

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito: implicancias jurídicas derivadas de la (no) aplicación de ambas figuras en el sistema de tutela del consumidor

Trabajo Académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Autor

Bryan Michael Camasca Bustos

Asesor

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2021

Resumen

El objetivo general de este trabajo es abordar las categorías típicas del trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo, a partir de la interpretación efectuada en el tiempo sobre las mismas, por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual; a fin de evidenciar las posibles consecuencias sobre consumidores y proveedores, que se desprenden de considerar a las señaladas figuras típicas como una sola: la discriminación en el consumo, sujeta a gradualidad.

Para dicho fin, hemos empleado un método exegético y analítico de las normas que protegen el derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación en el ordenamiento constitucional y legal; para luego, a través del análisis de la jurisprudencia relevante, concluir que el actual criterio de la Sala que sostiene la unidad del tipo sancionador (discriminación en el consumo) no incide negativamente en la tutela de los consumidores, pero puede tener una particular repercusión negativa sobre el derecho a la buena reputación de los proveedores.

Palabras clave: trato diferenciado ilícito, discriminación en el consumo, prácticas discriminatorias, derecho a la buena reputación

Abstract

The general objective of this paper is to address the typical categories “disparate treatment” and “consumer discrimination”, based on their interpretation over the time, by the *Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* from the *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* in Peru; in order to highlight the possible consequences on consumers and suppliers, which arise from considering the aforementioned typical figures as one: consumer discrimination.

For this purpose, we have used an exegetical and analytical method of the legislation that protect the right to equality and the prohibition of discrimination in the constitutional and legal order; and then, through the analysis of the relevant jurisprudence, conclude that the current criterion of the *Sala Especializada* that supports the unity of the sanctioning type (consumer discrimination) does not negatively affect the protection of consumers, but may have a particular negative impact on the right to a good reputation of suppliers.

Key words: disparate treatment, consumer discrimination, discriminatory practices, right to reputation

Índice

Introducción:	5
Capítulo I: Aspectos conceptuales del derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación y su connotación en las relaciones de consumo	7
1. El concepto del derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación.....	7
2. La afectación al derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación a partir de las convenciones internacionales, la Constitución y el Código de Protección de defensa al consumidor	9
2.1. El derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho internacional.....	9
2.2. El derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución Política del Perú	11
2.3. El derecho a la igualdad y no discriminación en el Código de Protección y Defensa al Consumidor	13
Capítulo II: El artículo 38 del Código de Protección de defensa al consumidor: ¿discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito? O ¿discriminación en el consumo sujeto a graduación?	17
1. El cambio de posición jurisprudencial de la Sala Especializada en Protección al Consumidor	19
2. Posibles repercusiones del cambio de posición jurisprudencial.....	22
2.1. Sobre los consumidores.....	22
2.2. Sobre los proveedores	23
Conclusiones:	27
Recomendaciones:.....	28
Bibliografía:	29

Introducción:

Aunque lamentable, es común en la sociedad peruana escuchar, leer, presenciar o -en el peor de los casos- ser víctima de una conducta que afecta el derecho a la igualdad con una intensidad variada.

Particularmente, las interacciones sociales a partir de las cuales se generan relaciones de consumo son escenarios en los que habitualmente se identifican prácticas diferenciadoras que afectan el derecho a la igualdad. Impedir la entrada de una persona a un establecimiento de dispensa de alimentos o de entretenimiento por su aspecto físico, ser acusado entre muchas personas de robar en un establecimiento sin pruebas y con un aparente prejuicio racial, ser expulsado de un establecimiento por tener una orientación sexual no binaria, ser rechazado tras solicitar la afiliación a un seguro de salud por padecer de una discapacidad, esperar más de la cuenta en la cola de atención de un banco por no ser un cliente del mismo, etc. Es factible identificar que todas las conductas enunciadas afectan nuestro derecho a la igualdad, pero ¿todas las hacen en igual medida? ¿alguna de ellas podría ser considerada como discriminatoria? ¿todas las conductas que afectan nuestro derecho a la igualdad son discriminatorias o algunas de ellas, sin serlo, de todos modos, son ilegales? ¿qué conductas diferenciadoras no son ilegales?

Las preguntas planteadas en el párrafo anterior evidencian que existen una diversidad de conductas que pueden afectar el derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones de consumo, pero no todas estas conductas lo hacen en igual intensidad y, por tanto, no todas merecen una misma sanción; e inclusive habrá conductas que, siendo diferenciadoras, son permitidas por el ordenamiento jurídico por ser razonables y justificadas.

