contra sus clientes en el desarrollo de sus actividades comerciales no sólo evidencia una actitud intolerante y retrógrada, sino implica la comisión de una infracción administrativa que será objeto de una sanción por parte de los órganos competentes del INDECOPI al afectar distintos derechos de los consumidores, entre los cuales está el derecho a la libre elección, a la igualdad y a la protección de sus intereses económicos.
5. La protección al consumidor contra actos de trato diferenciado ilícito y/o discriminación en el consumo es necesaria, pues el ser humano es un ser social y para él es muy importante y significativo ser valorado dentro de la sociedad, esto es el reconocimiento o no de los demás a ser beneficiario o receptor de los mismos productos o servicios que cuentan los demás miembros de sus grupos de pertenencia o referencia.

Por lo anterior, y como lo hemos desarrollado a lo largo de esta Tesis, la protección del consumidor en general (y no sólo en relación a los casos de discriminación) reside en la protección del sujeto débil frente a los actos del proveedor que alteran su normal desenvolvimiento en la sociedad de consumo, sociedad que está caracterizada por otorgar distintos valores a los productos y marcas, y junto con ello a los consumidores que las prefieren u ostentan. No podemos dejar de observar que un análisis psicológico y sociológico del consumidor y del ser humano nos dirigen a entender que este sujeto desempeña un rol en la sociedad y, en dicho desarrollo, actúa en función a sus grupos de referencia y/o pertenencia.

6. La sanción administrativa dispuesta por el INDECOPI es necesaria pues a través de multas y otras medidas correctivas (clausura del establecimiento o avisos rectificatorios) se afecta el patrimonio e imagen del proveedor infractor, desincentivándolo a volver a realizar este tipo de prácticas, al tener conocimiento que su realización y detección

determinará una merma en sus proyecciones de ingresos e incluso su salida del mercado.

Hemos hallado, conforme a la casuística del INDECOPI, que en algunos casos ha existido reiterancia, pero en la mayoría un desincentivo a realizar prácticas discriminatorias a raíz de la imposición de sanciones administrativas.

Por ello, consideramos que la efectividad de los procedimientos sancionadores en relación a los casos de trato desigual basados en discriminación racial ha sido positiva, sin embargo consideramos que se puede mejorar y para tal fin se deben realizar precisiones conceptuales, cambiar la vía procedimental para analizar dichos casos y establecer claras consecuencias a las infracciones, en especial en materia de sanciones.

Asimismo, la persecución penal de estas conductas no deja de ser un elemento muy importante pues los proveedores o sus administradores saben que pueden estar expuestos a la privación de su libertad, sin perjuicio de la prosecución de acciones de carácter indemnizatorio.

7. Sin embargo, se observa que pese a estas sanciones, aún persisten prácticas ilícitas por parte de ciertos proveedores, con lo cual se evidencia que las medidas no son lo suficientemente efectivas para lograr su eliminación total en el desenvolvimiento del mercado.

Lo anterior responde, como lo hemos constatado de las investigaciones sociales sobre el tema, al hecho que ciertos proveedores asumen o están convencidos que cuentan con un público objetivo que, como ellos, practican o consienten los actos discriminatorios y que prefieren que no se brinden los mismos servicios o productos a personas de otras razas diferentes a la “blanca”, es decir a personas con pieles más oscuras o con características físicas (cabello, tez, color de ojos, etc.) similares a las

de las razas negra, cobriza, andina, oriental, etc., o bien con costumbres, vestimentas o comportamientos atribuibles a estos últimos.

Así pues, en muchos casos, los proveedores discriminan debido a que absurdamente temen perder, o ver disminuidos, sus ingresos con el alejamiento de su público objetivo que, por un lado, estaría constituido por personas que consideran “normal” el rechazo a aquellos que no son o no se asemejan a la “raza blanca” y, por otro lado, serían atractivas económicamente, esto es los únicos impulsores del progreso de su empresa.

8. Correlativamente, lo anterior no debe ser entendido como una excusa o justificación para atenuar algún tipo de responsabilidad a los proveedores infractores, quienes tienen el deber de ofrecer sus productos o servicios al público en general respetando el derecho fundamental de todas las personas a la igualdad y a no recibir trato discriminatorio alguno. Así pues, los proveedores no pueden volverse en simples replicadores de conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico pues pueden sufrir medidas administrativas drásticas, así como sufrir persecución penal y pagos por indemnización de daños y perjuicios.
9. Los proveedores deberían reconocer que en nuestro medio, como en todo el mundo, el hecho de que ciertas personas tengan rasgos de la denominada “raza blanca” no debe estar asociado a signos de riqueza o altos ingresos económicos. En efecto, nuestro país no tiene una población mayoritaria de rasgos blancos, no existiendo ninguna relación entre dichas características físicas y el patrimonio o las actividades de las personas. Esto es cierto, pues en los últimos años vivimos una época de crecimiento económico impulsado por distintos sectores de nuestra población, no habiendo ninguna coincidencia entre las características raciales o físicas y los ingresos obtenidos por los empresarios y profesionales peruanos.

10. Para superar estos estereotipos reflejados en que la belleza y riqueza están asociadas a la “raza blanca”, se debe realizar una labor integral a nivel de los distintos actores involucrados en el mercado lo que incluye a los proveedores, los consumidores y el Estado.

Entre los primeros, no sólo nos limitamos a los empresarios que colocan sus productos y servicios en el mercado, sino a las agencias de publicidad y marketing que suelen explotar únicamente ciertas características físicas (pieles, ojos y cabellos claros) para vincularlas a *status* económicos altos, o estereotipos de sujetos atractivos o deseados.

En relación a los consumidores, ellos también como seres humanos tienen la responsabilidad de cambiar su conducta y no permitir ningún tipo de práctica discriminatoria no sólo que les afecte directa e inmediatamente a sí mismos sino contra los demás, lo que importa una revaloración del ser humano y su convivencia en sociedad.

Finalmente, el Estado también debe actuar no sólo corrigiendo las conductas prohibidas (a través de la persecución penal, sanciones administrativas y otorgamiento de indemnizaciones justas), sino plasmando políticas sociales y educativas antidiscriminatorias y de promoción de la igualdad a todo nivel (educativo, laboral, salud, recreación, etc.).

En relación a esto último, hemos constatado que la Defensoría del Pueblo, los Gobiernos Locales y el Tribunal Constitucional han desarrollado una labor muy importante a través de sus informes, ordenanzas y sanciones, así como sentencias, respectivamente. Observamos así, que el Estado desarrolla acciones preventivas y correctivas a través de diversos medios que tienen el mismo objetivo final que las normas en materia de protección al consumidor, esto es

lograr una convivencia armoniosa y justa entre los seres humanos que se desenvuelven como agentes económicos.

11. Combatir la discriminación, en especial la racial, es y será una tarea constante en nuestra sociedad. Su superación tomará tiempo y un cambio progresivo en la mentalidad de todas las personas. Es propicio continuar con esta brega y mejorar las soluciones previstas por el ordenamiento jurídico para acrecentar el bienestar de las personas en particular así como la tranquila convivencia en sociedad.
12. Al iniciar esta tesis habíamos planteado como hipótesis que la lucha contra la discriminación en el consumo no se orientaba por una cuestión de asimetría informativa, pues ello nos llevaría a concluir que consumidores que usualmente sufren actos discriminatorios podrían evitar dicha distorsión informándose adecuadamente sobre aquellos proveedores que practican dichas diferenciaciones ilícitas.

Pues bien, con el desarrollo del presente trabajo, hemos ratificado que si bien la corrección de la asimetría informativa se manifiesta en la protección de la eficiencia en las transacciones en el mercado permitiendo el libre acceso a los productos y servicios ofertados en el mercado, el problema de la discriminación en el consumo debe ser combatido a través de acciones afirmativas basadas en el establecimiento de reglas claras que permitan al órgano resolutivo investigar y eventualmente sancionar este tipo de prácticas por la constatación de dichas conductas y ello sin asumir prejuicios subjetivos que no necesariamente se hallan en el actuar de las personas que desarrollan actividad empresarial.

13. Asimismo, también habíamos planteado como hipótesis que al ser de muy difícil comprobación el acto de discriminación, bastaría sancionar con firmeza a los proveedores en cada caso que se constate el simple

trato diferenciado o la negativa a contratar, sin un respaldo objetivo razonable.

Sin embargo, luego del desarrollo de la presente Tesis nuestra visión apunta a que se mantenga la distinción de trato diferenciado ilícito y discriminación. Planteada la denuncia correspondiente, será el proveedor el que deberá desvirtuar la inexistencia de trato desigual o acreditar la existencia de motivos justificados, objetivos y razonables para su actuación. Será más bien, con el soporte de otros medios probatorios, que se verificará la existencia de discriminación (por los motivos reprochados por el ordenamiento) y entonces se deberá agravar la sanción o se determinará el inicio de un procedimiento sancionador de oficio.

En efecto, consideramos adecuado que se mantengan dos tipos infractores (el trato diferenciado ilícito y la discriminación), que si bien residen en la vulneración al derecho a la igualdad de los consumidores, merecen ser distinguidos por cuanto en la discriminación se afecta la dignidad de las personas. Si se evidencia la realización de conductas discriminatorias (por ejemplo de origen racial), entonces la sanción deberá ser mayor, sin perjuicio de las vías penales y civiles correspondientes.

14. Finalmente, para simplificar la labor del INDECOPI y al mismo tiempo hacer más efectiva la justicia a los consumidores, como propuestas, hemos planteado que se cambien algunas reglas:
 - Los procedimientos por no respetarse el derecho a la igualdad deberían ser más céleres y con ello evitar que el consumidor afectado considere como idónea la utilización de otras vías como el proceso de amparo. No resulta adecuado que puedan existir casos que se resuelvan por la vía ordinaria (al menos y en teoría

120 días hábiles por instancia), cuando lo único que se debe desvirtuar es si hubo o no una exclusión injustificada.