¿Nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado estas diferentes intensidades de afectación al derecho de igualdad en las relaciones de consumo? Y si lo ha hecho, ¿cuáles son los mecanismos de tutela del derecho a la igualdad brindados a los consumidores en función dichos actos diferenciadores?

Las respuestas a estas últimas interrogantes se encuentran, en gran medida, en lo previsto en el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N° 29571 (en adelante, el Código), que consagra la proscripción de la discriminación en las relaciones de consumo. No obstante, el alcance de este artículo no hace mucho tiempo ha sido objeto de modificación a nivel jurisprudencial.

En efecto, mediante la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio de 2019, los miembros integrantes de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, la Sala) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) interpretaron unánimemente el artículo 38 del Código, en un sentido diferente al, hasta ese momento, imperante criterio adoptado hace muchos años. Y es que, en el fundamento jurídico 26 de dicha resolución, la Sala sostuvo que “[...] el tipo infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un acto discriminatorio hacia los consumidores” (Congreso de la República, 2010).

A lo largo del presente trabajo, examinaremos qué implicancias se derivan de este nuevo criterio jurisprudencial adoptado por la Sala, tanto para los proveedores, como para los consumidores. Para dicho fin, en primer lugar, realizaremos una breve aproximación conceptual y legislativa del derecho a la igualdad y de la interdicción de la discriminación. En segundo lugar, analizaremos el cambio de criterio establecido a través de la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, respecto del alcance del artículo 38 del Código, para luego ver las consecuencias de dicho cambio en la esfera jurídica de proveedores y consumidores. Finalmente, esbozaremos las conclusiones generales del presente trabajo y propondremos algunas recomendaciones sobre el tema en particular.

Capítulo I: Aspectos conceptuales del derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación y su connotación en las relaciones de consumo

1. El concepto del derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación

A nivel doctrinario, el profesor César Landa ha sostenido que, más allá de las diferencias psicossomáticas de las personas, “[...] todos compartimos algo en común: nuestra dignidad como personas, así como nuestra capacidad de raciocinio y de vincularnos en igualdad de condiciones con los demás seres humanos” (2017, p. 29). Ello evidencia que el fundamento detrás de la afirmación de igualdad de las personas es la dignidad, la cual -como conviene recordar- es uno de los fines supremos de la sociedad y el Estado peruano, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución).

Continúa el profesor Landa señalando que “[e]stas características esenciales y connaturales al ser humano es lo que nos permite afirmar que a pesar de las diferencias físicas, psíquicas o espirituales que tengamos, todos somos iguales en dignidad y derechos” (2017, p. 29).

Ahora bien, esta igualdad en dignidad y derechos, atribuible a cada persona por su condición de tal encuentra un correlato en clave prohibitiva en la interdicción o prohibición de la discriminación. Es por ello que diversas normas que garantizan el derecho a la igualdad, aparejan una prohibición de discriminar que recae tanto en las personas como en el Estado. Sobre el particular, Landa sostiene que “[e]l derecho a la igualdad se traduce en un mandato de no discriminación: todas las personas son iguales ante la ley y no deben ser discriminadas por su raza, sexo, origen, religión, condición económica o de cualquier otra índole” (2017, p. 30).

Como se aprecia, la discriminación se sostiene en criterios que nada tienen que ver con la dignidad o la capacidad de raciocinio a la que aludía Landa en la definición de igualdad; sino todo lo contrario, pues se basa en el desprecio o prejuicio respecto de ciertas características innatas a las personas (raza, sexo, origen, etc.) o que se delinear

como producto del ejercicio de la esfera más esencial de su libertad (religión, opinión política, etc.), o que pueden ser producto de la interacción de factores más complejos en sociedad (condición social o económica).

En rigor, la Defensoría del Pueblo ha precisado lo que se entiende por discriminación, en los siguientes términos:

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. (2017, p. 29).

En esa medida, la discriminación tiene un móvil particularmente pernicioso (el prejuicio negativo) que conlleva a que las personas que son víctimas de aquella no únicamente sean tratados como diferentes, sino -además- como inferiores. Por tanto, podríamos considerar que la discriminación es un acto diferenciador agravado.

Por otro lado, así como la discriminación implica un grado mayor de diferenciación y, por tanto, de daño en la esfera jurídica del afectado, también existen determinadas conductas que, siendo diferenciadoras, no llegan a constituirse como ilícitas, o no deseadas por el ordenamiento jurídico; sino más bien, son permitidas por ser razonables y justificadas.

En esa línea de ideas, a modo de conclusión respecto del alcance integral del derecho a la igualdad, es que Landa sostiene lo siguiente:

A partir de la idea de igualdad se puede entender que todo tratamiento diferenciado que no esté debidamente justificado resulta discriminatorio y, por tanto, prohibido

por el ordenamiento jurídico. Asimismo, no todo tratamiento diferenciado entre las personas estaría prohibido, ya que existirían diferencias relevantes entre ellas que harían injusto tratar de forma idéntica situaciones que, en los hechos, son diferentes. (2017, p. 29).

2. La afectación al derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación a partir de las convenciones internacionales, la Constitución y el Código de Protección de defensa al consumidor

Habiendo analizado el concepto del derecho a la igualdad y su traducción prohibitiva como mandato de no discriminación, ahora cabe echar vista del marco normativo que, en nuestro país, rige respecto de la protección o garantía de igualdad y no discriminación. Para este fin, identificaremos y comentaremos brevemente las disposiciones más relevantes a nivel de los instrumentos normativos internacionales, para luego pasar por nuestra Constitución y terminar con la consagración particular de la defensa de la igualdad en el plano de las relaciones de consumo.

2.1. El derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho internacional

El marco normativo internacional respecto del reconocimiento y exigencia de garantías para la protección del derecho a la igualdad, aplicable al ordenamiento jurídico peruano es abundante. A continuación, daremos revista de las principales disposiciones sobre el particular.

En primer lugar, en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se prevé que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”. Asimismo, en el artículo 2.1 se indica que “[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Pues bien, de esta disposición, se aprecia un claro reconocimiento de la igualdad como

derecho eje o garante, que permite el eficaz y debido ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la precitada declaración.

En segundo lugar, y con espíritu similar al de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla en su artículo 26 que “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”; y prosigue, en clave de interdicción de la discriminación, del siguiente modo: “[...] A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Los referidos instrumentos internacionales son, quizás, los más relevantes y universales; en cuanto al reconocimiento de la igualdad como derecho y su traducción como prohibición de discriminación.

Sin perjuicio de ello, existen otros instrumentos normativos internacionales que reconocen el derecho a la igualdad y establecen la prohibición de discriminación de personas con determinadas características que hacen que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad.

Así, por ejemplo, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, cuyos objetivos -de conformidad con su artículo II- “[...] son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad” (1999). En esa medida, esta convención no solo reconoce implícitamente el derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación de un grupo de personas en situación de vulnerabilidad (las personas discapacitadas), sino que demanda que los Estados que suscriben el instrumento internacional adopten una

serie de medidas multimodales para la eliminación de la discriminación contra estas personas que propicien su inclusión en la sociedad.

Como el ejemplo referido en el párrafo anterior, podríamos seguir enumerando algunos instrumentos normativos internacionales más, como el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros; donde la idea base suele ser la misma: reconocer el derecho a la igualdad y exigir que los Estados miembros adopten medidas destinadas a desterrar la discriminación de determinados grupos vulnerables.

Finalmente, el Perú -al menos no aún- no ha suscrito ningún tratado o convenio en el que se brinde una protección particular, en términos de reconocimiento de igualdad e interdicción de la discriminación, a los consumidores o usuarios. Sin embargo, ello no es óbice para reconocer que, por el solo hecho de ser personas, los ciudadanos peruanos contamos con el reconocimiento internacional de nuestro derecho a la igualdad y el establecimiento de una obligación a nuestro favor de no ser discriminados, en virtud de los instrumentos normativos internacionales ya señalados; es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros de igual alcance.

2.2. El derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución Política del Perú

Nuestra Constitución prevé, en el artículo numeral 2 del artículo 2 que toda persona tiene derecho “[a] la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (1993). Es claro que nuestra Constitución ha seguido la tendencia internacional para consagrar el derecho a la igualdad y la forma en que se establece la interdicción de la discriminación, ligándola a determinados *motivos prohibidos*.

Sobre la forma en que el derecho a igualdad está consagrado en nuestra Constitución, Landa ha señalado lo siguiente:

El derecho a la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico se constituye como un derecho-principio y tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo. Como derecho subjetivo supone el derecho a la idéntica dignidad entre todos los ciudadanos para ser tratados de igual modo en la ley. Como derecho objetivo supone la obligación, a cargo del Estado y de los particulares, de no discriminar entre las personas, lo que no impide brindarles tratamientos diferenciados, siempre que dicho tratamiento esté justificado en razones objetivas. (2017, p. 31).

Esto último, es decir, que el derecho a la igualdad no impide que se brinden tratamientos diferenciados ha sido un aspecto que también ha sido destacado por nuestro Tribunal Constitucional. Así, el intérprete constitucional ha indicado lo siguiente en la sentencia recaída sobre el Expediente 0009-2007-PI/TC:

[...] Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentra en una idéntica situación.