La justificación de la celeridad se da en que al igual que los derechos a la idoneidad y a la información, el derecho a no ser discriminado, también puede ser tramitado bajo la vía del procedimiento sumarísimo, salvo que se trate de un procedimiento de oficio o a instancia de una asociación de consumidores para proteger intereses difusos o colectivos. De esta manera no se estaría se estaría “discriminando” la protección de otros derechos de los consumidores que también deberían ser céleres, sino más bien poniendo de relieve que la protección de la igualdad es igual de importante que los otros derechos básicos del consumidor.

Asimismo, la celeridad es justificada tomando en cuenta que en la mayoría de casos se denuncia el impedimento al acceso a un producto o servicio, limitación que no puede permanecer en el limbo por mucho tiempo, esto es el tiempo que demora el real trámite de un procedimiento administrativa sobre discriminación en el consumo en la actualidad.

- De manera correlativa con lo anterior, se debe mantener al INDECOPI como sede natural o primaria para conocer los casos de desigualdad contra los consumidores. Esto no determina que el ente administrativo se sobrecargue, puesto que los conflictos que surgen por casos de discriminación no dejan de ser el reflejo de una clara afectación a los sujetos débiles de las relaciones de consumo que ven limitado su libre acceso a productos y servicios. Tal como hemos visto, sólo aquellos casos en que la agresión a derechos constitucionales se torne en irreparable o no se respeten los plazos, podrá permitir que el afectado recurra la vía constitucional (primero al Poder Judicial e incluso hasta el Tribunal Constitucional) para la proteger sus derechos lesionados.

- En caso la administración pública (INDECOPI) detecte pruebas o indicios de un trato desigual marcado por comportamientos propios de la discriminación (esto es por los motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico como es la raza, el sexo, la condición económica, el origen, etc.), entonces deberá tomar en cuenta dichos elementos para graduar la sanción e incrementarla. La elevación de la sanción pecuniaria tiene sustento en el hecho que es más grave una conducta que afecta varios derechos frente a una simple negativa a contratar por motivos personales (enemistad con el cliente, por ejemplo).
- Se deberá establecer que la figura de trato diferenciado ilícito es una infracción grave mientras que si se trata de discriminación entonces constituirá una infracción muy grave. Así pues las bases de las multas deberán ser previstas tomando en consideración montos que generen incentivos a los proveedores a no efectuar este tipo de conductas, siendo así previsible para ellos las consecuencias que podrían sufrir. Nótese en este punto que los elementos o factores para determinar las multas administrativas no son necesariamente aplicables para estos tipos infractores, pues no existe en principio un beneficio (incremento o ahorro) medible.
- En caso se detecte que el tipo infractor constituye discriminación, entonces se deberán adoptar otras medidas adicionales, como la eventual clausura temporal o permanente del establecimiento, los avisos rectificatorios correspondientes y la necesaria remisión de los actuados al Ministerio Público a fin que ejerza sus facultades persecutorias como titular de la acción penal contra el proveedor (si es persona natural), su administrador (esto es el gerente, en caso de personas jurídicas) y los representantes, dependientes,

mandatarios, trabajadores o personas contratadas que materializaron los actos discriminatorios.

- En la medida que el INDECOPI no tenga las facultades para imponer indemnizaciones -lo cual hasta ahora le corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (Poder Judicial o la jurisdicción arbitral)- entonces es necesario que el procedimiento administrativo pueda ser resuelto con celeridad, sin dejar de respetar el derecho al debido proceso de las partes, a fin que, en caso exista un acto de trato diferenciado ilícito o, aún más, discriminatorio, el sujeto afectado pueda solicitar una indemnización para intentar reparar la afectación de sus derechos e intereses.
- Esto último es importante para el consumidor, pues muchas veces no sólo le interesa que el proveedor reciba una sanción administrativa ejemplar o la imposición de una pena privativa de derechos, sino más bien tiene el legítimo derecho de restablecer su estado patrimonial y moral claramente afectado. En efecto, el consumidor buscará que se restablezca su reconocimiento o valoración en la sociedad, como también le será útil, si es que así lo prefiere, que se le permita el acceso a los productos o servicios anteriormente rechazados, o en cambio, un alivio patrimonial a su afectación moral.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. IDEMSA. Lima, 2000.
2. ALPA, Guido. *Derecho del consumidor*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
3. ALPA, Guido. *El Contrato en el Derecho Privado Italiano actual*, en Estudios sobre el contrato en general por los 60 años del Código Civil Italiano. Traducción de Leysser L. León, Ara editores, Lima, 2003
4. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Los principios de Unidroit y las soluciones del derecho común*. En Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica Editores, Año IV, N° 09, 1998.
5. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. *El sujeto llamado Consumidor: Entre el homo oeconomicus y el homo sociologicus*. En Actualidad Jurídica, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 124, marzo, 2004, págs. 45-60.
6. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. *La discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo*. En Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica Editores, Abril 2008, Número 115 - Año 13, págs. 17 a 26.
7. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. *Discriminación de la Mujer y Sexismo en la Publicidad Comercial Peruana - ¿Existen razones para sancionar a los anunciantes y agencias de publicidad?* En Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica Editores, Enero 2009, Número 124 - Año 14, págs. 371 a 381.
8. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. *La negativa al ingreso a discotecas como forma de discriminación en el consumo*. En Revista Cathedra Lex, Grijley Editores, 2012, N° 15.
9. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales*. En Jurisprudencia Constitucional, Año 1, N° 3, junio 2005.
10. ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Documento de Trabajo N° 3-1998. El Derecho a no ser discriminado en el consumo*. Lima, 24 de noviembre de 1998, págs. 11 y 12. Disponible en la página web: www.bvindecopi.gob.pe/doctra/1998/d98003.pdf

11. ARELLANO, Rolando y David BURGOS. *Ciudad de los Reyes, de los Chávez, de los Quispe...* Editorial Planeta, Lima, 2013.
12. ARDITO VEGA, Wilfredo. *Las ordenanzas contra la Discriminación*. Cuaderno de Trabajo N° 13. Departamento Académico de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, setiembre del 2009. Disponible en la página web: <http://alertacontraelracismo.pe/wp-content/uploads/2013/01/las-ordenanzas-contra-la-discriminaci%C3%B3n.pdf>
13. AA. VV. *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*. Coordinado por Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
14. AA. VV. *Derecho de Consumo*. Coordinado por María José Reyes Lopez, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
15. AA. VV. *El modelo económico de la Constitución Española*. Volumen I, coordinado por Fernando Garrido, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981.
16. AA.VV. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. A cura de Guido Alpa, Milano, Giuffrè Editore, 1982.
17. AA.VV. *Discriminación en el Perú. Exploraciones en el Estado, la empresa y el mercado laboral*. Editor Francisco Galarza, Universidad del Pacífico, Lima, 2012.
18. AA.VV. *La Discriminación en el Perú. Balances y Desafíos*. Editora Cynthia A. Sanborn, Universidad del Pacífico, Lima, 2012.
19. BACA ONETO, Víctor. *Protección al consumidor. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Colección por el Vigésimo Aniversario del INDECOPI, INDECOPI, Lima, 2013.
20. BARRIGA HERNÁNDEZ, Carlos. *Introducción a las Ciencias Sociales*. Lima, Reimpresión de 1999.
21. BEAUCHARD, Jean. *Remarques sur le Code de la consommation*. En *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage a Gérard Cornu*. Coordinado por Jean Beauchard y Pierre Couvrat, Paris, Presse Universitaires de France, 1994.

22. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La oferta y la defensa del consumidor*. En *Ius et Veritas*, Lima, N° 6, 1993, págs. 105-109.
23. BERCOVITZ, Alberto y BERCOVITZ, Rodrigo. *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid, Tecnos, 1987.
24. BILLOROU, Óscar Pedro. *Introducción a la publicidad*. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2002.
25. BLACKWELL, Roger, Paul MINIARD y James ENGEL. *Comportamiento del Consumidor*. Edit. Thomson, México D.F., 2002.
26. BRUCE, Jorge. *Nos habíamos coleado tanto*. Fondo de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2013.
27. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía - El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra Editores, 2003.
28. BUSNELLI, Francesco Donato. *Daño a la persona, derecho a la no discriminación*. En *Persona, Derecho y Libertad, Nuevas Perspectivas: Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa, Lima, 2009.
29. CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*, 3^o édition, Précis Dalloz, 1992, Paris, 412 pp.
30. CALEBRESI, Guido. *El sin sentido de Pareto: llevando a Coase más lejos*. En *Ius et Veritas*, N° 14, 1997, págs. 63-82.
31. CALLE CASUSOL, Jean Paul. *Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa*. Lima, Ara Editores, 2002.
32. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTINEZ COCO, Elvira. *La tutela Jurídica del consumidor*. En *Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Lima, Volumen 50, 1993, págs. 53-70.
33. CARPANI, Guido. *La tutela del consumatore: tendenze della legislazione regionale*. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè Editore, Anno XLV, 1991, págs. 511-564.
34. CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* En *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, enero-junio 2005.