[...]

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que **no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre**

que se realice sobre bases objetivas y razonables. (Fundamento jurídico 20). (El énfasis es nuestro).

El reconocimiento de las limitaciones del derecho a la igualdad y la existencia de otras categorías como la diferencia de trato, en los términos apenas citados, es un factor importantísimo para determinar si, en casos concretos, efectivamente nos encontramos o no ante la vulneración del derecho a la igualdad o el quebrantamiento de la prohibición de discriminar.

Ello se vuelve aún más imperativo cuando las normas sectoriales incorporan figuras jurídicas o simplemente disposiciones que admiten un trato diferenciado, siempre que el mismo se base en causas objetivas y razonables, tal como teorizó nuestro Tribunal Constitucional en su momento.

2.3. El derecho a la igualdad y no discriminación en el Código de Protección y Defensa al Consumidor

Adentrándonos en la normativa especial, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 (en adelante, el Código), recoge las disposiciones que protegen a los consumidores que son víctimas de algún tipo de trato diferenciado. Cabe recordar en este punto que la protección al consumidor es un mandato y principio que encuentra sustento en el artículo 65¹ de la Constitución, por lo que se encuentra al nivel -entre otros- de los derechos que respaldan la actividad de los agentes económico-privados ofertantes.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha indicado que “[a]sí como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda; es decir, al consumidor

¹ **Protección al consumidor**

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.

o usuario” (STC 7739-2006-PA/TC, 2006, fundamento jurídico 19). Por lo tanto, la protección de los consumidores es tan prioritaria para el ordenamiento constitucional como aquellos derechos y principios que respaldan la actividad de las empresas privadas en la economía nacional.

El derecho a la igualdad e interdicción de la discriminación encuentra su adaptación concreta a las relaciones de consumo en el literal d. del numeral 1.1 del artículo 1 del Código, cuando prevé que todos los consumidores tienen “[d]erecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Congreso de la República, 2010).

Complementariamente, en el artículo 38 del Código se establece una serie de obligaciones que recaen sobre los proveedores, específicamente vinculadas a la prohibición de discriminar a los consumidores, en los siguientes términos:

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.

Asimismo, un aspecto que no debe perderse de vista es que la prohibición de discriminar a los consumidores no solo es aplicable cuando existe una relación de

consumo (es decir, cuando el consumidor ya ha adquirido un producto o contratado un servicio a cambio de una contraprestación), sino también cuando el consumidor se encuentra expuesto a una relación de consumo e inclusive en una etapa preliminar a la constitución de la relación de consumo².

Por otro lado, el artículo 39 del Código prevé las reglas vinculadas a la carga de la prueba en el marco de un presunto acto de discriminación en el consumo, como se aprecia a continuación:

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.

Como se aprecia, el Código contiene disposiciones que concretizan o adaptan el principio de igualdad y la interdicción de la discriminación al ámbito particular de las relaciones de consumo; no únicamente en un sentido meramente formal, sino que también establece aquellos supuestos donde la exclusión o el trato diferente está permitido y las reglas sobre la carga probatoria asociadas al mismo.

Sin perjuicio de ello, la regulación particular del principio de igualdad y la interdicción

² En efecto, conforme a lo previsto en el numeral 1 del Artículo III del Código, el ámbito de protección subjetiva que brinda este cuerpo normativo abarca “[...] al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta”.

de la discriminación en el Código ha dado lugar a una importante discusión, sobre la cual se cimentarán las reflexiones que se esbozarán en el próximo capítulo. Nos estamos refiriendo a la discusión de si el artículo 38 del Código contiene una única conducta típica sancionable denominada **discriminación en el consumo**, frente a la posición que admite que esta no sería la única figura regulada, sino que coexistiría con el tipo sancionable denominado **trato diferenciado ilícito**. En el próximo apartado, daremos cuenta de ambas posiciones, para luego pasar a examinar el criterio interpretativo que actualmente ha asumido la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi y las repercusiones que tiene tanto sobre los proveedores y consumidores.



Capítulo II: El artículo 38 del Código de Protección de defensa al consumidor: ¿discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito? O ¿discriminación en el consumo sujeto a graduación?

Como adelantamos anteriormente, existen dos posiciones respecto del alcance del artículo 38 del Código en términos de tipificación, el cual tiene evidentes consecuencias sobre la tutela de los consumidores.

La primera posición sostiene que el artículo 38 contiene dos tipos infractores: por un lado, el segundo párrafo del artículo contendría al tipo del trato diferenciado ilícito o también denominado, en determinados casos, como selección injustificada de clientela; por otro lado, el primer párrafo regularía el tipo denominado discriminación en el consumo, una manifestación agravada del trato diferenciado que llegaría a afectar la dignidad de la persona. Esta es la posición que, por ejemplo, se reconoció en los votos de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti en el marco de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI (fundamento jurídico 5).

A juicio de los referidos vocales, la diferenciación entre ambas figuras radicaría en que “[...] a diferencia del simple trato desigual que implica una selección arbitraria, en materia de discriminación la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes sólo una evidencia de tal desvaloración” (INDECOPI, 2012, voto de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti, fundamento jurídico 7).

Abundando en esta distinción, ya en anteriores oportunidades, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Indecopi tuvo oportunidad de distinguir ambas conductas en términos de los derechos afectados con tales conductas:

“29. [...] 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 justificadas.

30. En efecto, **pueden existir prácticas de trato diferenciado que afectan el derecho a la igualdad sin ser actos de discriminación, que no atentan contra la dignidad del sujeto pasivo**, como sucede con la discriminación sancionada constitucional y administrativamente” (INDECOPI, 2009, fundamentos jurídicos 29 y 30). (El énfasis es nuestro).

Habiendo quedado clara la primera posición, desarrollemos brevemente la segunda posición interpretativa del artículo 38 del Código. Según esta posición, el referido artículo contempla un único tipo: la discriminación en el consumo, el cual se manifestaría con diferentes grados de intensidad en la realidad. Ello, en su momento, fue sostenido por el vocal Julio Durand en el marco de la emisión de la Resolución 1666-2014/SPC-INDECOPI, donde tras considerar la clasificación establecida por el Tribunal Constitucional respecto de la distinción entre “diferenciación” y “discriminación”³, sostuvo lo siguiente:

Bajo tal premisa, **considero que todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación en contra de los consumidores**, en tanto estos no pueden concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que exista una causa objetiva y justificada que sustente dicha diferenciación. Por lo cual **no se podría alegar que el trato diferenciado ilícito constituya un tipo infractor distinto al de la discriminación** (INDECOPI, 2014, voto singular del señor vocal Julio Durand, fundamento jurídico 14). (El énfasis es nuestro).

Tras examinar ambas posiciones, cabe precisar que la posición de la dualidad de tipos fue, durante mucho tiempo, la posición institucional imperante que guio el juicio de los

³ La distinción de estos dos conceptos es realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02974-2010-PA/TC, en la cual se parte por reconocer que el principio de igualdad no implica que en determinados casos no pueda realizarse un trato diferente, cuando este se base en causas objetivas y razonables. En base a ello, el Tribunal Constitucional, prevé que “[e]stas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, **se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (2011, fundamento jurídico 8). (El énfasis es nuestro).

órganos resolutivos del Indecopi en materia de protección al consumidor. Sin embargo, en el año 2019 la Sala Especializada en Protección al Consumidor adoptó la posición del único tipo, cambiando así el curso del análisis de los casos de protección del consumidor ante tratos discriminatorios.

1. El cambio de posición jurisprudencial de la Sala Especializada en Protección al Consumidor

El 24 de julio de 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor emitió la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, por medio de la cual se resolvía en segunda instancia un procedimiento sancionador sobre discriminación en el consumo.

Lo relevante de esta resolución es que modificó el, hasta entonces, imperante criterio de la Sala respecto de la interpretación del alcance del artículo 38 del Código. Se pasó de la posición que identificaba la existencia tipificada del trato diferenciado ilícito y la discriminación a únicamente considerar a este último tipo como el único contenido en el artículo 38 del Código, aunque sujeto a diversa gradualidad.

En efecto, en la referida resolución, la Sala sostuvo lo siguiente:

26. Si bien diversos órganos resolutivos del Indecopi han interpretado en el pasado que, del artículo 38° podían desprenderse dos conductas diferentes, a saber: el trato diferenciado ilícito y la discriminación; lo cierto es que la categorización binaria establecida a nivel jurisprudencial ha sido revisada por la conformación actual de la Sala y, **en atención a que el artículo 2° de la Constitución y el artículo 38° del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad** y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los

consumidores.