35. CASTRO VERGARA, René Isaías. *Discriminación vs. exclusión : análisis de la brecha de ingresos por áreas geográficas entre la población indígena y no indígena*. Tesis de Licenciada en Economía. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias Sociales, Lima, 2009.
36. COSTA, Giorgio. *I principi del diritto tra norme e filosofia*. En Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè Editore, Anno XLVII, 1993, págs. 593-603.
37. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Documento N° 2, La discriminación en el Perú - Problemática, normatividad y tareas pendientes*, Lima, Perú, septiembre del 2007. Disponible en la página web: <http://www.defensoria.gob.pe/accesibilidad/biblio.php>
38. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe de Adjuntía N° 005-2009-DP/ADHPD. Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Lima, abril 2009. Publicado en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/Informe-005-2009-DP-ADHPD-vf.pdf>
39. DEL AGUILA PERALTA, Irma. *Juntos y revueltos*. En Flecha en el Azul, N° 12, Lima, 2000.
40. DEPAZ TOLEDO, Zenón. *Filosofía, Ética y Axiología*. 2da reimpression de CEPREDIM, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005
41. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, Editorial Civitas, 1996.
42. DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Giuffrè, cuarta edición, Milán, 2003.
43. DURAND CARRIÓN, Julio. *Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia*, Editorial San Marcos, Lima, 1995.
44. EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En lus et Veritas, Año VIII, N° 15, PUCP, Lima.
45. ELIAS LAROZA, Enrique. *Lo barato sale caro: mata y no engorda. La inacción de INDECOPI ante los productos basura, los cañazos y los yonques*. En lus et Veritas, Lima, N° 13, 1997, págs. 55-60.
46. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Hacia una nueva concepción sobre el denominado Abuso de Derecho frente a la crisis de la tipicidad del*

- derecho subjetivo*. En Apuntes de Derecho, Revista de Investigación Jurídica, Lima, Editorial San Marcos, Año I, N° 01, octubre, 1996, págs. 107-129.
47. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La Autonomía Privada: Sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público*. En *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, págs. 47-63.
 48. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Nuevas precisiones sobre los alcances del concepto de consumidor*. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, Año 9, N° 62, noviembre, 2003, págs. 73-80.
 49. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de los Consumidores*. Editorial Rodhas, 2da edición, Lima, 2012
 50. ESPINOZA ESPINOZA, Juan y Hugo SIFUENTES DOMENACK. *¡Vamos a la discoteca, cholito! El derecho a diferenciar vs. la prohibición de discriminar*. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
 51. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (a cura de). *Ley de Protección al Consumidor - Comentarios*. Rodhas, Lima, 2004.
 52. FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. *El derecho de la competencia y la protección al consumidor*. En *Apuntes de Derecho*, Lima, Año I, N° 01, octubre, 1996, págs. 153-176.
 53. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y derecho de la competencia*. Tecnos, Madrid, 1987.
 54. FORNO FLOREZ, Hugo. *La Oferta al Público: razones para una discrepancia*. En *Derecho*, N° 45 diciembre, 1991.
 55. GARCÉS PRIETO, Javier. *Sociología del Consumo*. Del Módulo 1 del Máster de Economía y Consumo organizado por el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2010.
 56. GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Fundamentales*. Editorial Adrus. 2da edición. Arequipa, 2013.
 57. GERRIG Richard J. y Philip G. ZIMBARDO. *Psicología y Vida*. Pearson Educación, Madrid, 2006.
 58. GOMEZ APAC, Hugo Susan ISLA RODRIGUEZ y Gianfranco MEJIA TRUJILLO. *Apuntes sobre la Graduación de la Sanciones por Infracciones*

- a las Normas de Protección al Consumidor. En Revista Derecho & Sociedad, N° 34, Año 2010, Lima.
59. GÓMEZ QUISPE, Marleny Sara. *Alcances históricos jurídicos respecto a la discriminación por razón de nacimiento en el derecho familiar peruano codificado*. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Lima, Facultad de Derecho, Lima, 2006.
 60. GONZÁLEZ MARTIN, Nuria. *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*. En Derecho & Sociedad, Año 13, N° 18, Lima, 2002.
 61. GRANDE, Ildelfonso. *Conducta real del consumidor y Marketing efectivo*, ESIC Editorial, Madrid, 2006.
 62. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Economía de mercado y contratación*. En *Contrato y mercado*, Manuel de la Puente y Lavalle et. al., Lima, Gaceta Jurídica, enero, 2000, págs. 129-158.
 63. GUTIERREZ CAMACHO, Walter y Juan Manuel SOSA SACIO. *Artículo 2, inciso 2: Igualdad ante la ley*. En *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
 64. HONDIUS, Ewoud. *Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act*. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, diretto da M.J. Bonell, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, N° 18, 1996. Publicado en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/main.htm>.
 65. HONDIUS, Ewoud et al. *Consumer@Protection.EU. An Analysis of European Consumer Legislation in the Information Society*. En *Journal of Consumer Policy*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2001, págs. 287-338.
Publicado en: www.rechten.uvt.nl/prins/Publicatnl/consumer@europe.pdf
 66. HOYER Wayne D. y Deborah MACINNIS. *Comportamiento del consumidor*. Cengage Learning, 5ta. Edición, México D.F., 2010.
 67. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El derecho a la igualdad*. en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, N° 11, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.
 68. IDEELE. *La ley 27049, un gesto político contra la discriminación racial*. IDEELE, N° 115, Lima, 1999.

69. INDECOPI, Comisión de Protección al Consumidor. *Lineamientos sobre protección al Consumidor*. Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, Separata especial, Diario Oficial El Peruano, 9 de julio de 2001.
70. IRTI, Natalino. *Persona e mercato*. En Rivista di diritto civile, Padova, CEDAM, Anno XLI, N° 03, maggio-giugno, parte prima, 1995, págs. 289-298.
71. ISMODES CAIRO, Aníbal. *Sumario de Sociología*. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC), Lima, s.f.
72. KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.
73. LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho Penal Económico*. Librería y Ediciones Jurídicas, 1996, Lima.
74. LEMA DEVESA, Carlos. *De nuevo sobre la publicidad comparativa*. En Actas de Derecho Industrial, Tomo XXVI, 2005-2006, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. / Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago, Madrid.
75. LINDSTROM, Martin. *Así se manipula al consumidor*. Grupo Planeta, Barcelona, 2011.
76. LORETO, Cristiana di. *Vendite per strada e tutela del consumatore*. En Rivista di diritto civile, Padova, CEDAM, 1992, págs. 21-24.
77. MAJELLO, Ugo y Marco COMPORTI. *Situazioni giuridiche soggettive e rapporti giuridici*. En Istituzioni di diritto privato, al cuidado de Mario Besone, Edit. Giappichelli, Turín, 2001.
78. MARINONI, Luis Guillermo. *Tutela inhibitoria. La tutela de prevención del ilícito*. En Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Jemafy Editores, N° IV, diciembre, 2001, págs. 145-153.
79. MARTÍNEZ, Julia Evelin. *Mecanismos Públicos y Privados de Protección al Consumidor - Diferencias y Complementariedades*. El Salvador, Fundaungo, USAID, 1998.
80. MAURIAL, Iván. *La inversión de los valores: relativismo axiológico del significado de la mujer en publicidad a través del tiempo*. Universidad de San Martín de Porres. Escuela Profesional de Psicología, Lima, 2001.

81. MENDEZ, Elvira. *La Protección de Consumidores en la Unión Europea - Hacia un Derecho procesal comunitario de Consumo*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.
82. MEZA, Aníbal. *Introducción a la Psicología*. Editorial Universitaria URP, Lima, 2003.
83. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *El abuso del derecho*. En Actualidad Jurídica, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 89, abril, 2001, págs. 47-60.
84. MONTOYA ALBERTI, Hernando. *El Estatuto el Consumidor*, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Mercado y Empresa, Lima, 1997.
85. MORALES ACOSTA, Alonso. *Asimetría Informativa*. En Responsabilidad Civil II, a cura de Juan Espinoza Espinoza, Editorial Rodhas, Lima, 2007.
86. MORALES GODO, Juan. *Instituciones de Derecho Procesal*. Lima, Palestra Editores, 2005.
87. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª.Ed. Reimp, Editorial Técnos, 2000, Madrid.
88. NODA YAMADA, Carlos Ramón. *La noción de consumidor a la luz del derecho a la información*. En Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, Año 9, N° 62, noviembre, 2003, págs. 61-71.
89. NODA YAMADA, Carlos Ramón *La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. A propósito del caso "Café del Mar"*. En Diálogo con la Jurisprudencia, N° 107, Año N° 12, Gaceta Jurídica Editores, Lima, agosto 2007.
90. OPPO, Giorgio. *Diritto dell'impresa e morale sociale*. En Rivista di diritto civile, Padova, CEDAM, N° 01, gennaio-febbraio, parte prima, 1992, págs. 15-36.
91. OPPO, Giorgio. *Costituzione e Diritto Privato nella "Tutela della concorrenza"*. En Rivista di diritto civile, Padova, CEDAM, N° 05, parte seconda, 1993, págs. 543-554.
92. ORTIZ, Marienella. *Los prejuicios del empresario ¿Tiene sentido económico para un negocio ser discriminador?* Informe Central, Sección Portafolio, Diario El Comercio, 18.03.2012, Lima, pág. 6-8.

93. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *A propósito de la definición de consumidor final*. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, Año 9, N° 62, noviembre, 2003, págs. 47-50.
94. PETRELLI, Patrizia. *Interessi collettivi e responsabilità civile*. Padova. CEDAM, 2003.
95. Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ. *Derecho Procesal Civil*. 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
96. PIZANO, Guillermina. *Psicología del Aprendizaje*. CEPREDIN, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2012.
97. PLACIDO V., Alex F. *Artículo 4: Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio*. En *La Constitución Comentada - Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2005.
98. POLO, Eduardo. *La Protección del Consumidor en el Derecho Privado*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1980.
99. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Sobre género, derecho y discriminación*. PUCP, Lima, 1999.
100. PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002, Madrid.
101. POSNER, Eric A. *Economic Analysis of Contract Law After. Three Decades: Success or Failure?*. En *The Yale Law Journal*, Volume 112, 2003. Publicada en: www.yale.edu/yalelj.
102. PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. En *Ius Et Veritas*, Lima, N° 14, 1997.
103. PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general*. Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2002.
104. QUEVEDO MENDOZA, Efraín. *Carga de la Prueba*, en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso*. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Editorial San Marcos, Lima, 2008.