27. De este modo, a través del presente pronunciamiento, **la Sala establece un cambio de criterio en relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastara para configurar un acto discriminatorio**, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor, independientemente de la causa que origine el trato desigual, como una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo contenida en el artículo 38° del Código. (2019, fundamentos jurídicos 26 y 27) (El resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, la Sala hizo explícito un cambio del criterio respecto a la interpretación del artículo 38° del Código, pasando de aquella apreciación que identificaba en dicho artículo dos tipos sancionable, a un único tipo. Ahora bien, la Sala también realizó una importante precisión respecto a la gravedad de las consultas discriminatorias, pues -como vimos anteriormente- cada conducta diferenciadora tiene disímil tipo de intensidad:

28. Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritado al momento de graduar la sanción que corresponda imponer contra el proveedor infractor.

Entonces, la Sala entiende -en resumen- que el artículo 38 únicamente contempla al tipo infractor de la discriminación en el consumo, conducta que está sujeta a un grado diverso

de intensidad, aspecto que deberá ser meritudo cuando se gradúe la sanción que vaya a imponerse.

Particularmente, consideramos que la interpretación normativa de la Sala es plausible, pues articula coherentemente lo previsto constitucionalmente en cuanto al derecho a la igualdad y la interdicción de la discriminación y el desarrollo que de ello se ha plasmado en el Código, para hacer notar la ausencia del *trato diferenciado ilícito*.

No obstante, opinamos que es igual de factible sostener que, de una interpretación conjunta del Código, el artículo 38 del Código contiene ambas figuras típicas; aunque no por los mismos fundamentos en los cuales se ha sostenido cuando imperaba dicho criterio.

En efecto, se ha sostenido que la existencia del trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo, como tipos diferenciados, se fundamenta en la existencia de “[...] **prácticas de trato diferenciado que afectan el derecho a la igualdad sin ser actos de discriminación, que no afectan la dignidad del sujeto pasivo**, como sucede con la discriminación sancionada constitucional y administrativamente”. (INDECOPI, 2009, fundamentos jurídicos 29 y 30). (El énfasis es nuestro). Sin embargo, disintimos respetuosamente de la idea apenas citada; porque consideramos que un trato diferenciado ilícito que afecta el derecho a la igualdad repercute, a su vez, en agravio de la dignidad del sujeto afectado. Sobre el particular, se ha sostenido que “[h]oy no hay dignidad sin igualdad. En efecto, si todos somos iguales, todos debemos gozar de los derechos esenciales a la dignidad. Así, actualmente, la igualdad forma parte de la dignidad; forma parte del contenido esencial de la dignidad; la igualdad es condición de la dignidad” (Ermida, 2011, p. 16).

Así, consideramos que lo que, en realidad, fundamentaría la existencia de ambos tipos es, en primer lugar, la tipificación en el Código de diversas conductas (discriminación, trato desigual, exclusión de personas, trato diferente); y, en segundo y más importante lugar, el grado diverso de afectación al derecho de igualdad (y, por tanto, la dignidad) que ocasionan las referidas conductas sobre los sujetos pasivos.

Habiendo esclarecido la actual posición interpretativa que plantea el cambio de criterio de la Sala, ahora pasaremos a analizar cuáles son las repercusiones de la *interpretación del tipo único*, tanto sobre los consumidores como sobre los proveedores, pues ello es relevante de cara a la interpretación que mejor vela por los derechos de las partes involucradas en las relaciones de consumo.

2. Posibles repercusiones del cambio de posición jurisprudencial

La interpretación del artículo 38 del Código, en cuanto a qué conductas afectadoras del derecho de igualdad son sancionadas y cuál es su alcance no es una cuestión meramente académica, sino que tiene repercusiones prácticas que alcanzan a los derechos de las partes involucradas en una relación de consumo donde se presume una afectación al derecho de igualdad. Particularmente, como desarrollaremos a continuación, consideramos que las principales repercusiones de apenas señalado se dan sobre los proveedores.

2.1. Sobre los consumidores

En esencia, creemos que no hay razones para sostener que la existencia de un único tipo sancionador (la discriminación en el consumo) repercuta negativamente sobre los consumidores. Y, con ello, nos referimos a que el radio de protección que brinda la interdicción de la discriminación en el consumo, tal como ha sido entendida por la Sala, es igual o más amplio que aquel que se deriva de la posición que plantea la dualidad de tipos sancionadores.

En efecto, recordemos que, para la Sala, la discriminación en el consumo es “una única figura jurídica que englob(a) cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad” (Indecopi, 2019, fundamento jurídico 26), donde solo bastará la ausencia de causas objetivas y razonables para su concreción.

En esa medida, tanto la igualdad de los consumidores y, desde la otra arista, la interdicción de la discriminación; encuentran protección con la única figura típica de la discriminación en el consumo. Así, dependerá de las comisiones y salas especializadas en protección al consumidor identificar la razonabilidad y objetividad de las conductas denunciadas y aplicar los criterios de graduación para determinar cuán dañosa resultan las mismas, o -de lo contrario- concluir que son tratos diferenciados lícitos.