105. Revista Caretas, *Una Cuestión de Piel*, edición N° 2344 del 24 de julio del 2014, pág. 56.
106. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, 1999, Lima.
107. RUSSELL, J. Thomas W. Ronald LANE, Karen WHITEHILL KING, *Kleppner: Publicidad*. 16ava. edición, Pearson Educación, México, 2005.
108. SÁENZ DÁVALOS, Luis. *La defensa del consumidor en el Derecho constitucional*. En Revista Jurídica del Perú, N° 42, enero, 2008.
109. SANTAELLA, Manuel. *Introducción al Derecho de la Publicidad*. Civitas, Madrid, 1982.
110. SCHLESINGER, Piero. *Persona e mercato*. En Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè Editore, N° 03, 1996, págs. 797-801.
111. SOMMA, Alessandro. *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*. En Politica del Diritto, Bologna, Anno XXIX, N° 4, diciembre, 1998, págs. 679-688.
112. SOMMA, Alessandro. *Temi e problema di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. Diritto comune europeo*. G. Giappichelli Editore, Turín, 2003.
113. STANZIONE, Pasquale. *Per una sintesi unitaria nella difesa del consumatore*. En Rivista di diritto civile, Padova, CEDAM, Anno XL, N° 6, parte prima, 1994, págs. 887-891.
114. STELLA RICHTER, Giorgio. *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*. En Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè Editore, Anno LI, N° 4, Dicembre, 1997, págs. 1028-1041.
115. STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985.
116. TREJO MAGUIÑA, Alejandro. *Diálogo con rating... infracciones por televisión y un nuevo "panorama" sobre la defensa del derecho a no ser discriminado*. En Diálogo con la jurisprudencia, N° 107, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

117. VALDEZ CARRASCO, Bettina del Carmen. *El derecho a la no discriminación por orientación sexual y una propuesta de reforma constitucional para la inclusión expresa de este derecho*. Tesis para optar el título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2004.
118. VEGA MERE, Yuri. *La ampliación del concepto de consumidor en la jurisprudencia administrativa. ¿Revolución o extralimitación?* En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, Año 9, N° 62, noviembre, 2003, págs. 35-46.
119. VEGA MERE, Yuri. *Ulteriores y breves consideraciones sobre los contratos concluidos con arreglo a ofertas dirigidas a los consumidores*, en *lus et veritas*, N° 19, diciembre 1999, Lima, págs. 76-87.
120. VUKOWICH, William. *Consumer Protection in the 21st. Century – A global perspective*. New York, Transnational Publishers, 2002.
121. WATZLAWICK, Paul. *El arte de amargarse la vida*. Ed. Herder, Barcelona, 2003.
122. WEIGMANN, Roberto. *L'inversione dell'onore della prova nel diritto commerciale*. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè Editore, Anno XLVI, 1992, págs. 797-808.
123. WILHELMSSON, Thomas. *Is There a European Consumer Law - and Should There Be One?* En *Saggi, Conferenze e Seminari*, diretto da M.J. Bonell, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 2000. Publicado en <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/main.htm>

ANEXO

CASOS RESUELTOS POR EL INDECOPI ENTRE LOS AÑOS 2011 Y 2014

Partes	Motivo denunciado	Resolución 1era Instancia	Resolución 2da Instancia	Fundamentos de la decisión
AÑO 2011				
Rosa Margarita Cueva Tupac Yupanqui de Vignolo c. Banco Falabella Perú S.A.	No se le entregó tarjeta de crédito pues no podía firmar igual que su DNI	Res. 117-2010/INDECOPI-LAM. Infundada	Res. 001-2011/SC2-INDECOPI. Revoca, fundada, amonestación.	No era justificado negar la entrega de la tarjeta de crédito a la denunciante que sufría discapacidad, pudiéndose verificar con otros medios diferentes a la firmar igual que el DNI.
Jorge Alejandro Yare Rodriguez y Clementina Bustincio Pari c. Banco de Crédito del Perú	Fueron retirados del establecimiento junto con su hijo al momento que realizaban una operación bancaria	Res. 0068-2011/INDECOPI-TAC. Infundado.	Consentido.	No se acreditó los hechos denunciados.
Jorge Teodoro Azpilcueta Godoy c. Perurail S.A.	No se le vendía boletos por supuesta enemistad.	Res. 125-2009/INDECOPI-CUS. Infundada	Res. 305-2011/SC2-INDECOPI - Confirma	Se favorecía justificadamente a ciertos sectores de la población de Cusco el uso de tren en ciertos horarios excluyendo a todos los demás viajeros.
José Camilo Mercedes Abanto c. Banco de Crédito del Perú	No le permitieron abrir cuenta sin motivo específico.	Res. 0664-2010/CPC-INDECOPI-LAL. Fundada, sanción 20 UIT	Res. 554-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Diferenciación injustificada en base a reporte de central de riesgos.
Carmen Teresa Bracale Delgado de González c. Banco de Crédito del Perú	Le negaron la emisión de un cheque de gerencia	Res. 2172-2010/CPC. Fundada, sanción 35 UIT	Res. 0840-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Diferenciación injustificada y no sustentada por el Banco.

Sharon Lizbeth Manrique Bazán c. Banco de Crédito del Perú	No le permitieron abrir cuenta sin motivo específico.	Res. 170-2011/CPC. Fundada, sanción 10 UIT.	Res. 2228-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Diferenciación injustificada en base a reporte de central de riesgos.
Saúl Pablo Gonzales Pilco c. TECSUP	Expulsión debido a su condición socioeconómica pues vivía en San Juan de Lurigancho	Res. 298-2010/ILN-CPC. Infundada	Res. 0746-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	La expulsión se ajustó a las reglas internas no existiendo trato diferenciado respecto de otros estudiantes por los mismos hechos.
José Vertiz Córdova c. Banco Falabella Perú S.A.	Bloqueo de tarjeta de crédito por morosidad aunque en realidad fue por represalia	Res. 993-2010/INDECOPI-PIU. Infundada	Res. 0798-2011/SC2-INDECOPI. Revoca, fundada, sanción 25 UIT	Se acreditó que otros trabajadores de la misma empresa del denunciante estaban en su misma situación y no sufrieron el bloqueo de sus tarjetas de crédito.
Gina Ytala Traverso Miranda c. Tourist Entretenimientos S.A.C.	Negativa injustificada de ingreso al casino	Res. 2995-2009/CPC. infundada	Res. 895-2011/SC2-INDECOPI. Fundada, sanción 10 UIT.	La denunciada no acreditó las supuestas quejas de otros clientes y las malas prácticas de la denunciante en los sorteos.
Edgar Jorge Pizarro Mosquera c. Banco de Crédito del Perú	Negativa de apertura de cuenta acusándolo de haber realizado operaciones fraudulentas	Res. 33 - 2012 / CPC-INDECOPI-LOR. Fundada, sanción 2 UIT	Consentida	El Banco no justificó su negativa.
Klemens María Brack Egg c. El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.	Además de las otras imputaciones por cláusulas abusivas, se consideró que la modificación de la cobertura por cáncer era discriminatoria	Res. 395-2010/CPC. Infundada.	Res. 1603-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	No existe evidencia que otros usuarios en la misma condición que el denunciante hayan sido tratados de manera preferente
Mayté Carmen María Ojeda Dávila c. Colegio Privado Alexander Von Humboldt S.A.C.	Expulsión de su hijo por supuesta mala conducta	Res. 141-2010/INDECOPI-TAC. Fundada, sanción 2,5 UIT	Res. 1668-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	El Colegio no brindó información respecto de las causales de separación de los alumnos y trató de manera diferenciada al hijo de la denunciante.
Saúl Martín Rodríguez Chula c. Colegio Privado Alexander Von Humboldt S.A.C.	Expulsión de su hijo por supuesta mala conducta	Res. 143-2010/INDECOPI-TAC. Fundada, sanción 2,5 UIT	Res. 1792-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	El Colegio no brindó información respecto de las causales de separación de los alumnos y trató de manera diferenciada al hijo de la denunciante.
Adriana Esperanza Rejas Mejía	Expulsión de su hijo por	Res. 47-	Res. 1793-2011/SC2-	El Colegio no brindó información

c. Colegio Privado Alexander Von Humboldt S.A.C.	supuesta mala conducta	2010/INDECOPI-TAC. Fundada, sanción 2,5 UIT	INDECOPI. Confirma	respecto de las causales de separación de los alumnos y trató de manera diferenciada al hijo de la denunciante.
José Alberto Pérez Farfán c. Centro Educativo Particular Santa María Reina	El denunciado no permitió matrícula de su hija de manera injustificada	Res. 1525-2010/INDECOPI-LAM. Infundada	Res. 1803-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Fue el denunciante quien retiró a su hija y sólo señaló que la matricularía de nuevo de manera oportuna.
José Alberto Vértiz Córdova c. Caja municipal de ahorro y crédito de Paita S.A.	No se le permitió el retiro del 100% de su CTS.	Res. 1154-2010/INDECOPI-PIU. Infundada	Res. 1860-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Restricción justificada pues las normas sólo permitían el retiro del 50%
Eulogio Mendoza Mariny c. Asoc. Fondo contra Accidentes de Tránsito Choferes Profesionales Región Tacna	Negativa de venta de CAT pues había sido expulsado como miembro de la asociación.	Res. 11-2011/INDECOPI-TAC. Fundada, sanción 3 UIT	Res. 2370-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	La negativa era injustificada, más aún si mediante un proceso judicial se determinó la invalidez de la expulsión.
Víctor Raúl Miranda Rojas y Margaret Lissette Luis Otero c. Lan Perú S.A.	Negativa a abordar a vuelo	Res. 284-2010/ILN-CPC. Fundada, sanción 15 UIT	Res. 2578-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	El proveedor no acreditó que los denunciantes habían sido declarados como insubordinados y con ello impedidos de abordar.
Segundo Yesquén Mechato y otros c.	Negativa a apertura de cuentas de ahorro para el depósito de sus remuneraciones y de CTS	Res. 239-2011/INDECOPI-PIU. Fundada, sanción 30 UIT	Res. 2776-2011/SC2-INDECOPI. Confirma.	La relación crediticia entre los trabajadores y el Banco no debía afectarse por la controversia que mantiene el Banco con el empleador depositante.
Helmut Micael Saldaña Aguinaga c. Universidad de San Martín de Porres	Se había modificado la nota mínima aprobatoria a diferencia de los alumnos de Lima	Res. 628-2011/INDECOPI-LAM. Infundada	Res. 2898-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Los Reglamentos establecía la nota mínima de 11 que fue aplicada sin diferenciación alguna.
Cheyene Custodio Corbera c. Universidad de San Martín de Porres	Se había modificado la nota mínima aprobatoria a diferencia de los alumnos de Lima	Res. 682-2011/INDECOPI-LAM. Infundada	Res. 2899-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	Los Reglamentos establecía la nota mínima de 11 que fue aplicada sin diferenciación alguna.
Melissa Castillo Muñoz c. C.E.I.G.N.E. My Friends	No poner el nombre de su hijo en el anuario de promoción	Res. 351-2011/CPC. Infundada	Res. 2987-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	La omisión se debió a un error involuntario, pues la imagen del menor aparece en todas las fotos del anuario al igual que sus datos

				personales
Héctor Hugo Carrasco Navarrete y Nancy Juana Bobbio Romero c. Andean Slots S.A.C. y Red One S.A.C.	Debido a que denunciaron por no realizar sorteos, se les impidió el ingreso al casino como represalia	Res. 329-2011/CPC. Infundada	Res. 3391-2011/SC2-INDECOPI. Revoca, fundada, sanción 10 UIT.	El proveedor no acreditó las alegaciones referidas a supuestas inconductas de los denunciantes.
Jubitza Jassely Salas Rospigliosi c. IEP de Nivel Inicial Los Niños de Santa Fortunata	La denunciada pidió el retiro del hijo del denunciante por ser hiperactivo y necesitar cuidados especiales.	Res. 169-2010/INDECOPI-TAC. Infundada.	Res. 3442-2011/SC2-INDECOPI. Confirma.	No quedó acreditado que el denunciado haya brindado un trato diferenciado al hijo de la denunciante.
Santos Silva Castillo c. Organización San Juan de Sullana S.A.C.	Su hijo fue expulsado sin justificación	Res. 240-2011/INDECOPI-PIU. Fundada, sanción 5 UIT.	Res. 3469-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	A diferencia de otros alumnos con las mismas calificaciones de conducta, sólo él fue expulsado.
Max Arturo Haimberger Calisto c. Nissan Maquinarias S.A.	Negativa a brindar servicio de reparación, mantenimiento y venta de repuestos para su vehículo importado de EUA.	Res. Nº 1640-2010/CPC. Fundada, amonestación.	Res. Nº 2995-2011/SC2-INDECOPI. Confirma.	La negativa no se justificaba, pues un consumidor entendía que podía obtener la reparación en el taller oficial de la marca del vehículo.
AÑO 2012				
Magna Rosana Osorio Ramírez c. Cooperativa de Transportes Ancash	Negativa de venta de pasaje interprovincial para su sobrino alegando actos delictivos de éste	Res. 1302-2010/INDECOPI-LAL. Fundada, sanción 3 UIT.	Res. Nº 0090-2012/SC2-INDECOPI. Confirma.	La negativa era injustificada y no estaba acreditado que el menor haya provocado daños al vehículo.
Juana Elvira Pasquel Gonzáles c. E. Wong S.A.	Fue intervenida al salir del local siendo acusada de hurto de objetos, debido al color de su piel	Res. 521-2011/CPC. Infundada.	Res. Nº 303-2012/SC2-INDECOPI. Confirma.	No se pudo acreditar por medios probatorios o indicios los hechos denunciados.
Paul Michael Colachagua Osco c. Banco de Crédito del Perú	Negativa injustificada a abrir una cuenta de ahorros	Res. 078-2012/INDECOPI-JUN. Fundada, sanción 15 UIT	No fue apelada.	Banco no acreditó la justificación de su negativa sustentada en supuestos actos fraudulentos.
Víctor Ramírez Giles c. Supermercados Peruanos S.A.	Sufrió agresiones y comentarios ofensivo por personal del denunciado	Res. 2276-2011/CPC. Infundada.	Res. 715-2012/SC2-INDECOPI. Confirma.	No se pudo acreditar por medios probatorios o indicios los hechos denunciados.
Patricia del Pilar Pinedo	Negativa a permitir matrícula	Res. 494-	No fue apelado.	Si bien el colegio solicitaba una "carta

Palacios c. Congregación de Misioneros Hijos del Inmaculado Corazón de Jesús	de hijo puesto que los padres profesaban la religión mormona	2011/INDECOPI-LAL. Infundada.		de presentación familiar de una autoridad religiosa”, en el caso concreto, el hijo de la denunciante no fue admitido por nota desaprobatoria en la evaluación académica
María Eugenia Cotrina Elorreaga de Santander c. Asociación Cultural Brisas del Titicaca	Negativa de ingreso debido a que no tenía la calidad de socia por expulsión.	Res. 2246-2011/CPC. Fundada, sanción 10 UIT.	Res. 876-2012/SC2. Confirma.	Si bien la denunciante no podía ingresar al local de la Asociación, ello debía darse en relación a reuniones de la organización y no al establecimiento comercial abierto al público.
Julio Juan César Armas Alcalde c. Hipermercados Tottus S.A.	Fue tratado de manera agresiva por supuesto hurto de un objeto, que por confusión no pagó.	Res. 1816-2011/INDECOPI-LAM. Infundada.	Res. 1496-2012/SC2-INDECOPI. Confirma	La detención se debió a causa objetiva, esto es la seguridad del establecimiento.
María Elizabeth Vigil Orlandini c. Maquinaria Nacional S.A.	Negativa a brindar servicio de reseteo del software del computador de su vehículo importado de EUA.	Res. 2390-2011/CPC. Infundada.	Res. 1525-2012/SC2-INDECOPI. Confirma	El proveedor acreditó que había brindado otros servicios al vehículo, pero el solicitado de manera específica no podía brindarlo.
Manuel Gálvez Succar c. Banco de Crédito del Perú	Negativa injustificada a otorgar tarjeta de crédito Lan Pass Oro a pesar que contaba con otra tarjeta de la misma entidad.	Res. 551-2011/ILN-CPC. Fundada, sanción 20 UIT.	Res. 1608-2012/SC2-INDECOPI. Confirma, reduce la sanción a 10 UIT.	El proveedor no justificó su negativa, no habiendo brindado información de por qué la evaluación que hizo motivó la negativa.
Edwin Galindo Funamoto c. Universidad San Martín de Porres	No se le permitió la matrícula a diversos cursos por errores administrativos.	Res. 3449-2011/CPC. Infundada.	Res. 1901-2012/SC2-INDECOPI. Confirma	No existía medio probatorio que permita deducir aún indiciariamente que la conducta configuraba un trato discriminatorio.
Judith Rossana Yurivilca Estrada y otros c. Lan Perú S.A.	No se les permitió abordar por demora a pesar que otros pasajeros sí se les dio dicho beneficio para otro vuelo.	Res. 473-2012/CPC. Fundada, sanción 4 UIT.	Res. 1995-2012/SC2-INDECOPI. Revoca, infundada.	El hecho que el proveedor haya embarcado a otros pasajeros constituye un acto de liberalidad de la aerolínea como parte de sus políticas empresariales.
Andre Chipoco Lozada c. Lan Perú S.A.	Negativa a abordaje a pesar que a otros pasajeros sí se le permitió	Res. 151-2010/CPC-INDECOPI-TAC. Infundada	Res. 2255-2011/SC2-INDECOPI. Confirma	No quedó acreditado que Lan hubiera permitido abordar el avión a personas que llegaron después que el

				denunciante.
Miguel Angel Céliz Ocampo c. Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros	Negativa a otorgar a su hija que tenía Síndrome de Down un seguro de asistencia médica.	Res. 3329-2011/CPC. Fundada, sanción 50 UIT.	Res. 2135-2012/SC2-INDECOPI. Confirma, reduce multa a 45 UIT.	El proveedor no justificó su negativa a pesar que sí otorga seguros a otras personas que sufren síndrome down.
Valerio Piedra Espinoza c. Institución Educativa Privada del Norte E.I.R.L.	Negativa a matricular a hijo del denunciante.	Res. 76-2012/INDECOPI-PIU. Infundada.	Res. 2308-2012/SC2-INDECOPI. Confirma.	El menor fue expulsado debido a su mala conducta, lo cual quedó acreditado.
Ofelia Camaza Alagón de Ortiz c. Turismo Civa S.A.C.	Se le cobró un precio superior a otros pasajeros.	Res. 94-2012/INDECOPI-AQP. Fundada, sanción 3 UIT.	Res. 2905-2012/SC2-INDECOPI. Confirma.	La denunciada no acreditó que la diferenciación de precios haya obedecido a supuestas ofertas y a pesar que se le requirió que presente la documentación correspondiente.
Hugo Pablo Sialer Vargas c. Andean Slots S.A.C.	Negativa de ingreso al establecimiento.	Res. 265-2012/INDECOPI-LAM. Fundada, sanción 5 UIT.	Res. 3570-2012/SPC-INDECOPI. Confirma.	El proveedor no demostró que la negativa se debía a la detección de malas prácticas (fraudes) del denunciante.
Edgard Alfonso Durand Guerrero y Gladys Yolanda Valderrama Alarcón c. Lan Perú S.A.	Negativa a embarcar a su menor hija alegando pues padecía un cuadro de esquizofrenia	Res. 812-2010/INDECOPI-LAM. Fundada, sanción 20 UIT.	Res. 3703-2012/SPC-INDECOPI. Confirma, reduce a 10 UIT.	La Sala consideró que la aerolínea estaba facultada a requerir un certificado médico que acredite que la menor podía viajar en aras de su propia seguridad y la de los demás pasajeros, por lo que descartó un supuesto de discriminación. Sin embargo analizó el caso como un supuesto de falta de idoneidad declarándolo fundado pues no se informó adecuadamente la restricción.
Eder Leiva Riojas c. Andean Slots S.A.C.	Negativa de ingreso sin justificación.	Res. 0266-2012/INDECOPI-LAM. Fundado, sanción 5 UIT.	Res. 3571-2012/SPC-INDECOPI. Confirma.	El denunciado no ha acreditado que el denunciante haya puesto en riesgo la seguridad del establecimiento, la tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.
José Valentín Rojas Rodríguez c. Banco de Crédito del Perú	Negativa de apertura de cuenta de ahorros de manera injustificada.	Res. 0165-2012/INDECOPI-LAL. Fundada, sanción 30	Denunciante se desistió en segunda instancia.	El Banco no precisó el motivo de la negativa a la apertura de cuenta de ahorros, limitándose a señalar que el