2.2. Sobre los proveedores

En contrapartida, considerar que el artículo 38 del Código únicamente regula la discriminación en el consumo, sujeta a graduación, y que no se admite la existencia de una figura paralela denominada trato diferenciado ilícito, no es una cuestión indiferente si nos enfocamos en las eventuales repercusiones que ello puede traer sobre los derechos de los proveedores.

En la introducción del presente trabajo planteábamos que los proveedores pueden dispensar conductas que afectan al derecho de igualdad en diversa intensidad. Y, en lo que concierne a la discriminación, en rigor, esta no implica una afectación menor o de cualquier tipo. Jurídicamente, tal como lo mencionamos anteriormente, la discriminación es una conducta que afecta gravemente al derecho de igualdad, por basarse en un prejuicio negativo, irrazonable, que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres **no sólo diferentes, sino inferiores**.

Sin embargo, el criterio de la *unidad de tipo* de la Sala comprende a todas las conductas, ciertamente ilegales (es decir, que no se basan en criterios objetivos y razonables), que afectan al derecho de igualdad en las relaciones de consumo y las cataloga como discriminación con diferente grado de intensidad. Ello, a nuestro juicio, puede desencadenar una afectación al derecho a la buena reputación del proveedor que ha dispensado una conducta diferenciadora.

Efectivamente, por ejemplo ¿sería congruente y razonable⁴ que se impute la comisión de discriminación en el consumo a una universidad que, a pesar de la solicitud de uno de sus alumnos, se niega irrazonable e injustificadamente a abrir cursos que se han dictado en el pasado? ¿Cuál es el prejuicio negativo e irrazonable que implica un trato no solo diferente, sino inferior al alumno afectado? ¿Cuál es el motivo especialmente gravoso y prohibido detrás de la conducta diferenciadora? No la hay. Es un trato diferenciado ilegal, pero no es un acto discriminatorio en sentido estricto.

En esa medida, atribuir la comisión de una conducta discriminadora donde no la hay afecta el derecho a la buena reputación de un proveedor, el cual se deriva del derecho al honor. Al respecto, es preciso recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el mencionado derecho a las personas jurídicas en los siguientes términos:

[...] aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la «imagen» que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. (2002, STC N° 0905-2001-AA/TC, fundamento jurídico 7).

Así, el Tribunal en otra oportunidad también tuvo a bien destacar que el fundamento de este derecho a la buena reputación encuentra lugar en el principio de dignidad:

⁴ Debe recordarse que los procedimientos administrativos sancionadores, que comprende a los procedimientos de tutela del consumidor, se guían por el principio de razonabilidad contenido en el numeral 3 del artículo 248 del TUO LPAG, según el cual las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando determinados criterios, tales como la gravedad al bien jurídico protegido.

13. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.

14. Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la “imagen” que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. (2010, STC N° 04072-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 13 y 14).

En esa medida, encontramos que la protección de la igualdad y del principio de interdicción de la discriminación encuentra su límite, entre muchos otros derechos, en el derecho a la buena reputación de las personas, tanto naturales como jurídicas.

Con ello, como resultará evidente, no queremos decir que los procesos de tutela del consumidor no deben afectar el derecho a la buena reputación, pues resulta obvio que, si un proveedor afecta injustamente el derecho a la igualdad o discrimina a un consumidor, debe soportar la repercusión que ello tenga posteriormente sobre su imagen. Sin embargo, y sobre todo en la dinámica de las relaciones de consumo, no es lo mismo atribuir públicamente que un proveedor ha dispensado un trato diferenciado irrazonable o ilícito a un consumidor, frente a señalar que un proveedor ha discriminado a un consumidor. La carga o gravedad detrás de cada conducta no

es (o no debería ser) la misma, tanto para el público en general, como para los operadores jurídicos, dadas las diferencias anteriormente señaladas.

Por lo tanto, el cambio de criterio de la Sala sí puede tener un efecto particularmente sobredimensionado y no justificado sobre el derecho al honor de los proveedores, en su faz de derecho a la buena reputación. Esta afectación puede o no tener, a su vez, un correlato práctico sobre el mercado; pues la percepción de los consumidores respecto de un proveedor calificado como discriminador podría generar desincentivos a la contratación con este.