		UIT.		denunciante no cumplía con los estándares establecidos y a su decisión de negocios.
Rolando Arsenio Miranda Castillo C. Aviación Lider S.A.C.	Solicitó la venta de pasajes aéreo, lo cual le fue denegado debido a su condición de rondero.	Res. 0946-2012/INDECOPI-LAL. Fundado, sanción 5 UIT.	Consentido	La denunciada confirmó que el motivo de la negativa fue el alegado por el denunciante.
Víctor Fernando Espinoza Cárdenas c. Inversiones Express Galáctica S.A.C.	En la comanda del pedido de pizza se utilizó un término peyorativo aludiendo a su opción sexual.	Res. 565-2012/INDECOPI-CUS. Fundado, sanción 2 UIT.	Apelado	Se analizó como infracción al deber de idoneidad. No se acreditó que la referencia en la comanda se debía a un error.
De oficio y Graciela Aida Arévalo Cruz c. Lan Perú S.A.	Discriminación contra los no residentes en el Perú al no poder acceder a sus ofertas de pasajes.	Res. 1078-2012/CPC. Infundada.	Consentido	La práctica comercial de otorgar descuentos exclusivos para residente peruanos era una diferenciación razonable y justificada.
Gloria Asunción Espinal Lau de Paredes c. Lan Perú S.A.	Luego de cancelado el vuelo, permitió a otros pasajeros viajar en otros vuelos, beneficio que no se le otorgó.	Res. 1073-2012/CPC. Infundada.	Consentido.	No se demostró el viaje de otros pasajeros, esto es el trato desigual.
Juan Carlos Álamo Moscoso c. JM Fitness S.A.C.	Perifoneo empleando su nombre de varón sin respetar su condición de transgénero (conocida como Scarlet)	Res. 2264-2010/CPC. Fundada, amonestación.	Res. 3444-2012/SPC-INDECOPI. Revoca, infundada.	Un motivo justificado era el uso del nombre del consumidor para su perifoneo, no existiendo obligación de hacerlo de otra manera.
AÑO 2013				
Alejandro Ortigas Arispe c. CEIGNE Aprendiendo Juntos	Expulsión de su menor hija aduciendo haber sido retirada sin solicitar permiso.	Res. 910-2012/CPC. Infundada	Res. 500-2013/SPC-INDECOPI. Revoca, fundada, sanción 3 UIT.	La Sala analizó el caso como uno de infracción al deber de idoneidad y consideró que el proveedor conoció del motivo por el cual el denunciante no había llevado anteriormente a su hija.
Elizabeth Rojas Acuña c. Super Gimnasio S.A.C.	No se le permitió el ingreso sin motivo y pese a que su membresía aún no había vencido.	Res. 499-2012/ILN-CPC. Fundada, sanción 1 UIT.	Res. 1317-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	El proveedor no acreditó supuestos actos contrarios a sus reglamentos internos, como lo es la supuesta venta de productos por parte de la

				denunciante al interior del local.
Martha Ignacia Mucha Pomalazo c. Banco Continental	Negativa a apertura de cuenta de ahorros por haber trabajado en una empresa investigada por lavado de activos.	Res. 2442-2012/CPC. Fundada, sanción 10 UIT.	Res. 1441-2013/SPC-INDECOPI. Nulo lo actuado.	La Sala consideró que se trataba de un caso de infracción al deber de idoneidad, por afectación a las expectativas de la consumidora.
Miguel Ángel Fonken Oviedo c. Banco Continental	Cierre injustificado de sus cuentas de ahorros y tarjeta de crédito.	Res. 2894-2012/CPC. Fundada, sanción 1,5 UIT.	Res. 1826-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	La Sala consideró más bien que se trataba de un caso de infracción al deber de idoneidad, por afectación a las expectativas de la consumidora, no habiendo sustentado el motivo del cierre de las cuentas.
Luis Ricardo Rubianes Arana c. América Móvil Perú S.A.C.	Fue tratado de manera discriminatoria al momento de solicitar una devolución, debido a contar con silla de ruedas.	Res. 2800-2012/CPC. Infundada.	Res. 1557-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	El denunciante no presentó medio probatorio alguno que acredite el hecho imputado.
Jerry Omar Jara Llanos c. Grupo Educativo Integral S.R.L.	Negativa a renovación de matrícula de sus hijas debido a que había interpuesto denuncia ante la UGEL contra el colegio.	Res. 1404-2012/INDECOPI-LAL. Fundada, sanción 2 UIT.	Res. 1804-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	La denunciada atribuía su negativa de matricular a las menores por a la diferencia que tenía con sus padres, lo cual no representa una causa objetiva y justificada para negarse a brindar el servicio educativo.
Josué Ccoyccosi Velásque c. Inversiones 41 S.A.C.	Negativa a ingreso al establecimiento a pesar que había pagado por adelantado un "box vip" debido a sus rasgos "andino amazónicos".	Res. 4152-2012/CPC. Infundada.	Res. N° 1822-2013/SPC-INDECOPI. Confirma	No se acreditó la negativa al ingreso al establecimiento y menos la realización de algún acto discriminatorio.
Nancy Maribel Rosales Llaury c. Trans American Airlines S.A.	Negativa a abordar por no contar con DNI que había perdido y en cambio sí a su pareja de nacionalidad israelí.	Res. 2313-2012/CPC. Infundada.	Res. 2502-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	Era justificado solicitar el DNI a los pasajeros, no habiéndose acreditado un trato preferente frente al otro pasajero.
Daniel Alexander Velezmoro Arana c. Thunderbird Fiesta Casino Benavides S.A.	Negativa a ingreso debido a los reclamos que había efectuado	Res. 4142-2012/CPC. Fundada, sanción 5 UIT.	Res. 2648-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	No fue acreditado los actos de perturbación a la tranquilidad de los demás clientes o un supuesto estado de embriaguez.
Edwin Galindo Funamoto y	Negativa a ser atendidos con	Res. 211-	Res. 3043-2013/SPC-	No se acreditó que se interrumpió el

Angélica Gálvez Sánchez c. María Patricia Calmell del Solar	normalidad en restaurante.	2012/INDECOPI-JUN. Infundada.	INDECOPI. Confirma.	servicio de restaurante más aun cuando la Boleta de Venta presentada por los denunciantes, acreditaba la venta de alimentos y bebidas.
Juana Elena Tueros Lara c. Reynaldo David Becerra Garzón y Asociación de Manualidades y Arte Decorativo	En la 8va. Expoferia Internacional se negó el ingreso a su hija con discapacidad, quien presentaba el diagnóstico de parálisis cerebral	Res. 4689-2012/CPC. Fundada, sanción 51 UIT.	Res. 3128-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	La restricción de acceso no era justificada, pues la condición física o apariencia de una persona con discapacidad, no debe ser considerada como un riesgo para que se produzca un hecho infortunado.
Erich Alfredo Ymaña Ramírez c. Cooperativa de Ahorro y Crédito Aelu	Negativa injustificada a otorgamiento de crédito.	Res. 626-2013/CC1. Infundada.	Res. 3497-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	Se acreditó que el denunciante era deudor de la denunciada y además se encontraba reportado ante la central de riesgos, lo cual era un motivo justificado.
Alex Alejandro Urrutia Ávalos c. Barsolut E.I.R.L.	Negativa injustificada de ingreso a raíz de sus reclamos.	Res. 33-2013/INDECOPI-TAC. Fundada, sanción 3 UIT.	Res. 3539-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	No se había acreditado que el denunciante haya afectado la tranquilidad de sus clientes o de sus trabajadores o que haya generado daños en el establecimiento.
Edwin Galindo Funamoto c. Real Plaza S.A. y Supermercados Peruanos S.A.	En diversas ocasiones fue maltratado e incomodado para que se retire de sus instalaciones.	Res. 077-2013/INDECOPI-JUN. Infundada.	Res. 3602-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	No fueron acreditados los hechos denunciados.
Rafael Ricardo Romero Valladares c. Banco de la Nación	Se le impidió permanecer al interior de una agencia sin motivo justificado	Res. 71-2013/INDECOPI-TAC. Infundada.	Res. 3608-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	Se acreditó que se produjo un altercado provocado por el denunciante, motivo justificado para la seguridad del establecimiento.
Edwin Néstor Zapata Sánchez c. Jenny Gregoria Zevallos Zárate	Negativa al uso del baño de mujeres en el restaurante de la denunciada, a pesar de ser una persona <i>trans femenino</i> .	Res. 528-2012/INDECOPI-PIU. Infundada.	Res. 2640-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	La medida aseguraba la tranquilidad de la clientela femenina, así como la normativa sólo obligaba que existan baños de hombres y mujeres.
De oficio c. Arzobispado del Cusco	Se constató que en el Colegio San Antonio Abad se discriminaba a los alumnos por su condición religiosa.	Res. 407-2011/INDECOPI-CUS. Fundada, sanción 10 UIT.	Res. 2649-2013/SPC-INDECOPI. Revoca, infundada.	No se acreditó el trato desigual, pues solamente existe un indicio y no una práctica efectiva de impedimento de matrícula a niños no bautizados o

				cuyos padres no estén casados por la Iglesia católica.
Joel Néstor Jiménez Castro c. Marco Antonio Heredia Ñahui	Negativa de ingreso a establecimiento denominado "Dkda Café – Snak"	Res. 0096-2013/INDECOPI-TAC. Infundado.	Consentido.	Restricción al ingreso se produjo pues el establecimiento cerraba a las 23:00 horas, según su autorización municipal, lo que constituye causal objetiva para la no prestación de los servicios.
Glower Adhetmir Arevalo Ircas c. Banco de Crédito del Perú	No fue atendido en su plataforma de ventanillas de atención al público, pese a tener un ticket de atención.	Res. 646-2013/INDECOPI-PIU. Fundado, sanción 10 UIT.	Consentido	El denunciante interpuso su reclamo inmediatamente por la falta de atención, sin que la denunciada haya efectuado alguna observación al respecto.
Pedro Edgar Herrera Flores c. Comandancia General de la Fuerza Aérea del Perú N° 1005	Su hijo fue reprobado sin tomar en cuenta que sufría de un déficit de atención con hiperactividad negativa.	Res. 1265-2012/INDECOPI-LAM. Infundado.	Res. 1329-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	Se consideró que el hijo del denunciante fue evaluado conforme a su condición.
Jorge Pascual Alpaca Pacheco c. Asociación Paola García Medina	Por haber invitado al retiro a su menor hijo y no permitirle renovar su matrícula escolar.	Res. 594-2012/INDECOPI-AQP. Fundada, sanción 10 UIT.	Res. 2529-2013/SPC-INDECOPI. Confirma, se sanciona con amonestación.	Se analizó el caso como infracción al deber de idoneidad por haber retirado al hijo del denunciante sin seguir el procedimiento establecimiento en el Reglamento Interno.
José Luis Aurelio Jordán Torres c. Congregación de las Canonisas de la Cruz	Negativa de matrícula pues esposa e hija profesan otra religión.	Res. 0133-2013/INDECOPI-ICA. Fundado, sanción 10 UIT.	Apelado	La denunciada no acreditó que la negativa se justificaba para proteger a la menor frente a actos religiosos no profesados.
Juan Gilberto Armijo Sotomayor c. Maxus S.A.C.	Negativa injustificada al ingreso al casino.	Res. 0892-2013/INDECOPI-LAL. Fundado, sanción 5 UIT.	Consentido.	El denunciado no acreditó la supuesta actitud conflictiva del denunciante en los sorteos, que afectaría a los demás clientes.
De oficio c. Micaba E.I.R.L.	No se brindaba servicios a personas por su condición socioeconómica en el Restaurante Don Paco	Res. 0313-2013/INDECOPI-CAJ. Fundado, sanción 4 UIT.	Apelado.	Se acreditó que no se brindaba servicios a personas indigentes.
Kiara Ahida Antonio Huamani c. Inversiones Turísticas Salomón	Negativa de ingreso al establecimiento Tekyla	Res. 221-2013/INDECOPI-CUS.	Consentido	La negativa se debió a que anteriormente el denunciante fue

II E.I.R.L.	Discotheck Karaoke por su opción sexual.	Infundado.		descubierto realizando actos delictivos en el local.
Franklin Sánchez Rojas c. Universidad José Carlos Mariátegui	No se le entregó título a diferencia de sus demás compañeros de otra universidad	Res. 0140-2012/INDECOPI-TAC. Infundado	Res. 1003-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	No se acreditó que se haya entregado títulos de estudiantes de otra universidad.
José Enrique Sánchez Canales y Patrick Michael Finn c. Plaza Hotel EIRL	Negativa a brindar servicio de hospedaje a pareja por su orientación sexual	Res. 0165-2012/INDECOPI-TAC. Fundado, sanción 2 UIT.	Res. 1507-2013/SPC-INDECOPI. Confirma.	No se acreditó alguna causa justificada para negar el servicio.
Nelson Porras Condori c. Juan Chulla Duran	Negativa de brindar servicios de inyectable en la botica por no haber sido comprado el producto en el establecimiento.	Res. 208-2013/INDECOPI-CUS. Infundado	Consentido	Era justificado solicitar la receta médica para el inyectable así como verificar que el producto no haya sido adulterado, por lo que la negativa era razonable.
Carlos Tupayachi Oviedo c. Inversiones El Valle E.I.R.L.	Negativa de ingreso a "Discoteca Sanset Beach" por orientación sexual	Res. 264-2013/INDECOPI-CUS. Fundado, sanción 10 UIT.	Apelado	El denunciado no acreditó los supuestos motivos de seguridad para impedir el ingreso del denunciante.
De oficio c. Compañía de Jesús – Comunidad San José	Se exigía como requisito para postular a la institución educativa, la presentación de la partida de matrimonio religioso y civil de los padres del menor postulante.	Res. 644-2012/INDECOPI-AQP. Fundada, sanción 15 UIT.	Res. 2650-2013/SPC-INDECOPI. Revoca, infundado.	No se acreditó el trato desigual, pues solamente existe un indicio y no una práctica efectiva de impedimento de matrícula a niños cuyos padres no estén casados por la Iglesia católica.
De oficio y Paul Erwin Pflucker Faveron c. Banco Falabella Perú S.A.	Negativa a entregar tarjeta de crédito a consumidor por sufrir de tetraplejía, lo cual le impedía firmar documentos.	Res. 1074-2013/CC1. Fundado, sanción, 60 UIT.	Apelado	Pese al desistimiento del denunciante, se prosiguió de oficio el procedimiento y se determinó la infracción por actos que se produjeron en dos oportunidades.
Rosario Mercedes Canturin Moreno c. Autofondo S.A.C.	Negativa a brindar servicio sin motivo justificado.	Res. 1873-2013/CC2. Infundado.	Consentido.	No se acreditó la alegación de la denunciante.
Elio Ricardo Ballón Rodríguez c. Lavandería San Antonio Dry Cleaners E.I.R.L.	Cobro de servicio de lavandería superior frente a otros clientes.	Res. 2204-2013/CC2. Fundado, sanción 1 UIT.	Consentido	De las boletas de pago del consumidor y otros clientes se acreditó el precio desigual, mientras que el proveedor no justificó el motivo

				de dicha diferenciación.
Paola Escobar Torres c. Asociación Brittain College	Se canceló la matrícula de su hija con discapacidad, pues el número de alumnos con discapacidad excedía sus vacantes	Res. 3031-2011/CPC. Infundado.	Res. 0113-2013/SPC- INDECOPI. Revoca, fundado, sanción 10 UIT.	La denunciada no justificó la negativa de la matrícula a pesar que otros alumnos no habían ratificado la matrícula del siguiente año y aún así fueron aceptados. Para la Sala esto fue un trato diferenciado ilícito, más no discriminación.
Julia Rosas Alejandro Veliz c. Iglesia Alianza Cristiana y Misionera del Perú	Sus menores hijos no fueron aprobados para el ingreso al colegio aduciendo problemas de aprendizaje y conducta.	Res. 905-2013/ILN- CPC. Fundado, sanción 20 UIT.	Apelado	La denunciada no ofreció un servicio inclusivo a pesar de estar obligada a ello, habiendo negado la matrícula sin justificación válida.
Pilar Consuelo Campos Lázaro de Quillas c. Rosalinda Lena Castro Castillo de	Negativa a matrícula del siguiente año de sus hijos en el Colegio Privado Sor Ana de los Ángeles por presentar problemas de aprendizaje y de conducta.	Res. 975-2013/ILN- CPC. Fundado, sanción 30 UIT	Consentido.	Un centro educativo no puede negar la matrícula de un menor por poseer una condición especial, en tanto la educación debe ser inclusiva.
AÑO 2014				
Global Arnid S.A.C. c. Telefónica Móviles S.A.	No se le permitía realizar cambios a su línea pues fue calificado como "Cliente No Apto" debido a reclamaciones anteriores.	Res. 329-2013/CC2. Improcedente.	Resolución N° 0003- 2014/SPC-INDECOPI. Confirma.	Denunciante no califica como consumidor.
Remigio Federico Flores Torres c. Vilma Antonia Carrión Arias	Negativa de ingreso al evento de pelea de gallos desarrollado en el Coliseo Cerrado "Los Kokis".	Res. 0536- 2014/INDECOPI-LAL. Fundado, sanción 1,5 UIT.	Apelado.	La denunciada no acreditó algún motivo justificado para impedir el ingreso al denunciante, esto es un supuesto estado de ebriedad o la falta de respeto a los demás clientes.
De Oficio c. Arzobispado de Arequipa	Se constató que en la I.E.P. Claret se discriminaba a los alumnos por su condición religiosa.	Res. 105-2014 / INDECOPI-AQP. Fundado, sanción 15 UIT.	Apelado	Se acreditó que se exigía una declaración de pertenencia del padre de familia, su entorno familiar y el menor a la religión católica.
Elard Gandarillas Bonifas c.	Negativa a otorgamiento de	Res. 00261-	Consentido.	Se acreditó que el denunciante no