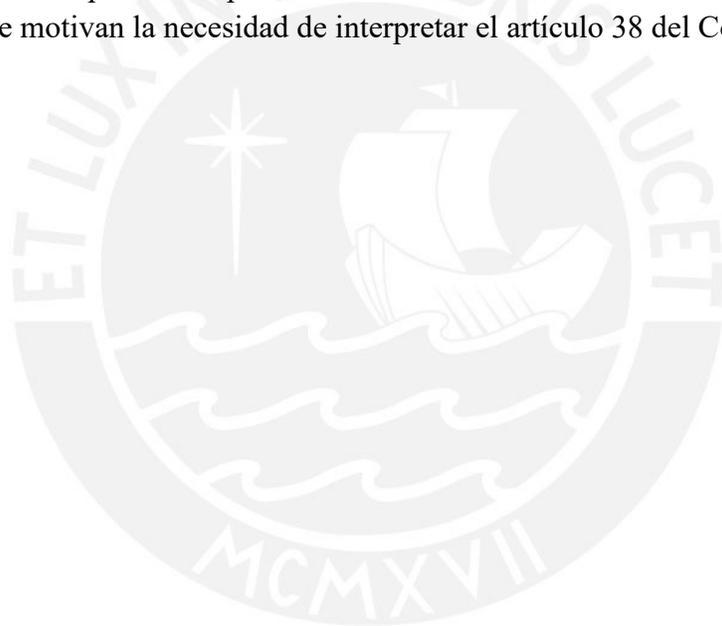


Conclusiones:

1. La categoría de discriminación en el consumo, a partir de una interpretación conforme a la Constitución, presupone la existencia de determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico, de naturaleza irrazonable e injustificada, 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, haciendo que estas sean consideradas como seres inferiores.
2. El artículo 38 del Código recoge una serie de conductas que afectan el derecho a la igualdad de los consumidores (discriminación, trato desigual, exclusión de personas, trato diferente), aspecto que dificulta la identificación de los tipos infractores y las sanciones que le corresponden.
3. La interpretación vigente de la Sala, que postula que el artículo 38 del Código regula una única conducta típica denominada “discriminación en el consumo” tiene un alcance tutelar igual o más intenso que aquel que se deriva de la posición según la cual el referido artículo contiene dos tipos: la discriminación en el consumo y el trato diferenciado ilícito. En esa medida, la referida interpretación no ocasiona una repercusión negativa sobre los consumidores.
4. La interpretación de la Sala, según la cual el artículo 38 del Código contiene una única conducta típica denominada “discriminación en el consumo”, inclusive cuando esta se sujeta a una gradualidad, puede repercutir negativamente sobre el derecho a la buena reputación de los proveedores que cometen actos que afectan el derecho de igualdad de los consumidores, sin llegar a considerarse como discriminatorios.

Recomendaciones:

1. La Sala debería retomar la posición interpretativa de acuerdo a la cual el artículo 38 del Código contempla dos figuras típicas: por un lado, el trato diferenciado ilícito, que contemple aquellas conductas que afectan el derecho a la igualdad de los consumidores de un modo irrazonable e injustificado, sin llegar a ser discriminatorios; por otro lado, la discriminación en el consumo, que contempla aquellas conductas especialmente gravosas que, además de ser irrazonables e injustificadas, se basan en prejuicios que afectan la dignidad del consumidor al punto de considerarlo no solo como diferente, sino inferior.
2. Se debe realizar una reforma del Código que conlleve, entre muchas otras cosas, a una reformulación de la técnica de tipificación y sanción de las conductas que se prohíben; toda vez que la tipificación por remisión contenida en el artículo 108 genera dudas como la que motivan la necesidad de interpretar el artículo 38 del Código.



Bibliografía:

Cerrón, L. & otros (2019). Lineamiento sobre protección al consumidor. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)

Constitución Política del Perú. Diario Oficial “El Peruano”. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Artículo II. 7 de junio de 1999.

Decreto Legislativo N° 1033. Decreto Legislativo que aprueba la Ley De Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi. 24 de junio de 2008. Diario Oficial “El Peruano”.

Ermida, O. (2011). Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. *Derecho & Sociedad*, pp. 15-22.

Defensoría del Pueblo (2017). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (14 de septiembre de 2009). Resolución 1587-2009/SC2-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (11 de julio de 2012). Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (21 de mayo de 2014). Resolución 1666-2014/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (24 de julio de 2019). Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la*

jurisprudencia del Indecopi.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tribunal Constitucional del Perú (14 de agosto de 2002). STC 0905-2001-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (29 de agosto de 2007). STC 0009-2007-PI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (26 de mayo de 2010). STC 04072-2009-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (6 de diciembre de 2010). STC 01405-2010-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (24 de octubre de 2011). STC 02974-2010-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú (20 de marzo de 2012). STC 02175-2011-PA/TC.