Financiera Efectiva S.A.	crédito por situación morosa de su hermana	2014/INDECOPI-TAC. Infundado.		cumplía con un requisito para el otorgamiento de crédito, consistente en contar con estabilidad domiciliaria.
Jesús Corina Quiroz Rivera c. Asociación Evangélica Enlace Latino	Negativa injustificada a matrícula de hijo que sufría de síndrome de Asperger	RES. 344-2013/INDECOPI-AQP. Fundada, sanción 5 UIT.	Res. 560-2014/SPC-INDECOPI. Confirma.	Quedó acreditado que la denunciada negó indebidamente y sin respetar el derecho a un debido procedimiento la matrícula del menor.
Mayra Noriega de Thomas C. Patronato Escolar Peruano Alemán Max Uhle	Su hijo padecía autismo y por ello se le negó inicialmente su matrícula, luego prosiguió como alumno libre acompañado por una psicóloga a exigencia del colegio. Por ello, no obtuvo notas ni fue promocionado de grado.	Res. 195-2014/INDECOPI-AQP. Fundado, sanción 12 UIT.	Apelado	Quedó acreditado que el denunciado incurrió en una conducta discriminatoria por su condición de persona con discapacidad.
Jesús Alegría Argomedo Rodríguez c. Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez	Recibió trato discriminatorio por su opción sexual, entre otros aspectos.	Res. 184-2014/CPC-INDECOPI-PUN. Infundado.	Consentido.	El denunciante no presentó ningún medio probatorio que acredite la ocurrencia del acto discriminatorio denunciado
De oficio c. Cencosud Retail Perú S.A.	Se constató la negativa de ingreso al establecimiento de Metro a grupo de 16 escolares que sufrían discapacidad	Res. 502-2013/INDECOPI-PIU. Fundado, sanción 150 UIT.	Res. 1666-2014/SPC-INDECOPI. Confirma, reduce sanción a 40 UIT.	No se acreditó que el denunciado debía adoptar medidas de seguridad especiales por 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.
Rita De La Cruz Ojeda Escudero c. Clínica Belén S.A.	No fue atendida por tener un seguro asociado a su centro de trabajo, el Banco de la Nación.	Res. 765-2012/INDECOPI-PIU. Fundada, sanción 10 UIT.	Res. 0976-2014/SPC-INDECOPI. Revoca, infundada.	No se aprecia que existan indicios de que usuarios en la misma situación de la denunciante hayan sido atendidos por la Clínica.
Ivonne Maribel Alarcón Pérez c. Consorcio Hotelero del Norte S.A. y Fantasy Club del Perú S.A.	Fue retirada de manera violenta del Casino y no se le permitió el ingreso.	Res. 253-2014/INDECOPI-LAM. Fundado, sanción 5 UIT.	Apelado	No se acreditó que la denunciante haya tenido una conducta que ponga en riesgo la seguridad del establecimiento, la tranquilidad de sus

				clientes u otros motivos similares.
Julio Juan César Armas Alcalde y Dora Lidia Gabrielli Napuri c. Scotiabank del Perú S.A.A.	Fueron retirados del establecimiento sin justificación.	Res. 0358-2013/INDECOPI-LAM. Infundado.	Res. 1675-2014/SPC-INDECOPI. Confirma	Por motivos de seguridad se solicitó a los denunciados que no usen gorras en el interior del local, lo cual fue desacatado.
José Mariano Navarrete Quintos c. Cencosud Retail Perú S.A.	Fue maltratado e impedido el ingreso debido a que su hijo sufría Hidrocefalia Cerebral y Síndrome Swan	Res. 0387-2014/INDECOPI-LAM. Infundada.	Consentido	No se acreditó los hechos denunciados, habiéndose acreditado más bien que el menor era asiduo concurrente del establecimiento.
José Martín Díaz Morante c. Congregación de la Misión de Padres Lazaristas	Se había decidido no ratificar la matrícula para el siguiente año pues el menor sufría de "transtorno disocial".	Res. 0415-2013/INDECOPI-LAM. Infundado.	Apelado	El colegio actuó conforme al reglamento interno y negó la matrícula por acumulación de partes por mala conducta.
Jorge Enrique Carrasco García c. Coop. De Servicios Educativos Santa Angela Ltda.	Negativa a matrícula de hijo del denunciante.	Res. 0442-2014/INDECOPI-LAM. Fundada, sanción 5 UIT.	Apelado	El denunciante ostentaba la calidad de socio del Colegio, por lo cual tenía derecho de matricular a sus hijos y/o pupilos, no existiendo ningún motivo justificado para la negativa.
Roxana Midoly Santillan Zarate c. Universidad San Pedro	Negativa de ingreso a pesar que fue alumna y haber acudido para trámites administrativos.	Res. 0025-2014/INDECOPI-LAL. Fundado, sanción 10 UIT.	Apelado	La negativa fue acreditada con constatación policial, habiendo sido declarada rebelde la denunciada.
Víctor Alfonso Guaza Lucumi c. Corporación Buenavista S.A.C.	El personal de seguridad de la discoteca "El Taita" no le permitió el ingreso por el color de su piel.	Res. 0088-2014/INDECOPI-CAJ. Infundado.	No existe información si fue apelado.	De los medios probatorios ofrecidos no se acreditaba los hechos denunciados.
Yuliana María Mamani Valdéz c. Supermercados Peruanos S.A.	Negativa a ingreso a establecimiento por llevar consigo helados.	Res. 0056-2013/INDECOPI-TAC. Infundado.	Res. 131-2014/SPC-INDECOPI. Confirma	La negativa se justificaba en la protección de los objetos exhibidos en su establecimiento.
Aldo Toledo Corazao c. Magali Elena Alarcón Yépez	Negativa de ingreso a discoteca Bajo Zero por su orientación sexual	Res. Nº 061-2013/INDECOPI-CUS. Fundada, sanción 5 UIT	Res. 0688-2014/SPC-INDECOPI. Revoca, infundada.	No se acreditó los actos discriminatorios y el denunciante no negó los hechos violentos alegados por la denunciada
Myleni Gutiérrez Pedraza y Aldo Toledo Corazao, c. Inversiones Rokas S.A.C.	Negativa de ingreso a establecimiento Rokas Lounge Bar Club por su orientación	Res. 353-2014/INDECOPI-CUS. Infundada.	Consentido	No pudo determinarse que la denunciada haya incurrido en prácticas discriminatorias al momento

	sexual			de negar el ingreso de los interesados a su establecimiento comercial.
Enrique Castelo Cornejo c. Edgar Pinto Velasco	Negativa a venta de bebidas alcohólicas en el establecimiento comercial	Res. 261-2013/INDECOPI-CUS. Fundada, sanción 2 UIT.	Res. 642-2014/SPC-INDECOPI. Confirma	Se acreditó que en el local del denunciado sí se vendía bebidas alcohólicas pese a la negativa del denunciado.
Cesar Antonio Tuanama Caro c. Universidad Andina del Cusco	Negativa injustificada a ingreso a pesar de haber sido alumno y requerir efectuar trámites.	Res. 307-2014/INDECOPI-CUS. Infundada	Apelado	El personal de seguridad impidió su ingreso y de su acompañante pues se negaron a identificarse.
José Alberto Merello Tejada c. Compañía de Jesus Comunidad de San José	Negativa de matrícula a menor por adolecer de Trastorno de Hiperactividad con Deficit de Atención	Res. 342-2014/INDECOPI-AQP. Fundado, sanción 8 UIT.	Apelado	Se negó la matrícula a pesar que el menor obtuvo una vacante y que los resultados reflejados en la Libreta de Notas, evidenciaban que han cumplido los objetivos, al ser aprobados tanto en los aspectos pedagógicos como conductuales
De oficio c. Asia Rok S.A.C	Negativa de ingreso a discoteca por motivos raciales	Res. 1145-2013/CC2. Fundada, sanción 50 UIT.	Res. 1879-2014/SPC-INDECOPI. Confirma.	Del material periodístico se evidenciaba que el consumidor de rasgos negros no se le permitió el ingreso aduciendo una supuesta fiesta privada.
Raúl Alberto Romani Puma y Rosario Leonor Calle Gonzales c. Fidel Estrada Marcelo y otros	Negativa de ingreso a su hija matriculada en el I.E.P. Posada de Belén por padecer trastorno de autismo infantil.	Res. 338-2014/ILN-CPC. Fundado, 20 UIT	Consentido.	Se acreditó el hecho con constatación policial aunado a la rebeldía del denunciado.
De oficio y Godfrey Arbulú Grippa c. Gothic Entertainment S.A.	Negativa de ingreso por su condición de transgénero.	Res. 715-2013/CC1. Fundada, sanción 100 UIT.	Res. 1197-2014/SPC-INDECOPI. Confirma, reduce sanción a 50 UIT.	De los videos y audios presentados se acreditó que el consumidor fue discriminado por su orientación sexual.
Óscar Octavio Barrenechea Saavedra c. El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.	Negativa a otorgar seguro a su hija que padece parálisis cerebral a pesar que sus capacidades mentales estaban intactas.	Res. 357-2013/CC1. Fundado, sanción 50 UIT	Res. 1539-2014/SPC-INDECOPI. Confirma.	Se acreditó que la empresa podía otorgar seguros a personas con la misma discapacidad previa evaluación especial, siendo que esto último no fue efectuado por la

				denunciada.
De oficio c. Peruvian Air Line S.A.	Negativa a abordar a personas sordomudas	Res. 060-2013/ILN-CPC. Fundado, sanción 45 UIT.	Res. 854-2014/SPC-INDECOPI. Confirma.	Si bien se pueden adoptar medidas de seguridad en beneficio de personas con discapacidad ello era justificado si dichas personas no podían valerse por sí mismas. Lo contrario evidencia un acto discriminatorio.
Jesús Leonardo Melchor Vera Villena c. Banco De Crédito del Perú	Atención preferente a clientes del Banco frente a no clientes.	Res. 3356-2012/CPC. Infundado	Res. 0204-2014/SPC-INDECOPI. Confirma.	La práctica ejecutada por el Banco no configura un acto infractor, sino que se encuentra basada en un criterio objetivo y, por lo tanto, resulta lícito.

